

La cofianza: Análisis de los Artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *La obligación de garantía y la pluralidad de fiadores en el Derecho romano.*—III. *La pluralidad de fiadores en Derecho comparado.*—IV. *Antecedentes de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil en nuestro Derecho histórico.*—V. *El régimen de la cofianza en el Código Civil español. Artículo 1.837: a) La crítica del artículo 1.387. b) Diferencias entre considerar la cofianza como una obligación solidaria con posibilidad de oposición del beneficio de división o como una obligación parciaria. c) Cofianza solidaria.*—VI. *El régimen de la cofianza en el Código Civil español. Artículo 1.844: a) Antecedentes. b) La corresponsabilidad de los cofiadores: su fundamento. c) Ambito de la responsabilidad de los cofiadores. d) La limitación de la acción de regreso a los casos del artículo 1.844, 3.*

I. PLANTEAMIENTO

Cuando existen varios fiadores de una misma deuda hay básicamente tres formas de organizar las relaciones jurídicas nacidas de la cofianza, tanto en lo que respecta al plano acreedor/fiadores, como a las relaciones internas entre los mismos fiadores:

A) Configurando la obligación de garantía como solidaria; este régimen no plantea dificultad alguna: cada uno de los fiadores viene obligado a pagar el todo al acreedor si éste lo reclama así. Y el fiador que pagó goza de una acción de regreso contra los restantes cofiadores para reclamar a cada uno la parte correspondiente: es la acción de regreso que se contempla en los códigos para el caso de pago de la deuda por uno de los deudores solidarios.

B) Configurando la obligación de garantía como mancomunada simple o parciaria; en este caso cada uno de los fiadores responde de su

parte de la deuda y tan sólo de ésta; la porción de deuda asumida por el fiador es absolutamente independiente de las de los demás: no le puede afectar la insolvencia de otros cofiadores; el acreedor sólo puede reclamarle esa parte de deuda, y una vez pagada ésta, el fiador queda totalmente liberado, independientemente de las vicisitudes de los restantes cofiadores.

C) Configurando la obligación de garantía como solidaria, pero permitiendo a los fiadores exigir al acreedor la división de la deuda. La mezcla en este caso de la idea de solidaridad, por un lado, y de división de la deuda, por otro, produce algunas particularidades, como, por ejemplo, el que si en el momento de oponer el beneficio de división uno de los fiadores es insolvente, los otros cofiadores asumen su insolvencia, incrementando su cuota de deuda, solución que parece encontrarse a mitad de camino entre la solidaridad y la parciariedad.

En los regímenes organizados de esta forma se concede también al fiador que paga más de lo que le corresponde una acción de regreso contra los cofiadores por el exceso.

Teniendo como finalidad el estudio del artículo 1.837 de nuestro Código, que al decir de la doctrina recoge el beneficio de división, y del artículo 1.844, que disciplina las relaciones entre los cofiadores, estudiaremos a continuación la forma de organización de la cofianza en el Derecho romano y en el Derecho comparado más reciente, para a través de nuestros antecedentes patrios llegar a nuestro Código Civil.

II. LA OBLIGACION DE GARANTIA Y LA PLURALIDAD DE FIADORES EN EL DERECHO ROMANO

En el ordenamiento jurídico romano la garantía personal de la obligación no llegó a asumir una forma unitaria, sino que se presentó, sobre todo en el período postclásico justiniano, con una variedad de formas, históricamente condicionadas, respecto a las cuales solamente se pueden anotar —con una evolución no ciertamente lineal— una tendencia a la unificación (1).

Los primeros antecedentes históricos de las formas de garantía, y que al decir de los autores no dejaron huella alguna en el Derecho justinia-

(1) FREZZA: *Le garanzie delle obbligazioni e le garanzie personali*, vol. I, Padova, 1962, pág. 5, señala que relaciones obligatorias de garantía en sentido propio existen en el sistema del Derecho romano, tanto en relación con el sujeto activo como en relación con el sujeto pasivo de la obligación. En cuanto a las primeras este autor señala, siguiendo a GAYO, las figuras del *adstipulator* y del *adiectus solutionis causa*.

Y en cuanto las segundas, los *vades* y los *praedes*.

neo, y menos, por tanto, en el Derecho moderno, lo constituyen las figuras de los *praedes* y los *vades*. Ambas figuras, afirma TALAMANCA (2), tienden a desaparecer entre el final del período republicano y el inicio del Principado, lo que impide tener, para estos dos tipos de garantía, una información suficiente de la que se puedan extraer indicios para su configuración exacta. No es posible, por tanto, determinar la amplitud de su campo de aplicación.

Especialmente difusa aparece la figura de los *vades*: al parecer, entran en juego solamente en relación a la garantía de comparecencia del demandado o del acusado, respectivamente, en los procesos civiles o criminales, y no parecen haber asumido otra función. Por otra parte, señala TALAMANCA, estamos escasamente informados sobre la estructura del negocio con el que los *vades* asumían la garantía, y sobre el contenido mismo de la garantía; no hay elementos para saber si en caso de no verificación del evento garantizado (la comparecencia de la parte) responde sólo el *vades* o también la persona que podríamos calificar de «deudor principal»; tampoco se puede afirmar que el *vades* asumiera el pago de la *poena* en caso de no comparecencia ante el Tribunal del acusado o demandado.

Más información parece existir respecto a la otra figura a la que hemos hecho mención: los *praedes*. Estos eran, al parecer, los garantes que la colectividad ciudadana de origen latino recibían por los créditos que nacían de las obligaciones contratadas por personas individuales.

FREZZA señala que, como se comprueba claramente en la *Lex Malacitana* (Estatuto ciudadano del municipio latino de Málaga, en España), la garantía constituida mediante *praedes* y *predia* (o sea, mediante una relación personal de la que eran sujetos pasivos los *praedes*, y mediante una relación de carácter real, similar a nuestra hipoteca, de la que eran objeto los terrenos, *predia*), daba al ordenamiento ciudadano la facultad de satisfacer el crédito propio mediante la venta, tanto de los terrenos como de los garantes (3).

TALAMANCA confirma esta opinión cuando señala que la opinión dominante es conforme en que el *praedes* respondía con su persona del no cumplimiento del hecho garantizado (4).

Tanto los *vades* como los *praedes* son denominados por KASER «fadores de presentación», que no respondían por la prestación debida por

(2) TALAMANCA: *Enciclopedia del Diritto*, voz «Fideiussione», 1968, tomo XVII, páginas 322 y ss.

(3) FREZZA, *op. cit.*, pág. 9. Afirma este autor que hay noticias de esta figura en numerosos casos: la *lex agraria*, la *lex Malacitana*, la *lex Municipali Tarentini*, la *lex parieti faciundo Puteolana*.

(4) TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 325.

el acreedor, sino que asumían la responsabilidad, garantizando situar una persona, por ejemplo, el deudor principal, o una cosa, en cierto tiempo y en un lugar determinado (5). Con la fusión de esta garantía de presentación con la antigua promesa (originariamente jurada) de prestación de la *sponsio*, resultó probablemente la fianza de prestación.

Dejando ahora a un lado estas remotas formas de garantía, hay que señalar que existe coincidencia en la doctrina en afirmar que las formas de garantía en el Derecho romano se desenvuelven en torno, y cronológicamente, a las figuras de la *sponsio*, *fideipromissio* y *fideiussio*. En términos generales, se puede afirmar que la responsabilidad del fiador se muestra de modo vario en la historia del Derecho romano: al principio, el fiador es el único responsable, ya que se coloca en el puesto del deudor; más tarde, responde solidariamente como un codeudor, y, por último, se afirma el carácter accesorio de la obligación del fiador (6). Característica general, asimismo, de las formas de garantía es que en caso de existencia de una pluralidad de garantes, éstos se entienden obligados de forma solidaria (7), a reserva de los matices que más adelante expon-dremos.

Cronológicamente, señala FREZZA (8), la más antigua de las formas de garantía es la *sponsio*. De su mayor antigüedad da prueba el hecho de que era *propria civium romanorum*, mientras que las otras dos, *fideipromissio* y *fideiussio*, eran accesibles a los extranjeros: eran, por tanto, *ius gentium*. El que la *fideipromissio* pertenece a un grupo de instituciones distintas de la *sponsio* lo demuestra, dice FREZZA, su mismo nombre: la referencia a la *fides* quiere decir de hecho que en origen, la responsabilidad del que había asegurado a un acreedor la satisfacción de su crédito diciéndole *fide mea promitto*, reposaba no tanto en un verdadero vínculo jurídicamente coercible, sino en la norma, *que segue ogni galantuomo*, de hacer honor a su propia promesa.

Por lo que respecta a la *fideiussio*, parece que se puede colocar su aparición en el siglo I a. C., entre los últimos años del Principado y los primeros de la República. Desconocida por CÍCERÓN, es seguro que aparece en la época de LABEON, creada por la jurisprudencia. JUSTINIANO suprimió la *sponsio* y la *fideipromissio* (que al final del período clásico habían caído en desuso) con todas sus particularidades, y desde entonces

(5) MAX KASER: *Derecho romano privado*, traducción española, 1968.

(6) IGLESIAS: *Derecho romano, Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1958. Por tanto, hay un gradual proceso de la responsabilidad de los cofiadores.

(7) Coinciden en esta opinión SCHULZ, *op. cit.*, págs. 480 y ss.; KASER, *op. cit.*, página 253; DE MARTINO: *Novissimo Digesto italiano*, 3.^a ed., 1957, voz «Fideiussione», pág. 272; TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 327.

(8) FREZZA, *op. cit.*, pág. 11

se admitió únicamente la *fideiussio*. Rasgos comunes de las tres formas de garantía serían que tanto el *sponsor*, como el *fideipromissor*, como el *fideiussor*:

- a) Se obligan *pro alio* (el *pro* significa no en el puesto de otro, sino a favor de otro).
- b) Se obligan solidariamente.
- c) Se obligan por medio de una *obligatio verbis contracta* (9) (ver TALAMANCA, pág. 330, y FREZZA, pág. 14).

Y entre las diferencias de régimen jurídico de estas tres figuras se pueden citar las siguientes:

a) La *sponsio* es una institución que en los tiempos clásicos era usada exclusivamente por los ciudadanos romanos, y era inaccesible a los peregrinos de cualquier clase que fueran. Por contra, la *fideipromissio* y la *fideiussio* eran formas utilizables, tanto por los peregrinos como por los *cives*.

b) Las obligaciones derivadas de la *sponsio* y la *fideipromissio*, cuyo régimen jurídico era prácticamente idéntico, eran intransmisibles a los herederos. Sin embargo, en la *fideiussio* nacían obligaciones que sí eran transmisibles hereditariamente.

c) Una diferencia más sustancial se puede encontrar en el hecho de que la *sponsio* y la *fideipromissio* no son obligaciones accesorias de la obligación principal, pues la obligación que de ellas nace es independiente de la del deudor principal. En este sentido, señala KASER que es característico de la fianza moderna que la obligación del fiador dependa en su existencia y cuantía de la obligación del deudor principal, y que el deudor accesorio o fiador responda sólo subsidiariamente: estas notas, dice este autor, no son esenciales en su origen en la fianza romana, porque a veces la *sponsio* puede funcionar sin una obligación válida (10). En efecto, como apunta IGLESIAS, la *sponsio* y la *fideipromissio* se refieren a la misma promesa del deudor. El *sponsor* y el *fideipromissor* prometen el *idem* —*idem spondeo* o *fideipromitto*—, pero no se subordinan a la obligación principal. Distinguiéndose la obligación de garantía de la principal, es posible tener por válida aquélla en ciertos casos en que ésta es inválida (11). Así, dice SCHULZ, si el promisor era un pupilo que actuaba sin la *auctoritas* de su tutor, en este caso, sin embargo, la *sponsio* era

(9) TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 330; FREZZA, *op. cit.*, pág. 14. Sobre las fórmulas para la constitución de la *sponsio* y la *fideiussio*, vid. SCHULZ, *op. cit.*

(10) KASER, *op. cit.*, pág. 255.

(11) IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 468.

válida y el *sponsor* estaba obligado. En cambio, la *fideiussio* acarrea obligación para el garante siempre y cuando el principal quedara obligado, siquiera fuera *naturaliter*. Por eso, en el ejemplo anterior, el *fedeiussor* no respondería, porque la obligación del principal sería nula, aunque sí lo haría en caso de que el promisor fuera un esclavo, porque entonces éste se habría obligado naturalmente (12).

d) Cuando los fiadores eran varios, las diferencias de régimen jurídico entre las figuras que estudiamos eran también importantes:

- En cuanto a la *sponsio* y *fideipromissio* se aplicaba la *Lex Furia*. Esta Ley tiene una fecha desconocida, aunque se sitúa probablemente en el siglo II a. C. Según esta Ley, en caso de varios fiadores, el acreedor venía obligado a dividir el importe de la deuda entre los fiadores que viviesen al tiempo en que la deuda era debida. Así, dice SCHULZ, si A, B, C y D fueron fiadores de una deuda por 60, y debiéndose la deuda muere D, el acreedor podía reclamar únicamente 20 de A, 20 de B y 20 de C. De esta forma, la Ley transforma la responsabilidad solidaria de los garantes en una responsabilidad parciaria, y constituye, a nuestro juicio, el primer antecedente del beneficio de división en casos de cofianza.

En virtud de esta Ley, el *sponsor* accesorio queda libre de su obligación al transcurrir el plazo de dos años. Por otra parte, la división de la deuda se hace por partes iguales entre los fiadores, sin atender a la circunstancia que alguno de ellos sea insolvente: la insolvencia de uno cualquiera de ellos no se traduce en un aumento de la cuota de quien es solvente, sino que perjudica al acreedor. La *Lex Furia* regía únicamente en Italia: en provincias, dice SCHULZ, sobrevivió la antigua solidaridad durante el período clásico (13).

- En cuanto a la *fideiussio*, la presencia de dos o más *fideiussores* los configuraba como deudores solidarios. Sin embargo, a partir de una *epistula Hadriani*, los *cofideiussores* gozaban frente al acreedor de un *beneficium divisionis*, en cuya virtud el acreedor venía obligado a distribuir el importe de la deuda entre los fiadores que fuesen solventes al tiempo de la reclamación. Hay que señalar que, a diferencia de lo que ocurría con la *Lex Furia*, la

(12) SCHULZ, *op. cit.*, pág. 478. En el mismo sentido se manifiesta BETTI: *Instituzioni di Diritto romano*, vol. II, parte 1.ª, Padova, 1960, págs. 149 y ss., cuando señala que la diferencia fundamental de la *fideiussio* con las otras formas de garantía es que ésta es absolutamente accesorio.

(13) En cuanto al campo de aplicación de la *Lex Furia*, *vid.* SCHULZ, *op. cit.*, páginas 476 y ss.; FREZZA, *op. cit.*, págs. 16 y ss.; IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 469; TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 327.

insolvencia de uno de los cofiadores ante la reclamación de acreedor no era soportada por éste, sino que era asumida por los otros cogarantes solventes.

e) En cuanto al derecho de regreso del cogarante que pagó contra sus compañeros de fianza, la *sponsio* y la *fideipromissio*, de un lado, y la *fideiussio*, de otro, estuvieron regidas por normas diferentes. Así, a la *sponsio* y *fideipromissio* se aplicaba la *Lex Appuleia*: esta Ley, que se sitúa hacia el año 241 a. C., establecía que si el *sponsor* o el *fideipromissor* había pagado más de su porción respectiva, podía reclamar el exceso de los demás fiadores. Si A, B y C eran fiadores de una deuda por 60, y A pagaba ésta totalmente, podía reclamar A 20 de B y 20 de C. FREZZA señala que se desconoce la naturaleza de esta acción, pero que la referencia a la *societas* en un texto de GAYO ha sugerido la idea de que se tratase de una acción similar a la *actio pro socio* (14).

A nuestro juicio, esta *Lex Appuleia* es el primer antecedente del derecho de regreso entre cofiadores en caso de pago de la deuda por uno de ellos que sancionan hoy la mayoría de los códigos modernos (15).

Por lo que respecta a la *fideiussio*, a la que no era de aplicación la *Lex Appuleia*, señala SCHULZ que habiendo varios *cofideiussores*, si uno de ellos pagaba al acreedor, los demás estaban obligados a reembolsarle *pro parte*. DE MARTINO afirma que la jurisprudencia admitió que el *fideiussor* pudiera valerse de una *actio mandati*, *actio pro socio* o *actio negotiorum gestio*, pero eran éstos expedientes poco convincentes y dudosos desde el lado práctico. Y a partir del *rescripto* de ADRIANO, que permitió el beneficio de división, se reconoce que el acreedor podía ceder sus acciones al fiador que pagó: era el llamado *beneficium cedendarum actiones* (16).

