

1.5. Obligaciones y contratos

Régimen jurídico y efectos del pago o cumplimiento en la cofianza. El derecho de reintegro entre cofiadores

*Legal regime and effects of payment
on coguarantee. The right to reimbursement
between coguarantor*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: En el contrato de fianza intervienen normalmente el acreedor de la obligación principal y el fiador, siendo posible que esta última posición sea asumida por varias personas (cofianza); constituyendo la regla general en su configuración la mancomunidad por el que solo responden por la cuota asumida en relación con el importe total de la deuda, sin perjuicio de pactarse expresamente la solidaridad entre los cofiadores y con el deudor principal. Ante una reclamación del acreedor a cualquier de ello por más de lo que se han obligado, estos pueden oponer el beneficio de división y ante el pago o cumplimiento por cualquier de los cofiadores ejercitar la acción de reembolso entre cofiadores prevista en el artículo 1844 del Código Civil, como también la posibilidad de entablar las acciones de reembolso y subrogación frente al deudor principal. El presente estudio se va a centrar en el régimen jurídico de la cofianza, en el ejercicio del beneficio de división y en la acción de reintegro entre cofiadores.

ABSTRACT: *In the surety contract, the creditor of the main obligation and the guarantor normally participate, it being possible that the latter position is assumed by several people (coguarantee); constituting the general rule in its configuration the mancommunity for which they only respond for the quota assumed in relation to the totl amount of the debt, without prejudice to expressly agreeing the solidarity between the co-contributors, and with the amain debtor. Before a creditor claim to any of it for more tan what they have been obbligad to, they may oppose the benefit of división and before the payment or compliance by any of the con-contributors, exercise the action for reimbursement between con-contributors provided for in article 1844 of the Code Civil, as well as the possibility of filing reimbursement and subrogatiopn actions aganist the main debtor. This study is going to focus on the legal regime of the coguarantee, in the exercise of the benefit of división and in the action of reimbursement betwenn coguarantor.*

PALABRAS CLAVES: Garantía. Cofianza. Mancomunidad. Beneficio de división. Acción de reintegro entre cofiadores. Reembolso y subrogación frente al deudor.

KEY WORDS: *Guarantee. Co-guarantee. Association. División benefit. Remboursement action between coguarantors. Reimbursement and subrogation against the debtor.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIANZA CIVIL Y MERCANTIL.—III. CARACTERES DE LA FIANZA: 1. ACESORIEDAD. 2. SUBSIDIARIEDAD *VERSUS* SOLIDARIDAD. 3. OTROS CARACTERES.—IV. LA COFIANZA. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN: 1. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA MANCOMUNADA O SIMPLE. 2. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES MANCOMUNADOS QUE SE HAN OBLIGADO SOLIDARIAMENTE CON EL DEUDOR. 3. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES MANCOMUNADOS QUE SE HAN OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE CON EL DEUDOR. 4. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA SOLIDARIA. 5. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES SOLIDARIOS QUE SE HAN OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE CON EL DEUDOR. 6. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES SOLIDARIOS QUE SE HAN OBLIGADO SOLIDARIAMENTE CON EL DEUDOR. 7. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA EN PARTE MANCOMUNADA Y EN PARTE SOLIDARIA. 8. SUPUESTOS EN QUE NO PROcede EL BENEFICIO DE DIVISIÓN. 9. MOMENTO DE EJERCICIO DEL BENEFICIO DE DIVISIÓN. 10. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN Y LA FIANZA JUDICIAL.—V. PAGO O CUMPLIMIENTO POR UN COFIADOR: EFECTOS ENTRE COFIADORES. DERECHO DE REINTEGRO: 1. EFECTOS ENTRE DEUDOR PRINCIPAL Y FIADOR/COFIADORES. 2. EFECTOS ENTRE COFIADORES: DERECHO DE REINTEGRO O RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La configuración de la obligación opera en torno a dos conceptos: deuda y responsabilidad. El deudor asume el deber de realizar un determinado comportamiento; de cumplir con la prestación consistente en dar, hacer o no hacer algo (art. 1088 CC) frente al acreedor; de forma que, ante el incumplimiento de su obligación por el deudor, causante de un daño (nexo causal) que ha de ser reparado, se puede actuar sobre su patrimonio para lograr la satisfacción de su derecho de crédito. Esta responsabilidad alcanza a todos los bienes «presentes y futuros» (art. 1911 CC). Se trata de una responsabilidad patrimonial universal, sobre la que se hace efectiva la responsabilidad contractual de los artículos 1101 a 1108 del Código Civil¹ y opera tanto sobre los bienes que el deudor es titular en el momento de contraer la obligación o en el momento de devenir esta exigible, como respecto de aquellos que en su caso adquiera en un momento posterior, cualquiera que sea el título de adquisición (donación, herencia, etc.)². Por tanto, no se extiende la garantía a aquellos bienes que en el momento de la reclamación del acreedor no estén en el patrimonio del deudor³, como tampoco a aquellos elementos o derechos que correspondan al deudor y no tengan valor económico o teniéndolo, esté vinculado su ejercicio a la persona del deudor (derechos personalísimos).