Aparte de las Leyes *Furia* y *Appuleia* citadas, señala IGLESIAS que en la época republicana son dictadas varias Leyes con miras a regular las relaciones entre cofiadores y entre el fiador y el deudor principal. Así, la *Lex Cicereia*, de fecha incierta, prescribe que el que toma *sponsores* o *fideipromissores* debe declarar públicamente y de antemano el objeto de la obligación garantizada y el número de garantes. Se exigía, por tanto, una declaración por parte del acreedor, hecha públicamente, antes de la

(14) FREZZA, *op cit.*, pág. 16.

(15) TALAMANCA afirma que la *sponsio* y la *fideipromissio* se configuran de forma que, con total probabilidad, no se prevé originariamente ni una acción de regreso entre garante que cumple y deudor principal, ni entre los propios cogarantes. Vid. TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 327. En el mismo sentido, DE MARTINO, *op. cit.*, página 276.

(16) SCHULZ, *op. cit.*, pág. 480; DE MARTINO, *op cit.*, pág. 279.

constitución del negocio de garantía; de esta declaración debía resultar por qué deudas se obligaban los garantes y el número de éstos. Si el acreedor no hubiese hecho pública esta declaración, los garantes podían, en treinta días, exigir una decisión judicial sobre si la declaración había o no sido hecha: y si la sentencia dijese que la declaración no había tenido lugar, los garantes quedaban liberados. La norma, dice FREZZA, se aplicaba también a los *fideiussores*, aunque no nombrados en la Ley, por una costumbre interpretativa. La finalidad de la Ley, señala este autor, era evidente asegurar a los garantes el beneficio de la *Lex Furia*, asegurando, desde el momento de la constitución de la garantía, el número de garantes, y asegurando a cada garante el conocimiento de todos los otros. Es evidente, por otra parte, que lo dispuesto en la *Lex Cicereia* no se entiende si no es poniéndolo en relación con la práctica de constituir simultáneamente la obligación principal y las obligaciones de los fiadores.

Anterior a la *Lex Cicereia* es la *Lex Cornelia*, que se piensa propuesta por SILA, y que prohibió que una misma persona se obligase, en un mismo año, por un mismo deudor y frente a un mismo acreedor, en una suma superior a 20.000 sestercios. Y, finalmente, hay que citar la *Lex Publilia*, posiblemente la más antigua de las Leyes republicanas sobre esta materia: esta Ley concede al *sponsor* que ha pagado al acreedor una acción penal por el duplo, ejercitable frente al deudor garantizado, siempre que no le hubiera reembolsado el dinero en un plazo de seis meses: era la llamada *actio depensi* (17).

III. LA PLURALIDAD DE FIADORES EN EL DERECHO COMPARADO

A) El Código Civil francés sanciona, según señala GUILLOUARD (18), el sistema seguido en el Derecho romano para los cofiadores desde la

(17) Comenta FREZZA, *op. cit.*, pág. 14, que sobre el régimen jurídico de las garantías personales han influido «delle disposizioni di leggi comiziali»: hecho poco frecuente en la evolución de las instituciones en Derecho privado romano. La multiplicidad de leyes para la reglamentación de esta *fattispecie* comercial encuentra su razón en el moralismo político del mundo antiguo, cuyos temas preferidos eran la limitación del lujo, la limitación de las tasas de interés en los préstamos y la protección de las condiciones de los deudores: en esta última categoría se encuadrarían, según este autor, las leyes citadas.

(18) GUILLOUARD: *Traité du cautionnement et des transactions*, 1894, pág. 160; POTHIER: *Des obligations*, núm. 415. GUILLOUARD se muestra disconforme con el sistema seguido por el Código Civil francés, y piensa que sería más deseable un sistema que considerara como solidarios a los fiadores de una misma deuda, pues ésta es la forma de reforzar la posición de acreedor, que es, en definitiva, lo que desea éste cuando solicita varios fiadores.

epístola de ADRIANO: esto es, en caso de existencia de varios fiadores, éstos se entienden obligados frente al acreedor de forma solidaria (artículo 2.025), si bien el artículo 2.026 admite a continuación el juego del beneficio de división permitiendo que cada fiador pueda exigir al acreedor que divida su acción y la reduzca a la parte y porción de cada cofiador, y estableciendo que en caso de insolvencia de uno de los cofiadores, su parte sería asumida en proporción a su cuota por los restantes fiadores.

En cuanto a las relaciones entre los cofiadores, el Código sigue también en este punto la orientación del Derecho romano, concediendo en el artículo 2.033 al fiador que ha pagado una acción de regreso contra los restantes garantes por la parte y porción de cada uno, pero tal acción sólo tiene lugar cuando el fiador haya pagado en alguno de los casos enumerados en el artículo 2.032. Si uno de los cofiadores es insolvente en el momento del ejercicio de la acción de regreso, su cuota se reparte proporcionalmente entre los otros cofiadores.

Así, pues, los principios básicos del Derecho francés en este tema se podrían resumir así:

- Solidaridad, en principio, entre los fiadores frente a acreedor.
- Posibilidad de oposición del beneficio de división.
- Frente a la reclamación del acreedor, la insolvencia de uno de los fiadores es asumida proporcionalmente por los otros.
- Acción de regreso del fiador que pagó contra los otros cofiadores: la insolvencia de uno de éstos es asumida igualmente por los otros.

B) Por su parte, el Código Civil italiano de 1865 implantó prácticamente los mismos principios que el de Napoleón: obligación de cada uno de los fiadores por toda la deuda (art. 1.911); posibilidad de oposición del beneficio de división, salvo en caso de renuncia al mismo (art. 1.912), y repercusión de la insolvencia de uno de los fiadores en los otros ante la reclamación del acreedor; acción de regreso del cofiador que pagó frente al resto de los cofiadores (19).

(19) CAMPOGRANDE: *Trattato della fiudeiussione nel Diritto odierno*, Torino, 1902, págs. 407 y ss., realiza un examen crítico del sistema vigente y apunta que el sistema es contrario a la lógica, en cuanto que, admitida la división de la acción del acreedor, no se comprende por qué no se ha reconocido tal división *ipso iure*: en el sistema actual se coloca en peor posición a estos cofiadores que a los deudores que se han obligado parciariamente.

Para este autor, el principio recogido en el Código Civil italiano de división de la deuda entre los fiadores es injusto, y cree que debería existir la solidaridad, siguiendo probablemente en este punto a GUILLOUARD y LAURENT. Señala CAMPOGRANDE que, pidiendo más de un fiador, el acreedor quiso aumentar la garantía de su crédito, y este aumento sólo puede darse a condición de que cada fiador responda por el entero. De otra forma, el acreedor no sólo no recibe una verda-

C) La regulación del Código Civil italiano de 1942 tampoco varía mucho de la de sus antecesores: partiendo de la base de que en caso de varios fiadores cada uno está obligado por el todo, el artículo 1946 añade «salvo que se hubiera pactado el beneficio de división». Ello implica una diferencia respecto al régimen del Código de 1865, como ha resaltado FRAGALI, en cuanto que en este último el beneficio de división venía concedido *ex lege*, mientras que en la regulación actual el beneficio de división no se presume, sino que es necesario pactarlo expresamente. Por lo demás, el artículo 1.947 es prácticamente idéntico al artículo 1.912 del Código de 1865, determinando que, estipulado el beneficio, todo fiador demandado por la totalidad de la deuda puede exigir al acreedor que reduzca su acción a la parte que aquél debe, y que si alguno de los cofiadores es insolvente en el momento en que otro ha opuesto el beneficio de división, éste queda obligado por tal insolvencia, en proporción a su cuota, sin que responda de la que sobrevenga posteriormente.

Y el artículo 1.954, admitiendo la acción de regreso del fiador que pagó contra los restantes cofiadores y repartiendo entre éstos la insolvencia de alguno de ellos, confirma la misma regla que los artículos 2.033 del Código francés y 1.920 del Código italiano de 1865.

D) En cuanto al Código Civil alemán, éste considera la cofianza como una obligación solidaria de garantía (20), sin establecer ninguna excepción a favor de los cogarantes, y desconociendo, por tanto, el beneficio de división en las relaciones entre acreedor y cofiadores. Entre éstos sanciona implícitamente la acción de regreso propia de la solidaridad en su aspecto interno, disponiendo, en conclusión, el parágrafo 769 que «cuando sean varios los fiadores de una misma obligación, lo serán solidariamente aun cuando no se hayan comprometido en común», y el 744,

dera ventaja de la pluralidad de fiadores, sino que, al contrario, puede sufrir un daño en cuanto debe limitarse a demandar a cada uno su parte (corriendo además con los gastos judiciales que ello pueda implicar, multiplicados por el número de fiadores existentes), mientras que si hubiese un solo fiador podría reclamarle el entero.

Y piensa CAMPOGRANDE que al legislador no ha debido ocultársele la fuerza de este principio, puesto que comienza declarando la solidaridad en el artículo 1.911, y en el artículo 1.912 hace recaer sobre los otros cofiadores la insolvencia de uno de ellos al tiempo de oponer el beneficio de división. Estos principios, concluye este autor, presuponen la solidaridad; pero por la influencia del sistema romano favorable a los fiadores, el legislador ha anulado el principio de la solidaridad reconociendo al fiador el beneficio de división. Ha sucedido así que el legislador italiano no ha sabido sustraerse a la fuerza de la tradición y ha acogido un sistema que no responde a las exigencias del tráfico, que exige que los fiadores se obliguen por entero, y que es contrario a la naturaleza misma de la fianza.

(20) Vid. ENNECERUS: *Derecho de obligaciones*, traducción de GONZÁLEZ Y ALGUER, Bosch, pág. 817.

en su apartado final, que «los cofiadores sólo estarán obligados entre sí en los límites indicados en el parágrafo 426», o sea, por partes iguales, salvo convenio en contrario, debiendo soportar los demás codeudores obligados la parte que corresponda al insolvente, pudiendo reclamar el deudor que pagó de los otros deudores el reembolso de la parte de crédito que haya pagado por ellos.

Sin embargo, con anterioridad al Código imperaba el sistema de la división de pleno derecho, como sucedía en el antiguo Derecho francés (21). (Pero, como dice CAMPOGRANDE, en el antiguo Derecho francés no había beneficio de división, sino solidaridad: es muy notable el principio de que en caso de varios cofiadores, si uno pagaba la deuda, no tenía derecho de regreso contra los otros.)

IV. ANTECEDENTES DE LOS ARTICULOS 1.857 Y 1.844 DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL EN NUESTRO DERECHO HISTORICO

A) En nuestro Derecho histórico el régimen de la cofianza aparece recogido en las Leyes 8, 10 y 11 del Título XII de la Partida 5.^a

La Ley 8.^a comienza señalando que si muchos hombres se convirtieran en fiadores de uno y se obligaran cada uno de ellos en dar todo o hacer alguna cosa por otro, entonces están obligados a cumplir de aquella manera lo que prometieron, de forma que el que recibe la fianza puede demandar a todos, o a cada uno por sí, toda la deuda que le fiaron.

Por tanto, cuando los fiadores lo fueran por toda la deuda, y sólo en tal supuesto, se entendería nacida la solidaridad (22).

El segundo párrafo de esta misma Ley contempla un supuesto distinto, y dice que si no se hubieran obligado cada uno por el todo, sino que dijese simplemente «somos fiadores por Fulano de dar o hacer tal cosa», entonces, si todos fuesen valiosos de pagar la deuda, el acreedor puede reclamar a cada uno de ellos cuanto le corresponde de su parte. Y si alguno de ellos no tuviese para pagar, entonces los otros, uno o muchos,

(21) Indudablemente, señala GUILARTE, con uno u otro régimen se asegura un funcionamiento claro y sencillo de las relaciones al no presentar la cofianza ninguna particularidad respecto de la obligación mancomunada o solidaria a la que se equipara, pero puede dudarse sobre si ello es lo que mejor se ajusta a la naturaleza de la cofianza. Vid. GUILARTE: «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», *Revista de Derecho Privado*, 1975, pág. 895, y *Comentarios al Código Civil*, EDESA, tomo XXIII, págs. 181 y ss.

(22) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, tomo XVIII, pág. 608; GUTIÉRREZ: *Estudios fundamentales sobre Derecho Civil español*, Madrid, 1871; *Tratado de las obligaciones*, pág. 57.

están obligados a pagar toda la deuda principal o a cumplir aquella cosa que fiaron.

Este segundo párrafo parece, en consecuencia, que contempla una obligación de cofianza asumida parciariamente, y en caso de insolvencia de uno de los cofiadores, esta insolvencia sería asumida por los restantes.

Sin embargo, la Ley 10.^a, Título XII, de la Partida 5.^a, de alguna manera contradice a la Ley 8.^a citada, al decir que «obligándose muchos hombres por uno y cada uno por todos, si todos estuvieran en el lugar cuando el acreedor quisiera hacerles demanda, no debe reclamar toda la deuda a uno, antes decimos que debe ser apremiado cada uno por su parte. Y si alguno de ellos no estuviese o no hubiera dinero, entonces los que estuvieran y tuvieran dinero deben pagar la deuda toda, aunque fuesen uno, dos o más».

Es decir, aun en el caso de que los fiadores se hubieran obligado solidariamente, el acreedor tenía que dividir su acción y reclamarles a cada uno su parte.

Por tanto, y resumiendo, se puede afirmar que en las *Partidas*, y por lo que respecta a las relaciones entre acreedor y fiadores:

- Inicialmente se consagra la solidaridad si se han obligado por el todo los fiadores; a pesar de ello, el acreedor sólo puede reclamar a cada uno su parte, con repercusión de la insolvencia de uno de los fiadores en el resto de los cofiadores.
- Si se han obligado por partes, régimen de parciariedad, también con repercusión de la insolvencia de uno de los fiadores en sus demás compañeros.

En cuanto a las relaciones internas entre los cofiadores, señala la Ley 11 del Título XII de la Partida 5.^a que «pagando alguno de los deudores toda la deuda en su nombre, puede pedir a aquel a quien paga que le otorgue el poder que tenía para demandar la deuda contra los fiadores que fueran sus compañeros de fianza, y también el que tenía contra el deudor principal, y se lo debe otorgar, y después que le fuera otorgado ese poder, es su elección demandar a los otros fiadores aquella parte que pagó por ellos. Y si alguno fuese tan pobre que no lo pudiese entonces pagar, debe recibir de él alguna obligación de pagarle cuanto pueda. Y puede aún demandar la parte que pagó por sí al deudor principal».

Comentando este texto, señala GUTIÉRREZ que «un nuevo beneficio que las Leyes conceden al fiador es que cuando pague pueda requerir al acreedor que le ceda sus acciones para ejercitarlas a su elección contra el deudor o contra sus cofiadores». Esta cesión recibe el nombre de

CARTA DE LASTO, y puede considerarse como el antecedente de la acción de regreso que consagra el artículo 1.844 de nuestro Código.

El acreedor está obligado a verificar la cesión de acciones, y si se negase puede el fiador obligarle, o resistiendo el pago mientras no le ceda, o acudiendo al Juez después de hecho éste, si al verificarle protestó que quería usar del beneficio (23).

B) El Fuero Real decía que en la Ley IV del Título XVIII del Libro III que «cuando alguno tomare dos fiadores o más por alguna cosa, quier diga cada uno por todo, quier no, en su voluntad sea de demandar a todos de consuno o a cualquiera dellos».

Este texto lo interpreta MUCIUS SCAEVOLA en el sentido de que el Fuero Real «abrazó francamente la doctrina de la presunción legal de la solidaridad por el mero hecho de aparecer conjuntamente varios fiadores a responder de una deuda» (24).

El Fuero Real también consagra una acción de regreso del cofiador que pagó contra los restantes cofiadores.

C) En cuanto a la Nueva Recopilación, la pluralidad de fiadores se encontraba regulada en la Ley 1.^a, Título IV, Libro V, y los comentaristas entendieron, en general, que si los cofiadores se obligaban *in solidum* cada uno de ellos podía ser demandado por la totalidad del crédito, sin que pudiera oponer el beneficio de división, mientras que si se obligaron en forma simple no necesitaban de éste porque la propia Ley determinaba la responsabilidad de cada uno (25).

D) Por el contrario, la Novísima Recopilación rompió decididamente con la presunción legal de solidaridad establecida en las *Partidas* y en el Fuero Real, para establecer la de divisibilidad, y con tal ahínco que la aplicó incluso a los contratos precedentes, sin que importase que cualquiera otra Ley común hubiese mandado cosa distinta.

En efecto, la Ley 10.^a del Título I del Libro X estableció que «si dos o más personas se obligasen simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hacer cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entiendan ser obligados cada uno por la mitad (parte viril), salvo si en el

(23) Vid. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 63 y ss.; se pueden consultar además MORATO: *Derecho Civil español con las correspondencias del Derecho romano*, Valladolid, 1877, pág. 385; DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil*, Valencia, 1889, págs. 515 y ss.; SÁNCHEZ DE MOLINA: *El Derecho Civil español*, Madrid, 1871, págs. 445 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, tomo II, Madrid, 1874, págs. 415 y ss.

(24) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 609.

(25) Así lo señala GUILARTE, *op. cit.*, pág. 898.

contrato se dijera que cada uno de ellos sea obligado *in solidum*, o entre sí en otra manera que fuese concebido e igualado, y este no embargante cualesquiera Leyes del Derecho común que contra esto hablan, y esto sea guardado así en los contratos pasados como en los por venir».

Hay que resaltar que configurando la Novísima Recopilación la obligación de los cofiadores como obligación parciaria, deroga expresamente aquella disposición de la Ley 8.^a de las *Partidas* en cuya virtud, aunque los fiadores se hubieran obligado cada uno por su parte, responden proporcionalmente, ante la reclamación del acreedor, de la insolvencia de los otros cofiadores. Así lo señala MORATO, refiriéndose a este texto, cuando afirma que «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 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» (26).

Este texto de la Novísima Recopilación estableciendo la obligación de los fiadores como parciaria, constituye el antecedente directo de nuestro artículo 1.837, que asimismo señala que en caso de varios fiadores el acreedor no puede reclamar a cada uno de ellos sino la parte que le corresponde, si bien con las matizaciones que posteriormente señalaremos.

El Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851.—GARCÍA GOYENA, apartándose totalmente del criterio sustentado por la doctrina al comentar las Leyes de la Novísima Recopilación, acoge de forma clara e inequívoca la solución del Código Civil francés. En efecto, el artículo 1.751 del Proyecto señala:

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

El párrafo 1.º de este artículo, que consagra el principio de solidaridad, es prácticamente una copia del artículo 2.025 del Código francés.

(26) MORATO, *op. cit.*, pág. 385; DEL VISO, *op. cit.*, pág. 514.

Y el párrafo 2.º reproduce el artículo 2.026, 1.º, de dicho Código. El párrafo 3.º no tiene antecedentes conocidos en Códigos extranjeros y hay que atribuirlo, por tanto, a GARCÍA GOYENA (27). Así, pues, en lo que se refiere a las relaciones entre acreedor y fiadores, el Proyecto de 1851 recoge la doctrina del Código francés: presunción de solidaridad en la obligación de los fiadores y posibilidad por éstos de oposición del beneficio de división.

El sistema, en cuanto a las relaciones de los cofiadores con el acreedor, se completa con la norma del artículo 1.751, que señala que: «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 el fiador».

El párrafo 1.º de este artículo corresponde al artículo 2.026, 2.º, del Código Civil francés, y el párrafo 2.º al artículo 2.027 del citado Código.

En cuanto a las relaciones entre los mismos cofiadores, el artículo 1.758 del Proyecto establece una acción de regreso para el cofiador que pagó la deuda contra el resto de los fiadores y por la parte que proporcionalmente les corresponda. La insolvencia de alguno de ellos recae sobre los restantes fiadores en la misma proporción.

Y el párrafo 3.º señala que 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.

Este artículo es prácticamente una reproducción del 2.033 del Código francés con dos ligeras variaciones:

- El Código francés no prevé expresamente la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en los otros, aunque la doctrina la admite.
- Los supuestos en que se limita la acción de regreso en el artículo 1.758, 3, son más amplios en el 2.033 del Código francés, al que remite el 2.032 al establecer esa limitación.

Así, pues, vemos que el Proyecto de GARCÍA GOYENA se inclina decididamente por la solución adoptada por el Código francés.

BREVE RECAPITULACIÓN

Una vez vistos los antecedentes del Derecho romano, del Derecho comparado y de nuestro Derecho histórico, se podría señalar, respecto al

(27) GARCÍA GOYENA: *Comentarios, motivos y concordancias del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 911.

sistema adoptado para configurar el régimen jurídico de la pluralidad de fiadores:

- 1.º Que un mayor número de sistemas: el Derecho romano, salvo su etapa inicial; las *Partidas*; el Proyecto de GARCÍA GOYENA; el Código francés, y los Códigos italianos de 1865 y 1942, optan por configurar la obligación de los fiadores como solidaria, si bien se permite que opongan al acreedor el beneficio de división, de forma que cada uno de ellos responderá sólo de su parte.
- 2.º Que el régimen de solidaridad puro solamente lo establece el BGB.
- 3.º Que el régimen de parciariedad pura solamente lo establece históricamente la Novísima Recopilación.

Y tras estos antecedentes veamos cuál es la regulación que de la cofianza establece nuestro Código Civil.

V. EL REGIMEN DE LA COFIANZA EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. ARTICULO 1.837

a) LA CRÍTICA DEL ARTÍCULO 1.837

Señala GUILARTE que nuestro Código en la regulación de la fianza sigue, en general, los criterios consagrados por el Derecho justiniano, recogidos en las *Partidas*, y la formulación legislativa del Código francés, al disciplinar determinados aspectos de la cofianza se separa de sus modelos en no pequeña medida, sin alcanzar una mejor calidad técnica a través de las soluciones que consagra (28).

La afirmación de GUILARTE es rigurosamente cierta. En efecto, el Código no sólo se aleja de sus antecedentes en una cuestión tan trascendental como la del régimen a aplicar a la obligación de los cofiadores, sino que una vez escogido el régimen de la parciariedad, establece una regulación técnicamente injustificable que ha llevado a ALBALADEJO a calificar el artículo 1.837 como «insólito» (29).

El artículo 1.837 se refiere a las relaciones entre acreedor y cofiadores, y establece de entrada un principio de parciariedad: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación de responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar

(28) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 897.

(29) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, pág. 444.

a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad».

Así, pues, el Código, recogiendo el antecedente de la Novísima Recopilación y prescindiendo de todos los restantes, recoge la división de la deuda entre todos los fiadores y la imposibilidad de que el acreedor pueda reclamar el importe total de la deuda a uno solo de los fiadores a no ser que se haya pactado la solidaridad. La fórmula adoptada por el Código puede ser más o menos discutible (30) en cuanto a la bondad o no de este régimen para el supuesto de cofianza, pero de lo que no cabe duda es de que concuerda perfectamente con las presunciones de no solidaridad y de parciariedad, respectivamente, de los artículos 1.137 y 1.138 de nuestro Código.

Sin embargo, a continuación el Código añade en ese artículo que «el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal». Como apunta GUILARTE, la apreciación conjunta de los dos apartados del precepto representa una difícil armonización y viene a reflejar la perplejidad que el régimen de la cofianza había suscitado entre los comentaristas e intérpretes de nuestras antiguas Leyes y la mezcla en la norma actual de distintos antecedentes inmediatos de procedencia heterogénea.

Veamos por qué. El artículo 1.837, señalan GUILARTE y GULLÓN, sigue en este punto el Anteproyecto de LAURENT, reproduciendo casi literalmente su artículo 2.106 (31). En efecto, este artículo dice 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».

Pero creemos que es importante conocer la interpretación que el propio LAURENT hacía de este artículo, para ver si el espíritu de nuestro Código coincide con el del autor belga. A este respecto, hay que recordar

(30) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 611, se muestra contrario, y señala que el principio recogido en el Código Civil 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, pudiendo asegurarse que en los pocos casos en que se omite la expresión de solidaridad se hace siempre o casi siempre por descuido. En el mismo sentido se manifiestan, por ejemplo, GUILLOUARD y CAMPOGRANDE al comentar el beneficio de división en los Códigos francés e italiano de 1865, al decir que el aumento de garantía que busca el acreedor en la cofianza sólo se consigue a través de la solidaridad.

En la práctica resulta difícil pensar en un contrato bancario, por ejemplo, una póliza de crédito o de préstamo, en el que la garantía plural no esté regida por la solidaridad: en este sentido, es cierta posiblemente la crítica de MUCIUS SCAEVOLA.

(31) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 899.

que el Código de Napoleón partía del principio de la solidaridad en la cofianza (art. 2.025), para admitir a continuación el beneficio de división (art. 2.026), y que el precepto del Anteproyecto destinado a sustituirlo (art. 2.106) establecía cabalmente el principio contrario, esto es, la división de la deuda.

Pues bien, lo primero que señala LAURENT es que «el artículo 2.106 abole el beneficio de división tal como lo consagra el Código Civil». «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.» Y a continuación LAURENT dedica una larga exposición a criticar los argumentos de POTHIER y DOMAT para considerar la obligación de los cofiadores como solidaria, a diferencia de la obligación de varios deudores, que con base en el artículo 1.202 del Código se presume dividida entre los deudores (32).

Por tanto, LAURENT se muestra defensor a ultranza del principio de división de la deuda de pleno derecho entre los cofiadores. Y si, como se ha dicho, nuestro artículo 1.837 se inspira en el Anteproyecto de LAURENT, debería subyacer la misma *ratio*. Ello parece así en el primer párrafo del artículo 1.837, pero a continuación el párrafo 2.º añade que «el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión respecto del deudor principal», y esa norma ya no tiene en absoluto encaje desde la perspectiva histórica que venimos contemplando. En efecto, el artículo 1.837, 2.º, es copia del artículo 1.750, 3.º, del Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851. Y lo que se impone destacar es que ese artículo 1.750, 3.º, y el artículo 2.106 del Anteproyecto de LAURENT (antecedentes directos del artículo 1.837) jamás pueden ser compatibles o conciliables, por la sencilla razón de que, como se ha señalado antes, el Proyecto de GARCÍA GOYENA se inspira claramente en el Código francés, y acoge la solución para la co-

(32) LAURENT: *Avant-projet de revision du Code Civil*, tomo VI, Bruxelles, 1885, págs. 76 y ss. LAURENT se cuestiona si hay algún motivo en la diferencia que el Código establece entre las obligaciones normales y las de cofianza. POTHIER y DOMAT, admitiendo los principios del Derecho romano, señalan que esa razón especial para que los fiadores se obliguen solidariamente deriva de la misma naturaleza de la fianza, argumento que rechaza LAURENT diciendo que eso es responder a una pregunta con otra pregunta, pues lo que hay que cuestionarse es cuál es esa naturaleza especial de la cofianza que hace que la deuda no se divida entre los cofiadores, cuando toda deuda se divide entre los deudores.

fianza de solidaridad más posibilidad de oponer beneficio de división, mientras que el Anteproyecto de LAURENT, como se ha explicado, rechaza de plano la solución del Código francés y, por tanto, el beneficio de división, y opta por la división de la deuda de pleno derecho. Así, pues, nos parece muy claro que el artículo 1.837, 1.º, y el párrafo 2.º, tienen raíces históricas distintas y se refieren a situaciones completamente opuestas, por lo que son, por naturaleza, incompatibles.

Hay que señalar desde ahora que la consecuencia del artículo 1.837, 2.º, es que en aquellos casos en que cese el beneficio de división, la insolvencia de un cofiador frente a la reclamación del acreedor es asumida proporcionalmente por los otros cofiadores (33). Pues bien, la norma de que si ante la reclamación del acreedor uno de los fiadores (con posibilidad de oponer el beneficio de división) es insolvente, esta insolvencia es asumida por el resto de los cofiadores, se halla recogida en los artículos 2.026, 1, del Código francés, 1.912 del Código italiano de 1865 y 1.947 del Código italiano de 1942, Códigos todos ellos que parten del principio de la solidaridad de los cofiadores para a continuación admitir el juego del beneficio de división. Parece claro, por tanto, 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.

Y es que realmente el beneficio de división, como su propio nombre indica, es un «beneficio» que se concede a los cofiadores. Y el término «beneficio» implica, en general, encontrarse en una situación más ventajosa o favorable respecto a una situación anterior. Por ello, y como es lógico, el beneficio de división de los cofiadores sólo tiene sentido en un régimen de cofianza regido por la solidaridad. Porque en este caso la situación inicial de los cofiadores es gravosa, ya que cada uno deberá responder de toda la deuda. Y el «beneficio de división» les coloca en una situación más ventajosa, porque cada uno responde solamente de su parte. Así adquiere pleno sentido el beneficio de división en la *Lex Furia*, en el Derecho romano, porque en la situación anterior los fiadores respondían solidariamente. O en los actuales Códigos francés e italiano, donde se parte de una declaración de responsabilidad solidaria de los fiadores para a continuación admitir el beneficio de división. Y por eso en estos sistemas tiene también pleno sentido la norma de que, frente a la reclamación del acreedor, la insolvencia de uno de los fiadores recae sobre

(33) Así lo reconoce GUILARTE, *op. cit.*, pág. 910, después de haber criticado la redacción del artículo 1.837, 2.º También parecen admitirlo así Díez-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, I, Tecnos, 1972, pág. 602, y ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 446.

sus compañeros de fianza (34), porque una cosa es que el beneficio de división intente beneficiar a los fiadores y otra que signifique un perjuicio para el acreedor, a quien en una situación de cofianza solidaria la insolvencia de uno de los cofiadores no le afectaría especialmente, puesto que podría reclamar el entero a los restantes cofiadores.

Pero donde todo esto que hemos expuesto no tiene ningún sentido es en el artículo 1.837 del Código, porque en el Código NO HAY BENEFICIO DE DIVISION, SINO UNA PLURALIDAD DE FIADORES ORGANIZADOS BAJO EL PRINCIPIO DE LA PARCIARIEDAD, y donde, por tanto, cada uno de los fiadores responde, por Ley, solamente de su parte de deuda. Y si eso es así, proclamada la responsabilidad simple del fiador, su conversión legal en solidaria en determinados supuestos resulta de difícil justificación. Así debe estimarse, señala GUILARTE (35), la referencia a la cesación del beneficio de división en el artículo 1.837, 2.º. Y realmente no se entiende esta agravación de responsabilidad del cofiador en caso de que, ante la reclamación de acreedor, otro cofiador esté en quiebra o concurso de acreedores o no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, pues, en definitiva, ello significa hacer de peor condición al cofiador bajo el régimen del artículo 1.837 del Código, que al codeudor parciario o mancomunado simple, que en tales supuestos (quiebra o concurso de otro codeudor o imposibilidad de demandarle judicialmente dentro del Reino), se liberaría pagando su parte de deuda, y que nunca asumiría la insolvencia de otro codeudor, al tratarse de obligaciones independientes.

- b) DIFERENCIAS ENTRE CONSIDERAR LA COFIANZA COMO UNA OBLIGACIÓN SOLIDARIA CON POSIBILIDAD DE OPOSICIÓN DEL BENEFICIO DE DIVISIÓN O COMO UNA OBLIGACIÓN PARCIARIA

A pesar de que en ambos casos la consecuencia normal frente a la reclamación del acreedor sea que cada cofiador va a responder únicamente de su parte de deuda, existen una serie de consecuencias importantes que subrayan aún más la incongruencia del artículo 1.837, 2.º:

1.ª La primera de ellas es que si se parte de que los cofiadores responden solidariamente o cada uno de ellos de toda la deuda —supuesto

(34) Recuérdese que en la *Lex Furia* ocurría al revés: la insolvencia de uno de los cofiadores a quien perjudicaba era al acreedor.

(35) En efecto, como hemos apuntado anteriormente, la consecuencia de la cesación del beneficio de división es, para la doctrina, la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en el resto de sus compañeros.

de los Códigos francés e italiano de 1865 y 1942—, el beneficio de división juega como excepción que el cofiador opondrá a la reclamación del acreedor para conseguir que reduzca su pretensión a la parte de deuda que le corresponda. Así lo señala FRAGALI respecto al Código italiano actual, al decir que no opera *ex lege*, en el sentido de que el Juez no puede aplicarla de oficio y debe esperar a que el cofiador solicite la reducción de la acción del acreedor a su cuota correspondiente (36).

Consecuencia de esta idea es que si el cofiador no opone el beneficio de división estando obligado por el todo, el acreedor obtendrá una sentencia condenando al fiador al pago de la deuda entera.

Por el contrario, si el régimen de la cofianza se configura bajo el supuesto de la parciariedad, es claro que el fiador responde únicamente de su parte de deuda, como señala el artículo 1.837, 1.º Y ello en puridad de conceptos significa:

- a) Que no cabe hablar de beneficio de división, porque éste sólo se entiende cuando inicialmente los fiadores están obligados solidariamente.
- b) Que el acreedor no puede reclamar a cada fiador más que la parte de deuda que le corresponde (art. 1.837, 1.º).
- c) Que puesto que la división de la deuda viene atribuida *ex lege* (37), el fiador no tiene que oponer ningún beneficio de división a la reclamación del acreedor, y si es que éste reclama más de lo que corresponde al fiador, la excepción que éste deba oponer es la excepción de *pluspetitio*.
- d) Que aun —en el caso anterior— si el cofiador no opusiera la excepción de *pluspetitio*, el Juez, de oficio, debería rechazar la reclamación del acreedor en aquella cantidad que excediera la cuota por la que se obligó el deudor (38).