De forma que, ante el incumplimiento de la obligación por este, cualquier acreedor está facultado para solicitar la ejecución de la misma y, en último término, obtener el cumplimiento por equivalencia con cargo a los bienes del deudor, más un añadido que generalmente consiste en una indemnización de daños y perjuicios. Si bien, de todo esto deriva que, existencia simultánea de un

«elemento personal» y de un «elemento patrimonial» desde el mismo momento de constitución de la relación obligatoria⁴.

El patrimonio del deudor constituye, pues, el substrato con el que se ha de responder del cumplimiento de sus obligaciones; es el punto de referencia de un poder de sujeción que corresponde a todo acreedor y que forma parte de la propia obligación. En este sentido, se considera que la actuación del acreedor sobre los bienes del deudor representa una garantía genérica cuyas características básicas son, en esencia: el ser patrimonial (el deudor responde con los bienes) y el ser universal (el deudor responde con todos los bienes)⁵.

Ahora bien, para aumentar la seguridad que un acreedor vea satisfecho su interés, resulta necesario acordar una garantía específica adicional. Supone un refuerzo del crédito, ampliando el poder del acreedor y, por ende, la seguridad de satisfacción de su derecho de crédito. Son, por tanto, medios específicos de garantía dirigidos al reforzamiento o aseguramiento del derecho de crédito y que complementan los medios generales de protección, defensa y garantía de los créditos representados en la citada responsabilidad patrimonial universal del deudor y la ejecución forzosa —en forma específica o en forma genérica—.

Tales medios específicos son las garantías personales como la fianza, el aval y los derechos reales de garantía, como la prenda y la hipoteca. Mientras que, en estos últimos, el interés del acreedor se satisface mediante la sujeción de un bien del deudor o de un tercero (fiador real) al cumplimiento de la obligación; en las garantías personales —fianza o aval— se añade al patrimonio del deudor otro patrimonio el del fiador o avalista⁶.

En este contexto, el presente estudio lo vamos a centrar, precisamente, en el análisis de la garantía personal que, constituye la fianza, más en concreto, en la modalidad de cofianza y en lo que representa su régimen jurídico, el ejercicio del beneficio de división y, en fin, en los efectos entre cofiadores, tras el pago o cumplimiento de uno de ellos, esto es, lo que representa el derecho de reintegro entre cofiadores y ese mismo derecho de reembolso frente al deudor o la subrogación en la posición del acreedor. A tal fin, nos parece oportuno con carácter previo, referirnos al concepto de fianza civil y mercantil, a los caracteres de esta garantía personal, para luego operar sobre el beneficio de división y los citados efectos del pago o cumplimiento por cualquiera de los cofiadores.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIANZA CIVIL Y MERCANTIL