(36) Este autor considera el beneficio de división como una excepción de carácter perentorio, en contraposición al beneficio de excusión, que tiene carácter de excepción dilatoria, y en cuanto al momento en que deba ser opuesta, señala que el cofiador lo deberá hacer cuanto antes, pues a partir de ese momento ya no responderá de la insolvencia posterior de alguno de los cofiadores, en virtud del artículo 1.947, 2.º, del Código italiano. *Vid.* FRAGALI, *op. cit.*, págs. 334 y ss.

La misma opinión mantiene CAMPOGRANDE respecto al Código italiano de 1865 al afirmar que la división de la deuda no tiene lugar de pleno derecho, sino que viene acordada sólo cuando el fiador la opone por vía de excepción. *Vid.* CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 417. El artículo 1.912, 2, del Código de 1865 es prácticamente idéntico al 1.947, 2, del de 1942.

(37) Así lo entiende GUILARTE, *op. cit.*, pág. 905, citando en apoyo de su tesis a SANTAMARÍA, GULLÓN y MUCIUS SCAEVOLA.

(38) Así lo señala MUCIUS SCAEVOLA al decir que habiendo adoptado el Código la presunción de no solidaridad desde el principio hasta el fin, sin necesidad, por tanto, de que el fiador necesite alegar la división para reputarla hecha, res-

Entenderlo de otra forma significaría desvirtuar por completo el principio de división de la deuda, que de forma clara establece el artículo 1.837, 1.º, y equiparar este supuesto al de los Códigos que consideran la cofianza como una obligación de los cofiadores de responder por el todo (39).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado, a nuestro juicio, en alguna ocasión, la interpretación defendida en el texto. Así, la *Sentencia de 6 de marzo de 1961*, que señaló que «al no resultar de la referida obligación pactada fórmula alguna de solidaridad, ésta no puede presumirse, conforme se desprende del artículo 1.837 del Código Civil, y frente a la concurrencia de dos fiadores, es indudable que conforme al invocado precepto del artículo 1.837 del referido cuerpo legal, la obligación de responder de la deuda de tal prestatario se divide entre ambos fiadores, no pudiéndose reclamar por el acreedor de cada uno más que la parte que le corresponda».

Se observará que el Tribunal no habla de posibilidad de oposición del beneficio de división, sino que cuando no se ha pactado la solidaridad, la obligación de responder de la deuda se divide entre ambos fiadores; si se conecta esto con lo que a continuación añade el Tribunal respecto a la imposibilidad del acreedor de reclamar a cada fiador más que la parte que le corresponda, parece claro que la división a que se refiere la sentencia es una división automática *ipso iure*, sin necesidad de que sea alegada por el fiador.

Más clara aún es la Sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 3 de

ponde cada uno tan sólo de su parte viril. De modo que si el acreedor demanda a todos sus cofiadores en forma solidaria, a pretexto de figurar unidos ante la deuda, aunque los demandados no se personasen para protestar contra el exceso, los Tribunales de justicia limitarán la prestación a la cuota individual de cada uno.

(39) En contra de esta interpretación se muestran autores como MANRESA y Díez-PICAZO. MANRESA señala que el beneficio de división se encuentra en identidad de circunstancias que el de excusión, y que debe ser ejercitado en tiempo y forma por el fiador para que le aproveche a éste. En caso contrario, a pesar de extralimitarse el acreedor al reclamar el todo, no producirá efecto alguno no obstante la concurrencia de varios fiadores y no haberse obligado éstos solidariamente. *Vid.* MANRESA, *op. cit.*, pág. 289.

Díez-PICAZO considera el beneficio de división como una excepción, un modo de defensa, que deberá oponer el fiador a la reclamación del acreedor. La oposición deberá realizarse antes de contestar a la demanda, o bien en el momento de contestar a la demanda, pero no en un momento posterior. El efecto de la oposición del beneficio consistirá en limitar la condena del fiador a la parte de deuda de que éste es responsable. *Vid.* Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., pág. 600.

La interpretación de ambos autores, evidentemente, es incompatible con la que hemos propuesto anteriormente.

Los argumentos de MANRESA y Díez-PICAZO son rebatidos ampliamente por GUILARTE en el sentido expuesto en el texto, al entender este autor que la división de la deuda en la cofianza se produce *ex lege*. *Vid.* GUILARTE, *op. cit.*, pág. 906.

junio de 1968: existiendo un acreedor, un deudor y dos fiadores, no obligados solidariamente, el acreedor reclama a uno de los fiadores la totalidad de la deuda: el fiador no opuso el beneficio de división, sino que no había tal fianza por no haber existido consentimiento. El Tribunal Supremo declara existente la fianza, pero en cuanto a la reclamación del acreedor señala que hay que aplicar el artículo 1.837, en relación al artículo 1.137, por lo que cada fiador debe pagar la mitad de la deuda. ¿No es eso aplicación de oficio de la división de la deuda en la cofianza? ¿No se trata de una división *ipso iure* sin necesidad de que sea alegada como excepción por el fiador?

2.^a La segunda de ellas es que entendiendo la cofianza como obligación solidaria con posibilidad de oposición del beneficio de división, éste es renunciabile. El Código de Napoleón, en su artículo 2.026, y el italiano de 1865, en su artículo 1.912, admiten que el fiador pueda oponer al acreedor el beneficio de división, a menos que haya renunciado a él. El Código italiano de 1942 no recoge expresamente el supuesto de renuncia, pero no parece que haya especial problema en admitirlo. Los autores señalan que la renuncia al beneficio de división puede ser tanto expresa como tácita (CAMPOGRANDE, GUILLOUARD). En este caso de renuncia, los cofiadores *siguen* obligados por el todo: no es que por la renuncia al beneficio vuelvan al régimen de solidaridad, sino que realmente nunca dejaron de estar obligados por el todo. La única posibilidad de dejar de estar obligados por el todo era el beneficio de división, y tal posibilidad desaparece cuando se efectúa la renuncia.

Por el contrario, en un régimen de cofianza como el de nuestro Código Civil, con división *ex lege* de la deuda entre los cofiadores, al no poder hablarse en puridad de beneficio de división, difícilmente podrá hablarse de renuncia al mismo. Lo que significa que si ante una reclamación del acreedor superior a su cuota de deuda, el fiador calla, tal actitud no podrá ser entendida nunca como una renuncia tácita (realmente, ¿renuncia a qué?), sino que señalando el artículo 1.837, 1.º, que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad, el Juez deberá desestimar directamente la demanda del acreedor en cuanto a su exceso (40).

(40) En contra de lo expuesto se manifiestan MANRESA y DÍEZ-PICAZO. MANRESA piensa que se reputará la renuncia al beneficio de división por el hecho de no haber sido utilizado éste convenientemente. Por su parte, DÍEZ-PICAZO admite la renuncia al beneficio de división, y distingue el caso de renuncia expresa del de renuncia tácita. Por lo que respecta a la renuncia expresa, señala este autor que «como quiera que según el artículo 1.837, 2.º, el beneficio de división cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión, relacionando dicho precepto legal con el artículo 1.831, 1, en cuya virtud la excusión no tiene lugar cuan-

3.^a La tercera de ellas es que si se considera la cofianza como una obligación solidaria con posibilidad de oponer el beneficio de división, hasta que el acreedor no reclame al fiador, éste está obligado por el todo

do el fiador haya renunciado a ella *expresamente*, parece claro que cabe la renuncia al beneficio de división».

Nosotros discrepamos de Díez-PICAZO. En efecto, difícilmente se puede, en primer lugar, renunciar a un beneficio que no existe, como ya hemos señalado. En segundo lugar, se entiende claramente que el artículo 1.831, 1.º, admita la renuncia expresa al beneficio de excusión. Pero la conexión del artículo 1.837, 2.º, con el 1.831, 1.º, ya es más difícil. Porque si siguiendo a Díez-PICAZO admitiéramos una renuncia expresa al beneficio de división, ¿cómo habría de articularse tal renuncia? Probablemente mediante la declaración del fiador de renunciar, no ya al beneficio de división, sino a la división de la deuda impuesta *ex artículo 1.837, 1.º*. Y entonces surge otra pregunta: si el fiador dice eso, ¿qué régimen se aplicará? ¿La solidaridad? Pero el mismo Díez-PICAZO lo niega cuando afirma que existe una diferencia sustancial entre el negocio de constitución de la solidaridad y la renuncia al beneficio de división, porque aquél debe tener su base en una declaración de voluntad, expresa, como dice el artículo 1.137, circunstancia —añadimos nosotros— que no se da en el supuesto que estudiamos. ¿Seguirá siendo entonces parciaria la obligación del fiador, si bien con la obligación de asumir la insolvencia de alguno de sus compañeros de fianza?

En realidad, no hay ningún texto que autorice esta interpretación.

Llegamos así a un punto en el que nuevamente se confirma la difícil interpretación del artículo 1.837, 2.º. Y es que si el artículo 1.831, 1.º, tiene una clara explicación porque, renunciado expresamente el beneficio de excusión, no entra en juego el artículo 1.830 y el fiador tiene que afrontar la reclamación del acreedor en los términos del artículo 1.822, realmente no se explica muy bien cómo puede un cofiador renunciar a un beneficio inexistente, y qué ocurre, llevado el caso al extremo, cuando el fiador renuncia expresamente al régimen de división de deuda del artículo 1.837, 1.º.

Por otra parte, Díez-PICAZO admite también la renuncia tácita al beneficio de división. Dice este autor que «la simple falta de oposición en tiempo oportuno del beneficio y del ejercicio de la excepción entraña una renuncia tácita, pues, en definitiva, el beneficio no provoca, según sabemos, una automática división *ex lege* de la obligación de los fiadores, sino que proporciona un medio de defensa al fiador demandado». Ya hemos explicado antes cómo nuestros argumentos en este punto son totalmente opuestos a los de Díez-PICAZO, por lo que los damos por reproducidos.

Solamente nos hacemos esta pregunta: si, según Díez-PICAZO, el fiador renuncia tácitamente al beneficio de división por no oponerlo a la reclamación excesiva del acreedor, ¿qué régimen se le aplica al fiador? ¿Responderá por el todo? ¿Responderá de la insolvencia de otro cofiador?

En realidad, lo que ocurre, señala DELGADO ECHEVARRÍA, es que hay dos maneras de acercarse al artículo 1.837. Para algunos autores (GUILARTE, ALBALADEJO) hay que dar prioridad a las expresiones contundentes del primer párrafo del artículo 1.837, que coinciden con el criterio general de nuestro Código sobre la pluralidad de deudores establecido en los artículos 1.137 y 1.138. Mientras que para otros (MANRESA, Díez-PICAZO) aquel primer párrafo es un añadido de última hora en un conjunto que permanece inalterado (no sólo el segundo párrafo del artículo 1.837, sino también los artículos 1.844-46 y 1.850) inequívocamente basado en el juego del beneficiario de división y, por tanto, en la solidaridad entre fiadores.

Posiblemente sea cierto que el primer párrafo del 1.137 es un añadido de última hora a la vista de los antecedentes.

La contradicción entre el primer párrafo del artículo 1.837 y los demás que

(así lo señala GUILLOUARD respecto al Código francés y CAMPOGRANDE respecto al Código italiano de 1865) (41).

Dice GUILLOUARD que el carácter de excepción dado por el Código francés, a imitación del Derecho romano, al beneficio de división, va a producir una consecuencia grave: y es que el fiador no puede oponer tal beneficio sino cuando el acreedor le reclama el pago, y no antes. Por tanto, apunta POTHIER, cuando varias personas se convierten en fiadores de un deudor, aunque tengan entre ellas el beneficio de división, hasta que el acreedor no les reclama el pago, no pueden, sin embargo, obligar al acreedor a recibir su parte concreta de deuda, es decir, un pago parcial. La razón de ello es que la deuda garantizada por los fiadores no está dividida de derecho entre ellos.

La consecuencia extraída por estos autores es lógica, a nuestro juicio. Si inicialmente los fiadores son solidarios y están, por tanto, obligados por el todo, y uno de ellos pretende pagar antes que el acreedor se haya dirigido contra ellos, el único pago que le podrá liberar será el pago total, en su condición de fiador solidario, sin que pueda obligar al acreedor a recibir pagos parciales, por más que frente a la reclamación del acreedor hubiera podido utilizar el beneficio de división, pues esto funciona como excepción, y la división de la deuda entre los fiadores no se produce, como dice POTHIER, de pleno derecho.

Pongamos a continuación esta idea en conexión con nuestro artículo 1.837, 1.º A la vista de este artículo, ¿se puede sostener que un fiador puede liberarse ofreciendo al creedor el pago de la parte de deuda que le corresponde? No parece que deba existir mayor obstáculo para ello. Si, como dice esa norma, «el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer», es evidente que el fiador puede pagar al acreedor esa parte que le corresponde satisfacer. Pero si se mantiene el argumento de autores como MANRESA, GARCÍA GOYENA y DíEZ-PICAZO, para quienes la división de la deuda entre los fiadores no opera de pleno derecho y el beneficio de división juega como una excepción oponible por el fiador, la armonización entre ambas ideas es imposible: si la deuda no se divide de pleno derecho y el beneficio de división sólo juega en cuanto excepción, entonces hay que concluir que antes de la oposición del beneficio de división el fiador está obligado por el todo, porque de otro modo no tendría sentido decir que la deuda no se divide de pleno derecho y que el beneficio de división es una excepción. Y bien, si ello es

regulan la confianza es real, históricamente comprobada e irresoluble. Quizá únicamente la jurisprudencia, con su interpretación del artículo 1.837, pueda inclinar la balanza a uno de los dos lados.

(41) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 166; POTHIER: *Des Obligations*, núm. 535; CAMPOGRANDE, *op. cit.*

así y el fiador está obligado por el todo, entonces no puede liberarse —antes que el acreedor le reclame— pagando su parte de deuda, sino únicamente pagando el entero. Esta es cabalmente la conclusión que cabría extraer llevando a ese punto el argumento de MANRESA y DíEZ-PICAZO. Y tal conclusión nos parece inadmisibile, porque, a nuestro juicio, del artículo 1.837, 1.º, del Código se deduce claramente que el fiador se puede liberar pagando su parte de deuda. Y entonces hay que preguntarse nuevamente, ¿qué sentido tiene hablar de un beneficio de división en el artículo 1.837, 2.º?

4.^a La cuarta de las diferencias se produce en el punto de la insolvencia de uno de los fiadores frente a la reclamación del acreedor. En los regímenes en que la cofianza es una obligación solidaria con posibilidad de oposición del beneficio de división, la regla normal es que cuando el acreedor reclama el pago y se opone por los fiadores el beneficio de división, si uno de los fiadores es insolvente, entonces esa insolvencia es asumida proporcionalmente por los restantes cofiadores. Así ocurría en Derecho romano con la *fideiussio*: en virtud de la *Epistula Hadriani*, los *cofideiussores* tenían frente al acreedor un *beneficium divisionis*, en cuya virtud el acreedor venía obligado a distribuir el importe de la deuda entre los fiadores *solventes* al tiempo de la reclamación (42). Lo mismo ocurría en las *Partidas*. Por su parte, el artículo 2.026, 2.º, del Código francés que «cuando en el momento en que uno de los fiadores ha conseguido la división había insolventes, este fiador está obligado proporcionalmente por esa insolvencia; pero no se le puede reclamar por insolvencias producidas después de la división».

El artículo 1.912 del Código italiano de 1865 hacía recaer sobre el cofiador que solicitaba la división la insolvencia de otros cofiadores anterior a la petición de división, y la posterior hasta que la división no se hubiese obtenido.

Y en cuanto al Código italiano de 1942, su artículo 1.947 señalaba que «si alguno de los cofiadores era insolvente al tiempo en que otro ha hecho valer el beneficio de división, éste está obligado por tal insolvencia en proporción a su cuota, pero no responde de la insolvencia sobrevinida».

Por tanto, la regla es clara: la insolvencia de uno de los cofiadores al tiempo de la división es asumida proporcionalmente por los restantes (43).

(42) Recordemos, sin embargo, que para la *sponsio* y la *fidepromissio* la *Lex Furia* establecía la división de la deuda entre todos los fiadores, por lo que la insolvencia de uno de ellos era sufrida por el acreedor y no por los otros fiadores.

(43) Para BARASI: *Teoria generale*, III, págs. 198-199, un fiador no es solvente cuando el estado de su patrimonio, en su activo, no consiente la satisfacción integral de sus deudas.

GUILLOUARD afirma que esta regla, que es antigua, tiene una fácil justificación: el beneficio de división es un favor que concede la Ley a los fiadores, y este favor no puede perjudicar al acreedor, lo que ocurriría si la insolvencia de uno de los fiadores recayera sobre él (44).