Nuestro Código Civil regula la fianza en los artículos 1822 a 1856. El primero de los citados preceptos la define como *«la garantía personal que se presta asumiendo un tercero el compromiso de cumplir la obligación si no lo hace el deudor principal»*. Con esta definición se pone de relieve, por una parte, que estamos ante una garantía personal por la cual un tercero (deudor) asume frente al acreedor principal el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si el deudor principal no la cumple; y por otro, que como tal garantía personal tiene como finalidad asegurar la satisfacción del interés del acreedor, operando sobre el patrimonio del fiador, para lograr con ello la efectividad del crédito. De esta forma, el acreedor incrementa la seguridad de su crédito y operando en el binomio deuda/responsabilidad, el fiador asume una obligación en sentido propio con un contenido distinto al del deudor principal y como tal obligado responde con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC). El fiador debe y responde⁷.

Atendiendo a tales consideraciones, REYES LÓPEZ considera que la fianza regulada en el Código Civil «es un tipo especial de garantía de carácter personal que, consiste en que un tercero se compromete a pagar o cumplir la prestación debida por el deudor al acreedor en el caso que aquél no lo haga con el fin de reforzar su posición frente al acreedor»⁸.

Ahora bien, diferenciando el concepto de la fianza de la fuente de la que surge (contrato). LASARTE ÁLVAREZ indica que «el contrato de fianza es el acuerdo contractual celebrado entre fiador y acreedor; en cuya virtud aquél asume la obligación de asegurar el cumplimiento de la obligación del llamado deudor principal cuyo conocimiento —y mucho menos, consentimiento— en absoluto es necesario para la validez del acuerdo entre fiador y acreedor (art. 1823.2)»⁹. LACRUZ BERDEJO, asimismo, señala que la fianza «consiste en la constitución, junto a la obligación garantizada, de otra de igual contenido en cabeza de un segundo deudor y sujeto a un régimen característico», y el contrato de fianza es «el acuerdo de voluntades tendente a la creación de una obligación fideiusoria»¹⁰. Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA¹¹ manifiesta, al respecto que, es «el deudor el que está constreñido al cumplimiento de su obligación, además para garantía del acreedor también otra persona puede asumir por contrato la obligación de cumplir, por lo general, en defecto de aquel. Esta persona se llama fiador, el contrato de fianza, y la obligación que de él nace fianza convencional».

Si bien, el contrato de fianza se celebra normalmente entre el acreedor de la obligación principal y el tercero o fiador, esto es, entre uno de los sujetos de la relación obligatoria principal y otro de la relación de fianza, sin intervención del deudor principal, supuesto que puede darse en virtud del párrafo 2 del artículo 1823 —la ignore o se oponga a ella— y del párrafo último del artículo 1838 del Código Civil¹². Ello no impide que, en este contrato puedan intervenir el acreedor, el deudor y el fiador, es decir, los sujetos de la relación obligatoria principal y los de la fianza.

De todas formas, para LACRUZ BERDEJO mayor interés que el contrato de fianza lo tiene «la relación de fianza en su compleja estructura, las relaciones del fiador con el acreedor y con el deudor (y de los fiadores entre sí) que puede nacer de otras fuentes que el contrato»¹³.

Sobre tales bases, la responsabilidad del fiador viene determinada de diversa manera: así atendiendo a los distintos sujetos que pueden intervenir en las dos relaciones obligatorias, principal y accesoria; por el modo de obligarse los sujetos pasivos de dichas relaciones (de forma mancomunada o solidaria); o, en fin, por el modo de articularse la obligación accesoria con la principal (subsidiaria o solidariamente). El supuesto más sencillo de fianza contractual se produce cuando en la formación del contrato de fianza interviene un solo individuo en la posición de cada uno de los sujetos (acreedor, deudor y fiador) que, pueden participar en la creación de la relación jurídica de fianza.

No obstante, es posible la intervención de una pluralidad de personas, bien en la relación obligatoria principal, bien en la relación accesoria de fianza, por lo que se pueden distinguir varios supuestos: 1. Puede darse una situación de pluralidad de deudores en la relación obligatoria principal junto a la relación accesoria de fianza, configurándose la deuda principal como mancomunada o solidaria (arts. 1137 y siguientes CC); 2. También puede tener lugar un supuesto de pluralidad de fiadores en la relación jurídica de fianza por una misma deuda, que pueden encontrarse en dos situaciones: a) Tales sujetos se obligan entre sí mancomunada o solidariamente, si bien en un mismo plano de responsabilidad, dando lugar al supuesto de cofianza (art. 1837 CC); y b) Operando en distinto

plano de responsabilidad, estamos ante el supuesto de subfianza (art. 1823 párrafo 2 CC); y 3. Por último, cabe señalar que, asimismo, puede tener cabida en la relación obligatoria de fianza el supuesto de pluralidad de acreedores. Al respecto, el Código Civil en el artículo 1828, establece las condiciones que ha de reunir un fiador: la de tener capacidad para obligarse y bienes suficientes (solvencia) para responder de la obligación garantizada. La concurrencia de ambas determina la idoneidad del fiador que, si bien, según una parte de la doctrina, esta última no es precisa para todo supuesto de fianza; si lo es y en esto todos coinciden, el requisito general de capacidad cuya exigencia procede siempre.

Además, integra la estructura de la relación obligatoria y, por tanto, el de la relación obligatoria de fianza, además del vínculo y los sujetos, la prestación o el objeto de la misma. Coincide en su aplicación concreta con el objeto de la relación jurídica en general «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa» (art. 1088 CC); y, obviamente, también con el objeto del contrato (contrato de fianza), en la medida en que este viene a reproducir aquella. Ahora bien, la fianza es una relación jurídica cuya fuente normal de constitución es el contrato; y además es una relación jurídica accesoria que, requiere la existencia y validez de una relación jurídica obligatoria, normalmente previa, que se denomina obligación principal, fiada o garantiza que debe ser válida (art. 1824.1 CC). A lo que debemos añadir que esa dependencia respecto de la obligación principal no impide que la fianza conserve cierta autonomía en su existencia, modalizada en la extensión por lo que establecen los artículos 1826 y 1827 del Código Civil. Todo ello explica que, el objeto de la fianza lo constituye la obligación garantizada que, puede ser de cualquier clase —en la práctica se suelen garantizar deudas de dinero—. Además, no estamos ante un objeto autónomo, como sucede con el objeto de los demás contratos, sino que, como consecuencia de su carácter accesorio, el objeto de la fianza es un objeto determinado *per relationem* con relación de la obligación principal, pues, dependen de la existencia, validez y demás vicisitudes de la obligación fiada.

Por otra parte, ante la propia autonomía que la fianza posee, puede tener un objeto distinto pero no más extenso que, el principal (art. 1826 CC), convenido en términos definidos o indefinidos (art. 1827 CC). De forma que, el objeto de la fianza puede cubrir la deuda por completo, debiendo cumplir el fiador frente al acreedor con la prestación específica a la que se ha obligado.

Ciertamente, constituye regla general que, la extensión máxima de la obligación que asume el garante, viene determinada por la propia extensión de la obligación principal; de tal forma que, la obligación de fiador no podrá exceder de esta ni en la cantidad, ni en lo oneroso de las condiciones (fianza *in leviorum causam*)¹⁴. De ahí que, se indique que, en el supuesto que no se respeten los límites que, establece el citado artículo 1826 del Código Civil, la fianza es *in duriorem causam*. Ahora bien, esto no impide, como dice la mayor parte de la doctrina que, el fiador pueda obligarse más intensamente. Lo que supone que el fiador es «más garante», pero no está «más obligado» que el deudor principal¹⁵. El momento para apreciar si la obligación garantizada es más gravosa que la obligación principal es el del cumplimiento y no el de contraer la obligación¹⁶.