Normalmente, en estos casos, la asunción por un cofiador de la insolvencia de otro u otros tiene un tope temporal. En el Código francés ese momento es cuando se acuerda la división: *lorsque la division est pronocée*, no cuando se invoca el beneficio. La insolvencia del cofiador debe ser considerada en el primero de los momentos citados (art. 2.026). La misma solución consagraba el Código italiano de 1865 en su artículo 1.912 (45).

Por su parte, el Código italiano de 1942 ha adelantado ese momento en el artículo 1.947, 2.º, al momento de oposición del beneficio de división, en vez de al momento de obtención de la división.

En consecuencia, el cofiador es responsable de la insolvencia de otro de los fiadores hasta el momento en que fija la Ley. La insolvencia sobrevenida no afecta en absoluto a la posición de los fiadores, máxime cuando se tiene señalado (FRAGALI, GUILLOUARD) que desde el momento del beneficio de división, las deudas de los fiadores son distintas e independientes unas de otras (46).

Hasta aquí el supuesto de insolvencia del fiador ante la reclamación del acreedor en aquellos sistemas que parten de la solidaridad en la cofianza con posibilidad de admisión del beneficio de división.

¿Y qué dice al respecto nuestro Código? Lo cierto es que no tiene una norma como la de los Códigos citados, ni siquiera hace referencia expresa a la insolvencia de uno de los fiadores. Tampoco hacía referencia alguna a este tema el Anteproyecto de LAURENT, pero porque para éste estaba muy claro que partiendo de la división de la deuda entre los fiadores, la insolvencia de uno de ellos no afectaba en absoluto a la situación de los otros fiadores, cuyas deudas eran absolutamente independientes.

Y en puridad de principios, así debería ser en nuestro Código, que organiza la cofianza en el artículo 1.837, 1.º, como ya hemos señalado, bajo el principio de la parciariedad. Sin embargo, no es así: el párrafo 2.º del artículo 1.837 introduce una notable confusión, y ha llevado a un

(44) GUILLOUARD, *op. cit.*, págs. 172 y ss. Abundando en esta idea, añade FRAGALI que el acreedor tiene derecho a obtener el todo de los cofiadores, y este derecho no debe ser perjudicado por el hecho de poder realizar el beneficio de división. Toda circunstancia que disminuya la posibilidad de obtener el todo de los otros fiadores limita ese poder. *Vid.* FRAGALI, *op. cit.*, págs. 342-343.

(45) CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 428.

(46) FRAGALI, *op. cit.*, pág. 342, afirma, no obstante, que la regla de no responsabilidad por la insolvencia sobrevenida es regla atípica en materia de solidaridad, pues el artículo 1.313 hace recaer sobre los obligados solidariamente la insolvencia posterior a la división.

importante sector de la doctrina a afirmar que cuando un cofiador está en concurso o en quiebra, o no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino, entonces los restantes cofiadores asumen proporcionalmente su cuota impagada (47).

En efecto, el artículo 1.837, 2.º, dice que el beneficio de división cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el beneficio de excusión. Ya hemos criticado antes este artículo en cuanto a la inexistencia de un verdadero beneficio de división. Pero veamos ahora a qué consecuencias conduce esta norma. De entrada, hay que acudir al artículo 1.831, que es el que señala los casos en que cesa el beneficio de excusión respecto al deudor principal. Sólo los supuestos 3.º y 4.º de este artículo tienen interés, porque los otros dos no son sino estipulación de obligarse solidariamente como fiadores, razón por la que no hay excusión. Por tanto, y a nuestros efectos, el beneficio de división cesará para el fiador en los casos de quiebra o concurso de otro fiador o cuando el fiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino. De esta norma se pueden apuntar las siguientes consecuencias:

1) El Código no habla de «insolvencia» de otro fiador, sino únicamente de cesación del beneficio en dos casos concretos: quiebra o concurso e imposibilidad de demandar judicialmente al fiador dentro del Reino. Estos dos casos configuran, como es evidente, un campo de aplicación de la norma mucho más restringido que si se hubiera hablado de «insolvencia» del fiador. Pero incluso esta restricción demuestra lo criticable del artículo 1.837, 2.º. En efecto, en los sistemas que admiten un «verdadero» beneficio de división, hemos visto que existen normas que obligan a los cofiadores a asumir la insolvencia de otro cofiador ante la reclamación del acreedor. La justificación, decía GUILLOUARD, era clara: el beneficio de división podía beneficiar a los cofiadores, pero nunca perjudicar al acreedor. Nosotros pensamos que con el artículo 1.837, 1.º, del Código, las vicisitudes de un fiador no deberían nunca afectar a otro: esto es, nunca debía producirse un aumento de la responsabilidad de un fiador por el hecho de que el otro fuera insolvente. Pero ya que el Código opta por el sistema contrario en el artículo 1.837, 2.º, lo que no tiene sentido es que lo limite a los casos de quiebra o concurso de un fiador, o cuando no se le pueda demandar judicialmente dentro del Reino. Y ello por una doble razón: en primer lugar, porque supuestos tan graves como los del artícu-

(47) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, cit., pág. 602; ALBALADEJO: *Derecho Civil*, cit., págs. 443 y ss.; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 610; MANRESA, *op. cit.*, página 285; GUILARTE, *op. cit.*, págs 910 y ss.; *Comentarios al Código Civil*, tomo XXIII, págs. 200 y ss.; DELGADO ECHEVARRÍA en *Elementos de Derecho Civil*, II, de LACRUZ BERDEJO, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 347 y ss.

lo 1.837, 2.º, no son tenidos en cuenta: piénsese, por ejemplo, en caso de insolvencia pública y notoria de un fiador, a pesar de no estar en quiebra o concurso; embargos preventivos contra un fiador, a pesar de no estar en concurso o quiebra; declaración de insolvencia del fiador en la jurisdicción laboral ante una reclamación de sus empleados, lo que no implica necesariamente declaración de concurso o quiebra. Pues bien, en todos estos casos, no hay alteración alguna de la situación o responsabilidad de los otros fiadores, cuando, sin embargo, parece claro que el fiador es insolvente.

Y, en segundo lugar, porque el supuesto de que el fiador no pueda ser demandado dentro del Reino es expresamente excluido por la doctrina francesa del ámbito de aplicación del artículo 2.026, ya que no se equipara ese supuesto al de insolvencia que recoge el 2.026. Señala GUILLOUARD, comentando este artículo (48), que no se puede asimilar al fiador insolvente aquel que está domiciliado en el extranjero, pero que, sin embargo, puede ser solvente por tener bienes suficientes en el país en cuestión para afrontar la reclamación del acreedor (49).

2) El Código no dice cuál es la consecuencia del artículo 1.837, 2.º: es decir, qué ocurre, en definitiva, en la relación acreedor/fiadores cuando uno de ellos está en situación de quiebra o concurso, o no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino (50). La doctrina mayoritariamente se inclina por un incremento de la responsabilidad de los otros cofiadores. Así, GUILARTE, a pesar de mostrarse específicamente crítico con el artículo 1.837, 2.º, reconoce que las consecuencias de la cesación de la división de la deuda en los casos en que proceda, se concretan en que los fiadores incursos en alguno de los supuestos del 1.831 deberán responder, además de su cuota, de la de quienes se encuentren en tal situación.

Ahora bien, señala GUILARTE, esto no implica la conversión de su obligación de garantía en obligación solidaria, por lo que, en todo caso, deberán mantenerse siempre la necesidad del acreedor de dividir la deuda

(48) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 175.

(49) Efectivamente, el problema, más que si se puede o no demandar al fiador en España, debe residir en si tiene o no bienes suficientes, porque el hecho de que no se pueda demandar judicialmente al fiador *dentro del Reino*, porque viva en el extranjero, no significa que no pueda ser demandado en este país, lo que es perfectamente posible según nuestras leyes de procedimiento, y permitirá un embargo del acreedor sobre los bienes existentes en España. De hecho el artículo 1.400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está pensando en el embargo preventivo de bienes de quien ha dejado el país y, por tanto, «no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino», según la terminología del 1.837, 2.º

(50) Recordemos que los Códigos francés 1865 e italiano 1942 tenían normas concretas que señalaban que la insolvencia de uno de los fiadores se traducían en un incremento de la responsabilidad de sus compañeros.

entre todos los cofiadores solventes, sin que le sea factible exigir a uno solo de ellos la totalidad de la obligación principal, ni siquiera la cuota íntegra del insolvente (51).

No obstante, el hecho de que se admita esa consecuencia, lo entendemos como una necesidad de dar un contenido al artículo 1.837, 2.º, pero esto no significa que tal solución sea admisible técnicamente. En efecto, el mismo GUILARTE afirma que, en la fórmula del Código, la alteración de la responsabilidad mancomunada de los fiadores solventes les impone el asumir la cuota del fiador o fiadores insolventes, lo que no está de acuerdo con la naturaleza de la obligación mancomunada que inicialmente asumieron, con las consecuencias de índole práctica y dogmática que ello representa (52). ALBALADEJO se muestra de la misma opinión cuando señala que en los casos 3.º y 4.º del artículo 1.831 no hay razón que justifique la cesación del beneficio de división, porque si los cofiadores se obligaron subsidiariamente cada uno a una parte de la obligación principal, no hay por qué hacerles después responsables de otra obligación (la subsidiaria parcial contraída por el cofiador insolvente). Ello es tanto como permitir al acreedor obtener de un deudor mancomunado simple el pago de su parte y la de otros deudores mancomunados insolventes. Y ALBALADEJO califica el precepto como «insólito» (53).

Y es que realmente la contradicción del párrafo 2.º del artículo 1.837 con el texto anterior del artículo es irresoluble. El Código pudo optar para organizar la cofianza por alguna de las tres alternativas de las que hablábamos al principio de este trabajo. Pero habiendo optado tan claramente en el artículo 1.837, 1.º, por el régimen de la parciariedad o mancomunidad simple, lo que no tiene justificación es esa alteración de la responsabilidad de los fiadores, que además de ir contra los principios de la parciariedad, no tiene un apoyo legal (54).

A nuestro juicio, aparece como mucho más apropiada la regulación que a este tema da la Compilación civil de Navarra. En la Compilación, los cofiadores garantizan la deuda frente al acreedor cada uno por su parte, es decir, quedan obligados mancomunadamente, pero *cada uno es*

(51) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 910.

(52) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 909.

(53) ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 445. Dice este autor que no se entiende por qué los fiadores obligados parcialmente en defecto del deudor pueden resultar obligados totalmente. Si se dice que es para garantía o seguridad del acreedor, se debe responder que éste no tiene derecho a una garantía o seguridad que no le dieron.

(54) No se puede admitir, a nuestro juicio, la opinión de MUCIUS SCAEVOLA y MANRESA, para quienes el aumento de responsabilidad de los fiadores en los casos del 1.837, 2.º, se funda en el artículo 1.844, 2.º, del Código, pues este artículo está pensando en las relaciones internas entre los cofiadores, para las que establece la cobertura de la responsabilidad para la insolvencia de algún cofiador, pero no hay razón alguna para aplicar esa norma a la relación entre acreedor y fiadores.

subfiador de los otros, de modo que si no habiendo pagado el deudor, tampoco lo hizo por su parte algún cofiador, los otros habrán de cumplir en su defecto.

Esto es lo que dispone la Ley 525, 4.º, de la Compilación, según la cual «si fueren varios los fiadores y no se hubiere pactado lo contrario, tendrá el acreedor que dividir entre ellos la reclamación, pero cada uno de ellos es también fiador de los otros».

La solución de la Compilación evita el absurdo del artículo 1.837, 2.º, y, además, alcanza unos objetivos más amplios, puesto que *en cualquier caso y por cualquier causa* que el fiador no pague su cuota, los otros fiadores van a responder, en cuanto subfiadores de aquél, mientras que en el Código Civil, como hemos visto, la responsabilidad de los cofiadores sólo aumenta cuando otro cofiador se encuentre en quiebra o concurso o no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino (55).

5.^a Una última diferencia puede estar en la influencia en la posición de un fiador de las vicisitudes de la relación obligatoria de otro fiador. Nos referiremos concretamente a los supuestos de nulidad o anulabilidad de la obligación de un fiador.

En aquellos sistemas que parten de la solidaridad en la cofianza con posibilidad de oposición del beneficio de división, hay que resaltar que se retiene la idea de que el acreedor tiene derecho a obtener el entero de todos los cofiadores, y que este derecho no debe ser perjudicado por el ejercicio del poder de exigir la división (56). Y desde esta perspectiva se

(55) La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1931 se plantea expresamente este supuesto y concluye que la insolvencia de uno de los fiadores no implica aumento de responsabilidad de los otros. Sin embargo, el cambio utilizado por la sentencia para llegar a esa conclusión ha sido criticado por ALBALADEJO, DELGADO ECHEVARRÍA y GUILARTE.

Así, señala esta sentencia que, debido a la limitación que establece el artículo 1.837, 1.º, «el fiador no solidario no viene obligado para con el acreedor a responder subsidiariamente, por insolvencia de un cofiador, de todo o parte de la porción de fianza correspondiente a éste, ya que no existe en el mencionado Código precepto alguno que modifique aquella regla general establecida en el citado artículo de dicho cuerpo legal, aplicable siempre que la fianza no esté comprendida en alguno de los casos en que cesa el beneficio de división». Y a continuación la sentencia dedica el segundo considerando a explicar cómo en los casos del artículo 1.831, a pesar del tenor literal del artículo 1.837, 2.º, no cesa el beneficio de división y no hay, por tanto, repercusión de la insolvencia. Dice la sentencia que en los casos de los artículos 1.831 y 1.832 no se menciona la insolvencia del fiador, sino la del deudor, «casos que podrán tener alguna semejanza, pero que no son idénticos indiscutiblemente». Por tanto, como sólo se habla de cese del beneficio de excusión por insolvencia del deudor, no es aplicable al cese del beneficio de división por insolvencia de un fiador.

Con esta interpretación lo que hace, en definitiva, la sentencia es venir a decir que el artículo 1.837, 2.º, no se aplica nunca, lo que, si bien quizá fuera deseable, no parece que pueda ser admitido con esos argumentos.

(56) Así, FRAGALÍ, *op. cit.*, pág. 338.

afirma unánimemente que en caso de que la obligación de un fiador sea nula, el acreedor prescindirá de ésta en la división de la deuda, que se operará únicamente entre los fiadores cuya obligación es exigible (57). Pretender que en la división se tenga en cuenta la cuota nula quiere decir ejercitar el derecho de reducción en perjuicio del derecho de acreedor. Además, no se puede dividir una deuda entre alguien que no está obligado por ser su obligación nula.

Si, por el contrario, la obligación del fiador es simplemente anulable, la división debe hacerse teniendo en cuenta su cuota, puesto que hasta que se declare la nulidad, la obligación es válida y surte sus efectos. Y una vez declarada la nulidad, podrá reclamar la cuota de esa obligación contra los otros fiadores. Así lo estiman GUILLOUARD, CAMPOGRANDE y FRAGALI.

Pues bien, en nuestro Derecho, partiendo del principio de separación de las deudas que establece el artículo 1.837, 1.º, no parece que la nulidad o anulabilidad de la obligación de los fiadores deba tener repercusión alguna en la situación de los otros fiadores. Así sería, desde luego, en caso de deudas parciarias, conforme al artículo 1.137. Y no conocemos opinión alguna que haya sostenido esa repercusión en caso de pluralidad de fiadores. Por tanto, si A, B, C y D son fiadores cada uno de X por 20, y la obligación de A es nula o anulable, en ningún caso podrá el acreedor exigir que la deuda total de 80 se divida entre B, C y D a partes iguales, sino que cada uno de éstos seguirá respondiendo de sus 20.

c) COFIANZA SOLIDARIA

El artículo 1.837, en su apartado 2.º, después de señalar que en caso de varios fiadores el acreedor no puede reclamar a cada uno de ellos sino la parte que le corresponda, añade: «a no ser que se haya pactado expresamente la solidaridad». En este último caso no procede división alguna, sino que el acreedor puede exigir la totalidad de la deuda a cada uno de los fiadores. Es pacto habitual en la práctica, que suele ir unido al de solidaridad con el deudor principal. Pero se ha señalado acertadamente que, teóricamente, fianza solidaria (o solidaridad del fiador o fiadores con el deudor) y cofianza solidaria (solidaridad de los fiadores entre sí) son conceptos distintos y pueden actuar por separado. Y, a nuestro juicio, es importante distinguir claramente estas dos ideas, puesto que las consecuencias que de ellas se derivan son muy distintas. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1968 estudió un supuesto en el

(57) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 172; BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL: *Tratatto teorico-prattico di Diritto civile. Della fideiussione*, pág. 579; CAMPOGRANDE, *op. cit.*, página 426; LAURENT, XXVIII, núm. 230; FRAGALI, *op. cit.*, pág. 339.

que había solidaridad entre el deudor principal y los fiadores, pero no entre éstos. El caso era el siguiente: se trataba de un contrato de préstamo hecho por el actor a una persona y garantizado por dos fiadores de la siguiente forma: «Y nosotros, X y Z, nos constituimos en fiadores de los deudores, con los que nos comprometemos mancomunada y solidariamente al cumplimiento de esta obligación».

El prestamista reclamó a uno de los fiadores la totalidad de la deuda, petición que fue estimada en primera instancia, pero revocada parcialmente en la Audiencia, que condenó al fiador a pagar la mitad de lo reclamado. El Tribunal Supremo desestimó el recurso y señaló que había que aplicar el artículo 1.837 en relación con el 1.137, por lo que cada fiador debía pagar únicamente la mitad de la deuda. Dice el Tribunal Supremo que la reclamación del actor habría prosperado si además de obligarse solidariamente los fiadores con el deudor principal, se hubieran obligado solidariamente entre sí, lo que no había ocurrido en el caso, como se puede fácilmente deducir del texto de la cláusula en que se pactó la fianza.

La diferencia establecida en la sentencia entre fianza solidaria y cofianza solidaria parece clara. Habría que decir entonces que cabrían las siguientes posibilidades:

- a) Que los fiadores se obliguen solidariamente entre sí y con el deudor principal: en este supuesto, el acreedor puede reclamar indistintamente a cada uno de ellos la totalidad de la deuda.
- b) Que los fiadores se obliguen solidariamente con el deudor principal. Esta posibilidad está expresamente prevista en el artículo 1.822 del Código. En este caso, el acreedor podrá reclamar indistintamente al deudor o a los cofiadores, que al estar obligados solidariamente no podrán oponer el beneficio de excusión. Pero si el acreedor opta por reclamar a los cofiadores, tan sólo podrá reclamar su parte a cada uno de ellos, *ex* artículo 1.837. Es el caso de la sentencia.
- c) Que los cofiadores se obliguen solidariamente entre ellos, pero no con el deudor principal. Cabalmente es el supuesto al que se refiere el artículo 1.837 cuando habla de cofianza solidaria. En este caso, el acreedor podrá reclamar el todo a cada uno de los fiadores, pero éstos podrán, a su vez, oponerle el beneficio de excusión, obligándole a dirigirse primero contra los bienes del deudor principal (57 bis).

(57 bis) La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1942 admitía también la existencia de solidaridad entre los fiadores, pero no con el deudor, y

VI. EL REGIMEN DE LA COFIANZA EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. ARTICULO 1.844

Después de haber estudiado el artículo 1.837, sobre las relaciones entre acreedor y fiadores, corresponde ahora el examen del artículo 1.844, que regula las relaciones entre los propios cofiadores. Este artículo señala que:

«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 corresponda satisfacer.

• Si alguno de ellos resultase insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra».

El cofiador que paga su parte o la totalidad de la deuda tiene derecho de reembolso y subrogación contra el deudor principal en los términos ordinarios. La pregunta que hay que hacerse ahora es si el cofiador que paga mayor parte de lo que en principio le correspondía tiene algún recurso contra sus cofiadores. La respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa, puesto que el artículo 1.844, si bien con las limitaciones que más adelante exponremos, consagra un derecho de regreso específico en favor del cofiador que ha pagado.

a) ANTECEDENTES

Es norma entre los autores (58) afirmar que el Código, al admitir un derecho de regreso en el artículo 1.844, se aparta en este punto del Derecho romano y del Derecho histórico. Ello es posiblemente cierto para el Derecho antiguo, pero, a nuestro entender, debe tenerse en cuenta que en el Derecho romano ya la *Lex Appuleia* había establecido, para la *sponsio* y la *fideipromissio*, que si el *sponsor* o *fideipromissor* había pagado más de su porción respectiva, podía reclamar el exceso de los demás

al reclamar el acreedor como si fueran codeudores solidarios, se desestima la demanda.

(58) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 912; DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, pág. 353; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *cit.*, pág. 602.

fiadores (58 bis). Concretamente, señalaba SCHULZ que si A, B y C eran fiadores de una deuda por 60 y A pagaba ésta totalmente, podía reclamar A 20 de 20 de B y 20 de C. En cuanto a la *fideiussio*, a la que no se aplicaba la *Lex Appuleia*, a partir del rescripto de Adriano, que permitió el beneficio de división, se reconoce que el acreedor podría ceder sus acciones al fiador que pagó: era el *beneficium cedendarum actiones*.

En el Derecho antiguo, efectivamente, no existió una acción específica de regreso: el cofiador que pagaba la totalidad de la deuda no tenía acción alguna contra los demás fiadores, y únicamente podía exigir el reintegro de lo pagado dirigiéndose contra el deudor principal. De modo excepcional, dice DÍEZ-PICAZO, el fiador podía dirigirse contra los cofiadores cuando el acreedor pagado le había proporcionado la CARTA DE LASTO, documento en cuya virtud el acreedor cedía al fiador sus acciones contra el deudor principal y contra los fiadores, tal y como señala la Ley 11 del Título XII de la Partida 5.^a

El Código Civil francés, en su artículo 2.033 (ver GUILLOUARD, página 236), establece un derecho de regreso del fiador que pagó contra los restantes cofiadores, siempre y cuando el pago se haya efectuado en alguno de los casos del artículo 2.032. TROPLONG explica que la limitación de la acción de regreso a los casos del artículo 2.032 tiene como finalidad rechazar un sistema que había sido admitido por la antigua jurisprudencia francesa consistente en admitir que el fiador podía, incluso antes de haber pagado, y cuando temiera no poder recobrar lo que pagara, obligar a sus cofiadores a contribuir con él al pago de la suma debida en común al acreedor. POTHIER ya se había mostrado contrario a esta opinión, y el artículo 2.032 del Código viene así a confirmarlo (59). El Código no habla de la repercusión entre los fiadores de la insolvencia de uno de ellos en

(58 bis) Así, GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 234, y CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 533, señalan la Ley *Appuleia* como antecedente del derecho de regreso consagrado en sus respectivos códigos. Se presumía una especie de sociedad entre los *sponsors* y *fidepromissores* de un mismo deudor, de suerte que si uno de ellos pagaba la deuda entera podía actuar contra los otros en virtud de la acción *pro socio*.

(59) La restricción del regreso a los casos del artículo 2.032 es mucho más amplia que la del Código español en el 1.844-3.º, pues se incluyen los supuestos de que el deudor se hubiera obligado a relevar de la fianza al fiador, que la deuda se hubiera hecho exigible por el transcurso del tiempo y que hubieran transcurrido más de diez años cuando la obligación no tuviera término de vencimiento.

El antiguo Derecho francés, señala POTHIER, también concedía una acción de regreso al cofiador que pagó, basada en la equidad, que no puede permitir que los otros fiadores, que estaban obligados como el que ha pagado, se aprovechen a su costa del pago que ha hecho. Añade POTHIER que esta acción no es la verdadera acción de gestión de negocios, pues el fiador que ha pagado lo ha hecho por su cuenta, sino que es una acción *útil* de gestión de negocios, pues por el pago ha gestionado los asuntos de los otros.

vía de regreso —como hace el artículo 1.844, 2.º—, pero la doctrina francesa parece firme en la admisión de tal repercusión (60).

El Código italiano de 1865 establece en su artículo 1.920 el mismo principio que el artículo 2.033 francés, autorizando el regreso en los casos del artículo 1.919, idéntico al 2.022 francés. Aunque no se recoge en el Código, se admite también la insolvencia en vía de regreso de uno de los fiadores, que es asumida a prorrata por los restantes.

Por su parte, el Código italiano de 1942, en su artículo 1.954, admite asimismo el derecho de regreso, suprimiendo toda restricción y apartándose en este punto del Código francés. Para el caso de insolvencia de uno de los copiadorees en vía de regreso, se remite expresamente al artículo 1.299, en sede de solidaridad y con un contenido igual a nuestro artículo 1.145.

En cuanto al Proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA, parece claro, como señala GUILARTE, que el artículo 1.844 tiene su precedente en el artículo 1.758 del Proyecto (con una variación intrascendente, la de sustituirse, en el primer apartado, la expresión «le quepa» por «le corresponda satisfacer»), que, a su vez, reproduce el artículo 2.033 del Código francés, limitando, sin embargo, el regreso, a diferencia de éste, a los dos supuestos que determinaba el Código holandés (61).

(60) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 240, con cita de autores como DURANTON, PONSOT, TROPLONG, PONT.

(61) GULLÓN hace especial hincapié en el hecho de que el artículo 1.844 proviene del artículo 1.758 del Proyecto de GARCÍA GOYENA para resaltar que en este Proyecto se partía del principio opuesto al del artículo 1.837, puesto que, como hemos visto, el artículo 1.750 del Proyecto establecía la solidaridad entre los co-fiadores frente al acreedor, por lo cual cree este autor que el artículo 1.844 sólo puede aplicarse cuando hay solidaridad entre los fiadores y cuando el acreedor tiene derecho a exigir a cada uno de ellos la totalidad de la deuda. *Vid.* GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho Civil, Contratos en especial*, pág. 444.

Si bien coincidimos con GULLÓN en su afirmación de que el artículo 1.837 impone en realidad un beneficio de división *ex lege*, discrepamos de este autor en cuanto a su interpretación del artículo 1.844, puesto que reducir la aplicación de éste a los casos de solidaridad de fiadores significaría que en aquellos casos en que no se diera tal solidaridad no existiría diferencia alguna entre la pluralidad de fiadores y la cofianza: parece claro que cuando existe pluralidad de fiadores, constituidos por separado, de un mismo deudor, los fiadores garantizan deudas independientes y no hay un derecho de regreso en caso de que uno de ellos pague la totalidad de la deuda. Nosotros hemos defendido anteriormente que *ex artículo 1.837* cada fiador responde de su parte independientemente de los demás. Si además se admite que el artículo 1.844 no juega sino en casos de solidaridad, se llega a la conclusión, por un lado, de que no hay diferencia entre pluralidad de fiadores y cofianza, y, por otro, de que el artículo 1.844 no tiene sentido, pues si sólo juega en casos de solidaridad, el mismo derecho de regreso y la misma cobertura de la insolvencia establece el artículo 1.145: es más, no se explicaría entonces por qué el 1.844 restringe el regreso a los supuestos de su último párrafo cuando ninguna limitación establece el 1.145.

b) LA CORRESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES: SU FUNDAMENTO

Se ha discutido en la doctrina el fundamento de la acción de regreso del fiador que pagó contra los otros cofiadores:

- a) En la teoría romana (y fuera de los casos de *sponsio* y *fideipromissio*) se negaba la existencia de tal derecho de regreso a no ser que el fiador se subrogara mediante la oportuna cesión de acciones en los derechos del acreedor: la razón de ello, se decía, era que en el contrato de fianza no contratan nada entre sí los fiadores y no se produce ninguna relación de derecho entre los mismos, sino que cada uno de los fiadores lo que se propone y lleva al contrato, como su única intención, es hacer un servicio al deudor: es decir, hacer el negocio del deudor, pero no el de los cofiadores.
- b) POTHIER, refiriéndose a esta tesis, señala (62) que el principio que establece es evidente, pero que sus consecuencias son demasiado duras. POTHIER no dice que no sean lógicas, sino que ofenden a la equidad, que es la base del derecho consuetudinario (63). La acción de regreso para este autor no nace de la fianza, puesto que el hecho de garantizar la misma deuda no crea ningún vínculo obligatorio entre los fiadores, sino que surge del pago: nace del pago que el fiador ha hecho de toda la deuda y de la *equidad*, que no permite que los cofiadores, obligados como el deudor que ha pagado, se aprovechen a sus expensas del pago que ha efectuado. Para POTHIER esta acción es una acción útil de gestión de negocios (64).

CAMPOGRANDE señala que a fin de que el *negotiorum gestor* (léase el fiador que pagó) pueda exigir del *dominus* (léase el otro o los otros cofiadores) el reembolso de lo que pagó mediante la *actio negotiorum gestorum contraria* (64 bis) es necesario:

(62) POTHIER: *Des obligations*, cit., pág. 445.

(63) De hecho la antigua jurisprudencia francesa, rechazando la tesis romanista, concedía acción de regreso al fiador que pagó.

(64) La acción útil de gestión de negocios como fundamento del regreso entre cofiadores ha sido defendida también por autores como LAURENT: *Principii di Diritto civile*, cit., XXVIII, 266; GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 238; CAMPOGRANDE, *op. cit.*, págs. 540 y ss., y en parte por TROPLONG: *Du cautionnement et des transactions*, cit., págs. 372-373; DELVITTO: *Commentario del Codice Civile*, vol. VI, página 500, califica también al fiador que pagó como un *negotiorum gestor*.

(64 bis) De la *negotiorum gestio*, observa SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, Barcelona, 1928, págs. 403 y ss., nacían dos grupos de derechos necesariamente: unos correspondían al titular del negocio gestionado (*dominus negotii*); así, podía exigir que una vez iniciada la gestión, ésta se llevara a término,

- Que entre el asunto cumplido y el del *dominus* exista una relación objetiva: circunstancia que se da en este caso en cuanto que el fiador que paga no paga una deuda a la que los otros fiadores sean extraños, sino que paga su misma deuda frente al mismo acreedor común.
- Que los gastos (léase el pago) hechos por el gestor (fiador) hayan sido útiles, al menos, en el tiempo en que se realizaron, siendo la utilidad el fundamento de cuasicontrato de gestión de negocios: también se cumple este requisito, pues el pago hecho por el fiador es útil para los otros fiadores en cuanto se trata del pago de una deuda que no habrían podido evitar pagar al acreedor, mientras que el pago del fiador les ha liberado.
- Que los gastos (el pago) no se hayan hecho *donandi causa*, lo que tampoco ocurre en este caso.
- Que el gestor haya administrado el negocio de otro (65) («aquel que voluntariamente asume un negocio de otro»..., decía el art. 1.141 del Código italiano de 1865), y éste era el punto de la controversia, puesto que se argumentaba que el fiador, pagando la deuda administra más su propio asunto (ya que paga su propia deuda) que los asuntos de los fiadores. Pero, dice CAMPOGRANDE, si esta consideración impide que al fiador le pueda corresponder una *actio negotiorum gestorum* propiamente dicha, no excluye que pueda gozar de una *actio utilis negotiorum gestorum*, fundada, como aquélla, sobre la utilidad producida por el gestor al *dominus*, consistente, en el caso concreto, en el pago de una deuda que era propia, no solamente de quien ha pagado, sino también de los otros fiadores. Parece evidente, por tanto, que los fiadores han

empleando la debida diligencia; el gestor debía rendirle cuentas y entregarle todo lo que en calidad de tal hubiese obtenido. Para la efectividad de estos derechos disponía el interesado de la acción directa de gestión de negocios.

Y en ciertos casos podría también adquirir derechos el gestor, como el de ser indemnizado por los desembolsos realizados útilmente en provecho del interesado y precisamente como su gestor. Para ello disponía el gestor de la *actio negotiorum gestorum* contraria, siempre que no hubiese obrado con ánimo de liberalidad (*donandi causa*) o en interés propio (*sui lucri causa*).

(65) Es decir, lo que en Derecho romano se llamó *animus aliena negoti gerendi*. Como dice para nuestro Derecho GARCÍA VALDECASAS, el gestor ha de obrar con la intención de sustituir al dueño, siendo el hecho de realizarse en sustitución de otro lo que revela el carácter ajeno del negocio. «La gestión de negocios ajenos», *Revista de Derecho Privado*, 1957, págs. 619 y ss. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO: «La gestión de negocios sin mandato», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, págs. 245-270; NÚÑEZ LAGOS: *Comentarios al Código Civil*, de MUCIUS SCAEVOLA, tomo 30, I.

experimentado una utilidad en el pago efectuado por el fiador, y en base a esta utilidad el *solvens* tiene una acción personal contra cada uno de los fiadores *pro rata*, consistente en la *actio utilis negotiorum gestorum*.

- c) Se sostiene que la acción de regreso entre los cofiadores no es un supuesto de subrogación. GUILLOUARD y LAURENT, respecto al Código francés, y CAMPOGRANDE, respecto al italiano de 1865, así lo afirmaban, al señalar que si el fiador que paga se subroga en los derechos de acreedor contra los fiadores, debería poder ejercitar estos derechos en los mismos límites en que podría ejercitarlos el acreedor, y, consiguientemente, debería tener, *en todo caso*, acción contra los cofiadores, mientras que con base en los artículos 2.033 y 1.920 de los citados Códigos, el regreso se admite solamente cuando el acreedor había pagado en uno de los casos de los artículos 2.032 y 1.919.