En cuanto al efecto que, tiene lugar si el fiador se ha obligado más extensamente que, el deudor principal tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones de dicha obligación es, precisamente, que la obligación fideiusoria se reduce a los límites que fija la obligación principal. Por lo que, atendiendo a lo que dispone el artículo 1826 del Código Civil, la sanción que se deriva, consiste en la nulidad parcial sobre una presumible voluntad de las partes, y que,

también se justifica en el principio de conservación del negocio jurídico, como así lo admite una parte mayoritaria de la doctrina¹⁷. Si bien, señala GUILARTE ZAPATERO que «esta fórmula de reducir la obligación de fianza a los límites de la del deudor es perfectamente razonable, pues, dentro de tales límites siempre encontrará apoyo la causa de garantía que determinó al fiador a comprometerse con el deudor principal, en tanto que la obligación principal a través de la cual se intenta el interés del acreedor en forma directa, no subsidiariamente a través de la función de garantía»¹⁸.

Sobre tales bases, procede, asimismo, indicar que el contenido propio de la fianza se puede configurar de formas, bien delimitando el contenido de aquella; bien no delimitándolo en términos precisos. Así establece el artículo 1827 del Código Civil «*la fianza no se presume, debe ser expresa y no pueden extenderse a más de lo contenido en ella. Si fuera simple o indefinida, comprenderá no solo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose, respecto de esto, que no responderá sino los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago*»¹⁹. Se trata, pues, de dos formas de concretar el alcance de la obligación del fiador; y por tanto, la responsabilidad, dentro del límite máximo que fija el citado artículo 1827; pero teniendo siempre en cuenta que la obligación principal actuará como límite de la extensión de la fianza. Estos dos tipos de extensión de la obligación de fiador viene a representar, a su vez, dos clases de fianza: la *definida* o *limitada*, cuando la obligación del fiador se concreta en términos precisos y dentro de los límites que se fija en acto, contrato o el negocio de constitución establecido²⁰. A ella alude el primer párrafo del mencionado precepto; y, la *indefinida* o *simple*, si no existe una concreción de la obligación del fiador, que viene definida en el párrafo segundo del mismo precepto y se extiende no solo al principal, sino también a todos los accesorios —intereses ordinarios, moratorios y multa convencional, si se ha convenido— y a los gastos del juicio —referidos a los que tienen lugar después de que el fiador ha sido requerido del pago—²¹. De manera que, la fianza limitada o definida está representada por aquellos afianzamientos en los que, al constituirse, se determina con precisión su alcance, bien de forma directa y actual, o bien por referencia a circunstancias que delimitan o delimitarán su contenido. Por el contrario, en la fianza *simple* o *indefinida* no aparece esta concreta delimitación, sino que en ella, existe una referencia a la obligación principal que determinará su alcance²². En todo caso, se puede someter la obligación del fiador a término o a un plazo de extinción diferente de la obligación principal, y superior o más amplio que esta; pues, de lo contrario, sería más onerosa en las condiciones que la obligación principal²³. También es posible someter la condición suspensiva o resolutoria, esto es, a un evento futuro e incierto.

Por otra parte, el artículo 1825 del Código Civil admite la constitución de la fianza sobre obligaciones futuras. Ahora bien, para que este afianzamiento surta efecto, precisa de la concurrencia de ese elemento que falta, la existencia de la obligación principal, de la que, como ya sabemos, aquél depende y está subordinado²⁴. En suma, una vez formalizado el afianzamiento, el fiador no está facultado para desistir de la obligación de garantía asumida, revocando el consentimiento ya prestado²⁵. En todo caso, la dificultad surge en orden a qué debe entenderse por obligación futura desde la perspectiva del citado precepto o, en otros términos, para concluir qué obligaciones futuras pueden ser afianzadas.

Para GUILARTE ZAPATERO las variadas orientaciones expuestas por la doctrina para resolver la citada cuestión pueden ser reducidas a tres²⁶: «1. La de quienes entienden que dentro del concepto de obligación futura, a efectos de la

fianza, han de integrarse todas aquellas que en el momento de la constitución de la garantía no hayan nacido, independientemente que su proceso de formación esté iniciado, pendiente de ulteriores integraciones que lo completen, o sin que tal proceso se haya iniciado todavía, quedando vinculado a un hecho futuro; 2. Una segunda orientación viene representada por la opinión de aquellos que, entienden que para la existencia de fianza de obligaciones futuras, se requiere la preexistencia de un vínculo jurídico del cual surgirá la obligación a garantizar, vínculo que se estima indispensable por exigencias de accesoriedad y que servirá de soporte a la fianza²⁷. En tal sentido, parece pronunciarse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 1924²⁸; 3. Finalmente, una tercera orientación estima que, si bien no es necesario, que exista entre las partes un vínculo jurídico del que surja la obligación garantizada en el momento de acordarse la fianza; resulta precisa, sin embargo, la existencia en tal momento de circunstancias objetivas que referidas a las personas y al montante de la deuda, permitan la determinación de la obligación futura y, en consecuencia, la constitución eficaz de la fianza»²⁹. Al respecto, observa el citado autor que, de las tres direcciones apuntadas «en realidad la tercera es un desenvolvimiento y puntualización de la primera». De forma que, para el autor la cuestión queda reducida a dos posturas doctrinales: una, la de quienes entienden que, para construir una fianza sobre obligaciones futuras es necesaria la preexistencia del vínculo jurídico entre acreedor y deudor; y, la de aquellos que defienden la existencia no de ese vínculo jurídico, sino tan solo de determinadas circunstancias objetivas que, permiten la determinación de la obligación futura. Por lo que, la primera posición resulta más acorde con el ordenamiento jurídico, pues, ha de entenderse que solo la obligación futura y determinada o determinable, sin necesidad de nueva declaración del fiador y, del acreedor es susceptible de afianzamiento, lo cual exigirá, como se ha observado, que al menos sean conocidas las partes entre quienes la obligación principal debe surgir³⁰. En suma, partiendo de tales consideraciones, será afianzable cualquier obligación futura, entendiendo por tal, aquella que no tiene existencia actual en el momento de constituirse la fianza, lo que conlleva que aún no exista un vínculo jurídico constituido entre acreedor y deudor, pero que puede tener posibilidades de existir en un futuro. O lo que es lo mismo que quede determinada la deuda o sea susceptible de serlo en un futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre el fiador y acreedor³¹.

En este contexto, la fianza puede ser convencional (contrato), legal —impuesta por la Ley— o judicial —se constituya por providencia judicial—³². La forma más común de constituirse es, como hemos indicado en líneas precedentes mediante contrato, que se perfecciona cuando concurre el consentimiento del acreedor principal y del fiador, tal como consagran los artículos 1254, 1258 y 1262 del Código Civil, sin que sea necesaria la intervención del deudor. Ahora bien, consecuencia del carácter consensual de la fianza convencional y del principio de libertad de forma consagrado en el artículo 1278 del Código Civil, a diferencia de la solución adoptada por el Código de Comercio para el afianzamiento mercantil que, se somete a la forma escrita (art. 440), mediante documento privado que, puede consistir incluso en una simple carta dirigida al banco³³, sin que exija reflejo en documento público, aunque ello no sea habitual³⁴. A este requisito formal debemos añadir la tendencia común en la doctrina acerca de su interpretación restrictiva³⁵. Además, la fianza es subsidiaria mientras no se pacte la solidaridad³⁶; y esta no se presume³⁷.

Frente al funcionamiento de las garantías reales, que, como bien sabemos, se asientan en la intensificación de un vínculo sobre un bien concreto y determi-

nado, sujeción que, se completa con las facultades de preferencia y persecución que conlleva, y que, asimismo, rompe en beneficio de su titular la situación igualitaria que deriva del principio de responsabilidad genérica consagrado en el artículo 1911 del Código Civil; la fianza, como manifestación de garantía personal, incrementa la seguridad del acreedor por otra vía: el fiador, tercero respecto de la obligación principal, asume otra obligación en sentido técnico, con contenido propio, mediante la cual se vincula personalmente a la satisfacción del interés perseguido por el acreedor de aquella obligación principal.

Por tanto, atendiendo a lo expuesto, mediante la fianza un sujeto diferente del deudor de la obligación garantizada (deudor principal), llamado fiador, se obliga frente al acreedor de aquella, a realizar una prestación (que podrá ser o no igual a la debida por el deudor principal —art. 1826 CC—) que, satisfaga idéntico interés que la obligación garantizada, para el caso de que esta no sea satisfecha.

El reforzamiento de la posición del acreedor en que la garantía consiste se logra en un doble sentido: el aumento de las posibilidades de satisfacción voluntaria del acreedor, al ser este titular de dos créditos, en lugar de uno solo; y, como señalamos en línea precedentes para las garantías personales en general, la posibilidad de agresión de un nuevo patrimonio a efectos de la satisfacción forzosa de dicho interés creditorio, pues en el caso que el fiador no cumpla su obligación, bien podrá el acreedor dirigirse contra su patrimonio para hacer efectiva la responsabilidad que está insita en la obligación contraída y no satisfecha; o contra el patrimonio del deudor³⁸.

Ciertamente, la extensión objetiva de la responsabilidad patrimonial, ligada a la existencia de un nuevo vínculo obligatorio con causa específica de garantía, distinta de la que justifica la obligación principal, es lo que aumenta la seguridad del acreedor de que su interés será satisfecho³⁹.

Ahora bien, la fianza es una obligación y más estrictamente, una relación jurídica de garantía integrada por una relación jurídica obligatoria, externa y accesoria a una obligación ajena, que asume un tercero para que pague o cumpla en lugar del deudor principal cuando este no lo haga⁴⁰. Precisamente, pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2020⁴¹ que «esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio distinto aunque accesorio de la obligación principal que, está dotado de contenido propio y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido, se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador). Esta distinción se percibe claramente en el caso de la *litis*, en que las obligaciones de hacer y de dar se garantizan mediante la obligación de pago de una determinada cantidad de dinero, a modo de prestación sustitutiva y equivalente (arts. 1096, 1101 y 1131 y sigs. CC)».

Como obligación que es, la fianza tiene las mismas características, que cualquier relación jurídica de naturaleza obligacional. Está integrada por el deber de prestación, subsumido en el concepto de obligación, que se materializa en la realización de la obligación que consiste como señala el artículo 1088 del Código Civil en «*dar, hacer o no hacer alguna cosa*». Según lo dicho, el acreedor

tiene derecho al cumplimiento de la prestación; y si esto es así, el deudor es, por tanto, el sujeto que determina que ese deber se realice, y, por consiguiente, quien responde del cumplimiento de la obligación, como así parece desprenderse del texto de los artículos 1911 y 1101 del Código Civil, puestos en conexión con el citado artículo 1088 del dicho cuerpo legal. La relación jurídica de fianza participa de la estructura descrita, por lo que la fianza supone, al igual que, la obligación garantizada, la existencia inseparable de una deuda y una responsabilidad en la persona del fiador⁴². Por lo que, frente a la posición de una parte de la doctrina, con la fianza no estamos ante un supuesto de responsabilidad sin deuda.