En el mismo sentido, FRAGALI, respecto al Código italiano de 1942, artículo 1.954; dice este autor que además del hecho de que tal artículo habla de regreso y no de subrogación, se encuentra el dato de que una subrogación de este género, debiendo tener por objeto los derechos que el acreedor tenía contra otros fiadores, posibilitaría que el fiador que pagó pudiera, a su vez, reclamar a los cofiadores por el todo, y, sin embargo, el regreso entre cofiadores tiene por límite la cuota o parte de cada uno de ellos (66).

- d) FRAGALI ha afirmado que el fundamento jurídico del regreso en la cofianza se encuentra en la relación subyacente a la asunción de la cofianza: el cofiador que cumple no lo hace por sí solamente, sino que también por los restantes integrantes del grupo, puesto que no existe sólo un interés del que paga, sino de todos, aunque tal interés pueda ser desigual: en consecuencia, todos deben soportar la carga del cumplimiento. El derecho de regreso no es, desde este punto de vista, sino el lado activo de una obligación que concurre a formar el contenido jurídico de la relación subyacente a la fianza (67).

(66) FRAGALI, *op. cit.*, pág. 440. Estimo que los argumentos expuestos para negar la asimilación entre acción de regreso y subrogación —que podría pensarse en nuestro Código con base en el art. 1.210, 3.º— son aplicables a nuestro Derecho, teniendo en cuenta la referencia expresa a la cuota de cada fiador que hace el 1.844, 2.º, y la limitación para el regreso del artículo 1.844, 3.º

En el mismo sentido del texto, BAUDRY-LACANTINERIE: *Della fideiussione*, página 611; en contra, DURANTON, XVIII, n. 366.

(67) FRAGALI, *op. cit.*, pág. 445; GUILARTE, *op. cit.*, pág. 913, con citas del autor anterior.

- e) Ya en nuestro Derecho, MANRESA encuentra el fundamento de la acción de regreso en la equidad: señala este autor que el pago hecho por uno de los fiadores entraña un interés común, resultando en beneficio de todos y produciendo igualmente la liberación de todos. De ahí que todos deban concurrir al sacrificio exigido para obtener la liberación común. En las relaciones entre los diversos fiadores, la concurrencia de ellos surte el efecto de que el débito se divida entre ellos en la cuantía en que quisieron quedar obligados, como en la concurrencia de deudores se divide la obligación entre ellos, y, por consiguiente, es justo y equitativo que al fiador que ha pagado su deuda y la de los otros cofiadores le conceda la Ley el derecho de reintegro contra ellos por las respectivas cuotas (68).
- f) Por su parte, DÍEZ-PICAZO acude a la figura del pago por tercero del artículo 1.158 para fundamentar la acción de regreso. Después de distinguir entre cofianza solidaria y mancomunada, señalando que, en el primer caso, el regreso se entiende claramente en virtud de las reglas de la solidaridad (art. 1.145), en el caso de fianza mancomunada, el fiador que paga cumple, en parte, una deuda propia y, en parte, una deuda de otros, los restantes cofiadores, deuda que queda satisfecha, en definitiva, por el acto de un tercero. Y puesto que el *solvens* es un interesado en la obligación, en el sentido del artículo 1.158, concluye este autor que la acción de reintegro del 1.844 no es más que una aplicación de la acción general de reembolso que se concede al tercero que cumple la deuda ajena cuando tiene interés en la obligación.

Hay que resaltar que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de mayo de 1973, aplicó expresamente el artículo 1.158 para fundamentar una acción de regreso entre cofiadores. El caso era el siguiente: los señores Franco y Almagro se habían convertido en fiadores de la entidad Hércules Ibérica, S. A., para el suministro de mercancías, bajo la siguiente fórmula: «Garantizamos el cumplimiento del pago de este pedido». En un primer pleito, la entidad Guzmán, S. A., presentó demanda de mayor cuantía contra Hércules Ibérica, S. A., como deudora principal, y contra los señores Franco y Almagro, como fiadores solidarios, reclamando el pago de 597.055 pesetas por mercancías suministradas y no pagadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda condenando a Hércules Ibérica, como deudor principal,

(68) MANRESA, *op. cit.*, pág. 332; GUILARTE, *op. cit.*, pág. 913, con cita del autor anterior.

y a los señores Franco y Almagro, como fiadores solidarios, al pago de la cantidad reclamada. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó en parte, condenando a Hércules Ibérica, S. A., como deudor principal, y a los señores Franco y Almagro, como fiadores mancomunados. Recurrida en casación esta sentencia, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de abril de 1969, desestimó el recurso.

Una vez firme, se solicitó la ejecución de la sentencia, dictándose providencia en la que se acordó «se procediera al embargo de bienes de los demandados, señores Franco y Almagro, suficientes a cubrir la cantidad de 566.022 pesetas de principal y 150.000 pesetas para intereses y gastos». Se embargaron, efectivamente, bienes del señor Franco, quien poco después consignó las cantidades reclamadas. Y acto seguido, el señor Franco formuló demanda contra el señor Almagro en reclamación de la mitad de lo que había pagado, esto es, 358.011 pesetas. El demandado argumentaba que el señor Franco había consentido un embargo de bienes por la totalidad de la deuda, cuando realmente sólo le correspondía pagar la mitad de la deuda en su carácter de fiador mancomunado, por lo que la otra mitad que pagó no lo fue por él, pues no existía pacto alguno entre ambos, y ese exceso de pago resultaba hecho voluntaria y graciosamente a favor de la deudora principal, sin que fuera repercutible en él, como segundo fiador mancomunado. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, la Audiencia confirmó la sentencia y el Tribunal Supremo, en la citada Sentencia de 14 de mayo de 1973, declaró no haber lugar al recurso (69).

Parece claro que el caso planteado en la sentencia encajaba perfectamente en el artículo 1.844. Es más, la acción de regreso estaba totalmente justificada concurriendo uno de los casos del apartado 3.º, puesto que el fiador había pagado tras haber sufrido un embargo de bienes fruto de una demanda anterior. Por tanto, quedaba excluido cualquier tipo de voluntariedad en el pago. Y, sin embargo, el Tribunal Supremo no menciona una sola vez el artículo 1.844 y aplica el artículo 1.158, que, al parecer, había

(69) No le faltaba, sin embargo, razón al demandado para afirmar que el embargo de bienes del fiador que luego pagó debería haberse practicado únicamente sobre la cuota de deuda que le correspondía, es decir, la mitad, en su condición de fiador mancomunado. Pero la culpa de ello no era del fiador, sino que la providencia acordando el embargo no especificó, como debía haber hecho, que siendo 566.022 pesetas la cantidad reclamada de principal más 150.000 pesetas de intereses y gastos, el embargo de bienes de los fiadores se debía realizar para cubrir con los bienes de cada uno la mitad de lo adeudado.

sido aplicado también en la instancia. En efecto, señala el Tribunal Supremo que no entra en juego, en este caso, para nada la naturaleza solidaria o mancomunada de la fianza prestada, cuestión que había sido objeto del pleito anterior, sino que se trata tan sólo y exclusivamente de la recuperación de un pago hecho a nombre ajeno, de aquello a que se refiere el artículo 1.158 del Código. Y afirma el Tribunal que «declarada por la sentencia firme del primer juicio la cuantía de la deuda del demandado por la fianza prestada a la sociedad Hércules Ibérica, S. A., y embargados los bienes del actor en este pleito para pagar ambas mitades, el pago efectuado por el actor ya no podía oponerse ninguna excepción relacionada con la fianza ofrecida por el demandado, pues agotadas sin efecto en el pleito anterior todas las posibilidades de oposición, no le cabía otro medio de hacerla efectiva, y en esa necesidad ineludible de pagar suplida por quien hoy reclama el importe de lo pagado por él, está representada la utilidad exigida por el segundo párrafo del artículo 1158» (70).

- g) GUILARTE piensa que el fundamento propio de la acción de regreso entre los cofiadores, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.837, 1.844 y 1.845, debe buscarse en la especial naturaleza de la cofianza que origina una relación interna entre los cofiadores, reveladora de un interés de todos ellos en la garantía prestada.

Ciertamente, en el caso de la solidaridad, el regreso es más comprensible, pero también se produce la satisfacción del interés de todos mediante el pago de uno de ellos, en la cofianza que se asumió sin tal carácter (71).

Recapitulando, se puede observar que esta cuestión de la naturaleza jurídica o fundamento de la acción de regreso no es

(70) A nuestro juicio, y al menos en este caso, la aplicación del artículo 1.158 resulta forzada. En efecto, de los considerandos de la sentencia se desprende un interés del Tribunal en resaltar que el pago se hizo por el fiador una vez agotadas todas las posibilidades de oposición a la demanda del acreedor; es más, el fiador llegó a sufrir un embargo de bienes, con lo que el pago efectuado fue casi un pago «obligado» ante la posibilidad de la ejecución de los bienes embargados. Parece, por tanto, que la justificación al regreso fuera el que el pago se convirtió en ineludible. (Esta preocupación de que esté claro que el pago no se hizo de forma imprudente o prematura reaparece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1982, si bien para un caso distinto, pues allí el pago del fiador no encajaba en los supuestos del artículo 1.844, 3.º). Por el contrario, el pago por tercero regulado en el artículo 1.158 presupone un pago realizado voluntariamente por el tercero y con *animus solvendi*, es decir, para saldar la deuda de otro.

(71) *Op. cit.*, pág. 914; se muestra conforme con GUILARTE, DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*

ni mucho menos pacífica. No obstante, aunque se discuta sobre ello, hoy en día no hay duda de que se admite claramente tal acción de regreso, consagrada en los textos legales.

A nuestro entender, la tesis de la *actio utilis negotiorum gestorum* parte de una base discutible: la idea romana de que en la fianza no nacen obligaciones entre los cofiadores, que nada contratan entre sí. De ahí deriva POTHIER que la acción de regreso no nace de la fianza, sino del pago, y considera esta acción como una *actio utilis negotiorum gestorum*. Pensamos, por contra, que FRAGALI y GUILARTE exponen unas ideas que apuntan en una misma dirección, rebatiendo aquella idea, y es, en definitiva, la consideración de la acción de regreso como algo inherente a la propia fianza, y que no necesita buscar una explicación en otra sede.

En la cofianza, si bien es cierto que los cofiadores no contratan nada entre sí, no lo es menos que por el hecho de ser precisamente COFIANZA y no mera pluralidad de fiadores, nace un nexo especial, una relación interna entre los cofiadores, reveladora de un interés común de todos ellos en la garantía prestada. La idea de que los fiadores se obligan unitariamente en la cofianza ha sido puesta de manifiesto por ALBALADEJO (72), y GUILARTE ha resaltado que la cofianza exige asunción conjunta de una única obligación de garantía (73). Tal asunción conjunta revela la existencia de un interés o finalidad común de todos los cofiadores que permite explicar las relaciones internas que surgen entre ellos —además de las nacidas frente al acreedor principal— y fundamentalmente la acción de regreso.

c) AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES

El artículo 1.844 del Código otorga una acción de regreso del cofiador «que haya pagado la deuda». Por tanto, y ante todo, la primera condición para el regreso es que se haya realizado el pago (74).

Además, el pago efectuado por el fiador debe ser un pago válido, en el sentido que haya liberado al deudor y, por tanto, también a los cofia-

(72) *Op. cit.*, pág. 442.

(73) *Op. cit.*, pág. 901.

(74) Por tanto, aun en caso de insolvencia del deudor principal, no tiene acción de regreso el fiador antes de haber pagado. Como ya hemos señalado, en el antiguo Derecho francés, por el contrario, se sostenía que en caso de insolvencia del deudor principal, el fiador antes incluso de haber pagado tenía acción contra los cofiadores, a fin de que éstos contribuyeran con él al pago de la suma que todos debían.

dores, lo que no ocurrirá si el pago ha sido nulo. Asimismo, el pago ha de ser debido, necesario. No ocurrirá así, dice CAMPOGRANDE, si el fiador ha pagado cuando el deudor no estaba aún obligado a pagar (75), ni, señala GUILARTE, cuando el pago pudo ser evitado oponiendo ciertas excepciones (76).

En este sentido, y ya directamente en cuanto al ámbito de la responsabilidad, la regla general es la consignada en el artículo 1.844, 1.º, que establece como límite común de esa responsabilidad la cuantía en que se benefició del pago el fiador obligado a reintegrar, o sea, la cantidad por la que quedó obligado según los términos de la fianza (77).

Sin embargo, hay un caso en que la Ley extiende esa responsabilidad a mayores términos: es el caso del artículo 1.844, 2.º: en el supuesto de insolvencia en vía de regreso de uno de los cofiadores, su cuota es asumida proporcionalmente por el resto de los cofiadores, incluido el que reclama. Y es ésta una norma que merece algún comentario. En la cofianza, la insolvencia de un cofiador puede jugar en dos planos: frente a la reclamación del acreedor y frente a la reclamación del cofiador que pagó en vía de regreso. En el primer caso, la regla general en los Códigos francés e italiano y en nuestro Derecho *ex* artículo 1.837, 2.º, es que tal insolvencia fuera asumida proporcionalmente por los otros cofiadores. En el segundo caso, la regla parece ser la misma también. La razón, sin embargo, es claro que es diferente en ambos casos: en el primero de ellos, porque no admitirla significaría causar un perjuicio al acreedor, que antes del juego del beneficio de división habría podido reclamar el todo a cada uno de los cofiadores; en el segundo, se trata de la relación interna de los propios cofiadores.

En los Derechos francés e italiano, la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en vía de regreso encuentra, a nuestro juicio, clara justificación en función de cómo se estructura la relación entre acreedor y cofiadores. En efecto, al margen de que se admita o no que la cofianza en esos ordenamientos es solidaria, lo que es evidente es que los cofiadores responden frente al acreedor por el todo (*ex* arts. 2.025 del Código francés, 1.911 del Código italiano de 1865 y 1.946 del Código italiano de 1942), y desde este punto de vista, la acción de regreso entre cofiadores

(75) CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 545.

(76) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 914. Aunque quizá cabría pensar, a nuestro juicio, que en este caso el fiador también podría tener acción de regreso contra los cofiadores, compitiendo a éstos, a su vez, la oposición al fiador de aquellas excepciones que éste pudo haber opuesto y no lo hizo a la reclamación del acreedor.

(77) No es necesario, sin embargo, que el fiador haya pagado la totalidad de la deuda. Si ha efectuado un pago parcial, también tendrá el fiador acción de regreso por la cuantía que exceda de su propia cuota y proporcionalmente a la cuota de cada cofiador.

está muy cercana a la del regreso entre codeudores solidarios cuando uno de ellos ha pagado el todo, como lo demuestra el hecho de que el artículo 1.954 del Código italiano, al regular este supuesto, reenvía al artículo 1.299, que en sede de solidaridad, sanciona la misma regla del artículo 1.145, 3.º, de nuestro Código.

Pero en nuestro Derecho, la relación entre acreedor y cofiadores ya hemos visto que se basa en principios distintos: *ex* artículo 1.837, 1.º, el acreedor sólo puede reclamar al cofiador la parte de deuda que le corresponde. Y según la interpretación admitida del artículo 1.837, 2.º, la insolvencia de un cofiador frente a la reclamación del acreedor sólo es asumida por los otros cofiadores cuando aquél estuviera en quiebra o concurso. Y es precisamente esta última idea la que condiciona la aplicación de la regla del artículo 1.844, 2.º (78).

Como ha señalado GUILARTE (79), la aplicación indiscriminada de esa regla puede producir consecuencias que no tienen fácil explicación. En efecto, el fiador que paga al acreedor paga por hipótesis la parte de deuda y la de los restantes cofiadores. Pero si cuando paga, uno de los cofiadores es insolvente y no se encuentra en uno de los supuestos del artículo 1.837, 2.º (concurso o quiebra o no poder ser demandado judicialmente dentro del Reino), *está pagando más de lo debido*, pues el acreedor no hubiera podido exigir que los otros cofiadores asumieran la cuota de insolvente, puesto que no se daban las circunstancias del artículo 1.837, 2.º. En ese caso, por tanto, el cofiador que pagó ha sido negligente, pues no tenía obligación de pagar la parte de insolvente y, en consecuencia, no tiene justificación que pueda exigir a los otros cofiadores la asunción de la parte proporcional de la cuota del insolvente.