Si bien, aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, se trata de una institución de garantía de naturaleza personal y cumpliendo, como hemos señalado, una función de garantía. Por tanto, dicha obligación de fianza es autónoma respecto a la obligación principal, lo que no impide que esté unida o conexionada con ella, en una estrecha relación de accesорiedad, que deriva de su función de garantía, y que explica muchos de los aspectos relativos a su régimen jurídico. Ciertamente, esta autonomía, dentro de la interdependencia y accesорiedad señaladas entre ambos vínculos contractuales, principal y accesoria o de garantía (crédito y fianza) aparece reflejada también en las sentencias de la Sala de lo Civil. Así en la Sentencia de 22 de julio de 2002 se indica que «el aval o la fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal (...). El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil (...), aparte que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra este, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1995, recurso 551/1992)».

Así pues, la fianza es un verdadero derecho de garantía, que como todos los que pertenecen a esta categoría, goza, al mismo tiempo, de carácter sustancial, de autonomía estructural y de dependencia funcional⁴³.

Las anteriores consideraciones vienen a explicar la compleja situación que la fianza implica al poner de manifiesto la existencia de dos obligaciones distintas y con propia individualidad: la principal, cuyo objeto está determinado por la prestación a cargo del deudor de la misma; y la de garantía, de objeto distinto a la anterior, que se concreta en la prestación que en su caso habrá de cumplir el garante mediante la observancia del comportamiento o conducta necesaria en orden a la realización del contenido obligacional (prestación), o no cumplir con el comportamiento debido y, en consecuencia, soportar la agresión patrimonial del acreedor sobre sus bienes (art. 1911 CC). Tal planteamiento justifica la consideración clara que, el fiador no es deudor de la obligación fiada, sino de la suya propia, y que cuando ésta se paga cumple su propia obligación, no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor. Además determina que, el objetivo y finalidad de la fianza es precisamente el de garantizar la obligación principal, aumentando la capacidad de responsabilidad mediante la eventual satisfacción por el fiador del interés perseguido por el acreedor. En conclusión, la fianza es una garantía personal en cuanto supone la afección al cumplimiento de la obligación principal de un comportamiento personal, el del fiador de «pagar o cumplir» por el deudor. En este sentido, es

responsable del cumplimiento de la obligación principal y, que el acreedor vea satisfecho su crédito, mediante el cumplimiento de su propia obligación accesoria.

Ahora bien, al igual que, sucede con la fianza civil el artículo 439 del Código de Comercio no define el contrato de fianza mercantil; tan solo dispone que «*será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante*». Por otra parte, ante la escasa regulación de la fianza mercantil en el Código de Comercio (solo cuatro preceptos artículos 439 a 442) resulta de aplicación supletoria el Código Civil (arts. 2 y 50 del Código de Comercio y el art. 4.3 CC) integrando las normas civiles el régimen jurídico de la fianza mercantil⁴⁴.

En todo caso, la fianza (sea civil o mercantil) no se presume, debe ser expresa⁴⁵; además de clara y de interpretación restrictiva⁴⁶. La forma es libre, aunque, como veremos, en la fianza mercantil se exige la forma escrita (art. 440 del Código de Comercio). Puede probarse el contrato de fianza por todos los medios ordinarios, incluso por presunciones⁴⁷.

Como hemos indicado, puede constituirse por vía convencional (contrato), legal o judicial (arts. 1823 y 1854 CC)⁴⁸. De todas formas, al fiador judicial se le priva —al igual que al subfiador en este caso— del beneficio de excusión (art. 1856 CC). Por otra parte, si el obligado a dar fianza (por ley o por resolución judicial) no la hallase, *se admitirá en su lugar una prenda o hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación* (art. 1855 CC).

También se puede constituir por vía testamentaria, lo que supone, como señala LACRUZ BERDEJO que «no es un contrato la fuente de la fianza, sino una declaración unilateral»⁴⁹.

III. CARACTERES DE LA FIANZA

La función de garantía y finalidad u operatividad auxiliar de la fianza influyen decisivamente en los caracteres y naturaleza de la fianza. Entre las notas características que se predican de la fianza, la doctrina