Por lo demás, señala ALBALADEJO (80), el cofiador sólo tendrá acción de regreso cuando paga en alguno de los casos del artículo 1.844, 3.º. Por tanto, fuera de estos casos, al no haber regreso, no existirá tampoco posibilidad de repercusión de la insolvencia. Sin embargo, veremos más adelante cómo la jurisprudencia ha establecido una línea de interpretación diferente respecto al artículo 1.844, 3.º.

d) LA LIMITACIÓN DE LA ACCIÓN DE REGRESO A LOS CASOS
DEL ARTÍCULO 1.844, 3.º

El artículo 1.844 contempla sólo las relaciones internas de los cofiadores que tienen su origen en el pago por alguno de ellos de la totalidad

(78) Ya señalaba ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 447, que el artículo 1.844, 2.º, es incongruente con el principio de que se parte: mancomunidad, y no solidaridad.

(79) *Op. cit.*, pág. 915.

(80) *Op. cit.*, pág. 446.

de la deuda en alguno de los casos que el párrafo 3.º del mismo artículo determina. Esta limitación obliga necesariamente a plantearse dos preguntas: en primer lugar, hasta qué punto está justificada, y en segundo lugar, qué ocurre cuando un cofiador paga realmente la totalidad de la deuda fuera de los supuestos del artículo 1.844, 3.º

En cuanto a la primera cuestión, hay quizá que comenzar recordando que tal limitación se encuentra ya en el artículo 2.032 del Código francés (y 1.919 del italiano, derogado), en el que parece se inspira nuestro 1.844, 3.º, si bien limitando el regreso a los casos únicamente de pago efectuado en virtud de demanda judicial o estando el deudor principal en estado de concurso o quiebra, que era la solución que establecía el Código holandés. A su vez, la limitación del regreso a los casos del artículo 2.032 del Código francés se explicaba por la necesidad de rechazar la norma de su antiguo Derecho, en el sentido de que el fiador, en caso de insolvencia del deudor principal, y antes incluso de haber pagado, podía exigir a los otros cofiadores que contribuyeran con él al pago de la deuda (81). Con el artículo 2.032 se exige para el regreso que el fiador haya pagado, y además, que haya pagado en alguno de los casos del artículo.

Nuestros autores justifican la limitación del artículo 1.844, 3.º, por una razón de prudencia: así, dice MANRESA (82), se trata de evitar que por la mera voluntad de uno de los cofiadores pueda hacerse surgir la acción de reintegro contra los demás en perjuicio de los mismos. Como el fiador que paga tiene, en primer término, derecho a ser indemnizado por el deudor en virtud del artículo 1.838, es claro que si éste le indemniza los cofiadores quedan liberados. Por el contrario, de prescindir de dicho derecho el fiador, reclamando en primer lugar de los fiadores el oportuno reintegro, éstos no tendrían otro remedio que satisfacer sus cuotas respectivas, repitiendo después por ellas contra el deudor con los consiguientes gastos y molestias. No es aventurado asegurar, afirma este autor, que si el fiador que paga pudiera libremente utilizar uno u otro de dichos derechos, el de indemnización, por el deudor, y el de reintegro, por los cofiadores, indudablemente optaría siempre, y en todo caso, por el segundo, que le ofrece muchas más garantías de solvencia, siendo en la práctica los cofiadores los que deberían ser, a su vez, indemnizados por el deudor. Para evitar estos perjuicios, la Ley no ha podido menos, señala MANRESA, que reducir el ejercicio de ese derecho a los casos en que sea absolutamente indispensable:

(81) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 236; CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 544; BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *op. cit.*, pág. 595.

(82) MANRESA, *op. cit.*, pág. 336; en el mismo sentido, DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil español*, pág. 372, Madrid, 1959.

- 1.º Cuando el pago se ha hecho en virtud de demanda judicial, supuesto en que el pago no depende de la voluntad del fiador, por haber sido éste «constreñido».
- 2.º Cuando el deudor principal está en quiebra o concurso de acreedores, supuesto justificado, puesto que es uno de los casos *ex* artículo 1.831 en que no hay lugar al beneficio de excusión, y, por consiguiente, cuanto más demore la reclamación, mayores serán las responsabilidades que pueda exigir el acreedor por razón de intereses u otros conceptos.

Las razones que expone MANRESA no dejan de tener cierta lógica, pero la limitación del regreso exclusivamente a los casos del artículo 1.844, 3.º, parece arbitraria. Y ello por dos motivos:

- 1.º Porque hay casos en que sin darse las circunstancias del artículo 1.844, 3.º, no se puede decir que el fiador pague voluntariamente o por malicia. Así, cuando sin ser demandado judicialmente, el fiador es requerido extrajudicialmente para el pago de forma terminante: por ejemplo, mediante la carta de un Abogado exigiendo el pago bajo amenaza de presentación de demanda judicial (83). O en el ejemplo que cita GUILARTE: cofiador que, vencida la obligación principal, es requerido de pago por el acreedor, aunque no demandado judicialmente, dándose la circunstancia de haberse asumido por los cofiadores la garantía sin solidaridad entre ellos, pero con renuncia al beneficio de excusión, y siendo el deudor principal real y conocidamente insolvente, aunque no se encuentre en situación declarada de concurso o quiebra (84).
- 2.º Porque hay casos en que dándose las circunstancias del artículo 1.844, 3.º, no se cumple exactamente el espíritu de la norma, que apuntaba MANRESA (85). Piénsese en el caso del fiador que paga la totalidad de la deuda en virtud de demanda judicial (y que por hipótesis es un fiador de los del art. 1.837 y no fiador solidario). En este caso caben, a nuestro juicio, dos posibilidades:

(83) Como dice el propio MANRESA, el Código francés en su artículo 2.032 amplía la concesión del regreso a todos los casos en que el fiador hubiera sido constreñido a hacer el pago: es decir, que la falta de voluntariedad del fiador es en ellos la causa determinante del beneficio.

(84) *Op. cit.*, pág. 917.

(85) Realmente señala ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 446, ni siquiera en los casos del artículo 1.844-3.º está el fiador obligado a pagar toda la deuda.

- a) La demanda judicial era sólo por la cuota del fiador, y el fiador, sin embargo, ha pagado la totalidad de la deuda: parece claro que el exceso de su cuota lo ha pagado voluntariamente y, por tanto, parece ilógico concederle acción de regreso *ex* artículo 1.844, 3.º
- b) La demanda judicial era por toda la deuda: y el fiador ha pagado la totalidad. Pero en realidad, en base al artículo 1.837, 1.º, a ese fiador no le correspondía pagar más que su parte viril, por lo que pudo perfectamente haber excepcionado al acreedor en ese sentido. Pero no lo hizo. Piénsese, por ejemplo, en que se allanó a la demanda y pagó toda la deuda. ¿Está justificada, en este caso, la acción de regreso contra los cofiadores por la cantidad que pagó excediendo su cuota? Se nos dirá que sí, porque los cofiadores podrán luego oponerle esa misma excepción cuando el fiador que pagó les reclame. Pero si ello es así, no se entiende entonces por qué no se admite la acción de regreso en otros casos que no sean los del artículo 1.844, 3.º, con la posibilidad para los cofiadores de oponer a quien les reclama en vía de regreso las excepciones pertinentes (86).

Veamos a continuación el segundo problema al que hacíamos referencia anteriormente, es decir, qué ocurre cuando el fiador paga sin darse las circunstancias del artículo 1.844, 3.º (Hay que advertir que excluimos, lógicamente, el supuesto de carácter solidario de la cofianza, caso en el que, al margen del art. 1.844, 3.º, el fiador requerido de pago tendrá siempre que pagar la totalidad de la deuda, gozando de un derecho de regreso incuestionable frente a los cofiadores, en virtud del art. 1.145, merced a la remisión que a las normas de la solidaridad establece el artículo 1.822.)

La postura más drástica en esta cuestión la ha mantenido MANRESA, cuyos argumentos hace suyos también MUCIUS SCAEVOLA. Para estos autores, fuera de los casos del artículo 1.844, 3.º, el fiador que paga la totalidad de la deuda, como lo hace voluntariamente y con renuncia por su parte al beneficio de división, carecerá en absoluto de acción para recla-

(86) Así lo piensa DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, pág. 354, para quien la protección de los cofiadores ante el pago arbitrario hecho por alguno de ellos se consigue a través de la oposición por éstos de las correspondientes excepciones a la acción de regreso, no limitando éste a los supuestos enunciados en la Ley.

En esta línea, el artículo 1.954 del Código italiano de 1942 prescinde de limitaciones en la acción de regreso entre cofiadores, alejándose así del criterio del artículo 1.919 del Código de 1865, que seguía al francés.

mar a los fiadores la parte que satisfizo por ellos o la participación con que debían contribuir al cumplimiento de la fianza; pero, en cambio, podrán dirigirse por la totalidad de lo pagado contra el deudor principal (87).

En contra de esta opinión se ha manifestado GUILARTE, para quien parece injusto y contrario a la naturaleza de la cofianza otorgar al cofiador, que pagando actuó en beneficio de todos, sólo la posibilidad de dirigirse por vía de subrogación contra el deudor principal (88).

En esta polémica, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1982 ha venido a arrojar alguna luz sobre el asunto. Esta sentencia es importante, a nuestro juicio, porque se plantea exactamente el supuesto que estamos estudiando: acción de regreso del fiador que pagó contra los otros cofiadores fuera de los casos del artículo 1.844, 3.º, y rechaza la tesis de MANRESA de que el fiador que pagó fuera de los casos del artículo 1.844, 3.º, tenga sólo acción de reintegro contra el deudor principal. La cuestión planteada era la siguiente: el Banco de Santander había concedido un crédito a la Sociedad Anónima «Decoración Maral-Sistemas Blankers», crédito que había sido garantizado por seis fiadores, de los cuales cinco eran los propietarios de la Sociedad. Llegado el vencimiento del crédito éste resultó impagado, por lo que el Banco se dirigió contra el sexto fiador, don José Luis de la F. U., que era el más solvente. Este, tras intentar infructuosamente que los otros fiadores contribuyeran al pago de la deuda, pagó la suma reclamada por el Banco y posteriormente formuló demanda conjuntamente contra la Sociedad y los cinco fiadores reclamando la suma abonada por él. Es interesante destacar que el actor fundaba su acción en el hecho de haberse subrogado en los derechos que tenía el Banco como consecuencia del pago efectuado.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la demanda, condenó a los demandados para que la Sociedad en su totalidad y los cinco demandados a prorrata reintegraran al actor la cantidad pagada, siendo preferente la primera condena y subsidiaria la segunda, con participación también del actor por la cantidad de 1/6 a su cargo.

La Audiencia Territorial revocó la sentencia, y estimando en parte la demanda condenó a la Sociedad a pagar al actor la suma reclamada, absolviendo libremente a los fiadores. La absolución de éstos se debió a que la Audiencia entendió que el pago del actor no se había efectuado en alguno de los casos del artículo 1.844, 3.º, por lo que no había acción de regreso.

El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto, casó la sentencia

(87) MANRESA, *op. cit.*, pág. 338; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 658.

(88) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 916.

de la Audiencia y dictó otra confirmando la del Juzgado de Primera Instancia (89).

El Tribunal Supremo fija claramente la razón de la norma del artículo 1.844, 3.º: ésta no es otra «que la de establecer una limitación, no del derecho del cofiador que paga, sino de su forma de ejercicio, en el sentido de que sólo un abono justificado del crédito al acreedor puede legitimar su acción de regreso contra los cofiadores, y evitar así a éstos los perjuicios consiguientes a una conducta solutoria del cofiador infundada, unilateral o caprichosa, o en el peor de los casos, maliciosa, ya que si, conforme al artículo 1.838 del Código Civil, «el fiador que pagó por el deudor debe ser indemnizado por éste», lógico resulta que el cofiador deba dirigirse, para su reembolso, primero contra el deudor principal o fiado, y luego contra los cofiadores, pues si lo hiciera previamente frente a éstos podrían verse perjudicados al verse constreñidos al pago y luego obligados a repetir contra el deudor, y de ahí que el Código sólo autorice esto en los supuestos de obrar, a su vez constreñido al pago el cofiador demandado judicialmente o en caso de insolvencia judicialmente declarada».

En este sentido es claro que el Tribunal Supremo acepta las ideas de MANRESA antes expuestas: la Ley no deja al libre arbitrio del cofiador la posibilidad de optar o dirigir su acción de reembolso hacia el deudor principal o hacia los cofiadores, sino que le obliga, a fin de dejar libres a éstos en caso de reintegro por el deudor principal, a entablar primero la acción contra éste.

Sin embargo, el Tribunal resalta la importancia del hecho de que «el requerimiento de pago al cofiador se hizo conminatoriamente por carta, y después a través de Abogado, *comunicación que evidentemente elimina la idea de capricho o voluntad unilateral*, ante su advertencia formal al verse demandado, y *que justificaba su comportamiento y acción de reintegro*». Es decir, para la sentencia, a pesar de no haberse efectuado el pago en una de las circunstancias del artículo 1.844, 3.º, está claro que el

(89) Hay que hacer una salvedad importante respecto a esta sentencia: la fianza que nos ocupa era una fianza solidaria, de forma que cuando don José Luis de la F. U. fue requerido de pago por el Banco, no tenía más remedio que pagar toda la deuda, dado su carácter de fiador solidario y la remisión que efectúa el artículo 1.822. Por ello, el tema del regreso estaría plenamente justificado en el artículo 1.145-3.º, sin necesidad de acudir al 1.844-3.º Sin embargo, la Audiencia aplicó el artículo 1.844-3.º para liberar a los fiadores. A nuestro juicio, si el recurrente hubiera basado el recurso de casación en la violación por no aplicación del artículo 1.145, éste debía haber sido estimado. ¡Y lo hizo! Lo que ocurre es que ese motivo de casación fue el segundo y en el primero se denunciaba la aplicación indebida del artículo 1.844-3.º El Tribunal Supremo al estimar este motivo ya no consideró los demás. Y aunque realmente la doctrina que sienta la sentencia es aplicable a nuestra hipótesis, no está de más aclarar que el caso planteado en la sentencia no es al que responde la doctrina que establece.

pago del fiador no es un pago voluntario, sino realizado por unas circunstancias objetivas que lo justifican.

Y a continuación, la sentencia establece la siguiente doctrina: «Que si la finalidad de la norma es evitar el posible perjuicio a los cofiadores ante un pago imprudente, prematuro o malicioso por parte del cofiador, y que por ello lo procedente es exigir que la acción de reintegro se dirija contra el deudor principal —a menos que el fiador pague constreñido por demanda judicial del acreedor o por insolvencia del deudor principal— y no contra los cofiadores, es claro que todas las circunstancias del caso presente autorizan a tener por cumplidos y obviados los límites y condicionamientos del artículo 1.844, porque la intencionalidad y finalidad de la norma aparece cumplida y, por tanto, innecesaria la prevención y garantía que establece, y en tal sentido, no puede serle exigido al cofiador, aquí recurrente, el haber sido antes demandado, ni justificar la insolvencia de la entidad deudora, ya que tanto ésta como los cofiadores codemandados han podido, en el proceso origen de este recurso, defenderse y oponer las pertinentes objeciones y excepciones».

Las consecuencias que, a nuestro juicio, se pueden extraer de esta sentencia serían las siguientes:

- a) El fiador, que paga la totalidad de la deuda en los casos del artículo 1.844, 3.º, puede dirigirse directamente contra los cofiadores en vía de regreso.
- b) Siendo la razón del artículo 1.844, 3.º, evitar un pago voluntario, malicioso o imprudente por parte del cofiador, si a pesar de no darse los casos del artículo 1.844, 3.º, se prueba que el pago no fue hecho de modo espontáneo y voluntario, sino de forma obligada, el cofiador puede reclamar en vía de regreso conjuntamente al deudor principal y a los cofiadores, si bien la condena de éstos será subsidiaria de la del deudor principal.
- c) En vez de «quiebra o concurso», el Tribunal autoriza el derecho de regreso en supuestos de «insolvencia judicialmente declarada», expresión mucho más amplia y lógica, y que incluye de entrada el supuesto de suspensión de pagos, así como, a nuestro juicio, la insolvencia declarada en cualquier jurisdicción.

(90) Hay, sin embargo, un punto que no está claro en la sentencia: el Tribunal Supremo dice en uno de sus considerandos que el fiador debe dirigirse primero contra el deudor principal y luego contra los cofiadores, admitiéndose sólo la acción directamente contra éstos en los casos del artículo 1.844-3.º No explica, sin embargo, el Supremo cuándo deba dirigirse primero contra el deudor principal y luego contra los cofiadores si fuera de los casos del artículo 1.844-3.º, y de los en que el pago no haya sido hecho voluntariamente, no parece que se admita la acción de regreso.

Así, pues, retomando la pregunta que nos hacíamos de si el fiador que pagó tiene acción de regreso contra los cofiadores fuera de los casos del artículo 1.844, 3.º, la respuesta parece que deba ser afirmativa, según esta sentencia, siempre que quede claro que el pago efectuado por el fiador no fue unilateral, infundado o caprichoso.

ALBERTO MANZANARES SECADES
Profesor adjunto interino
Departamento Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid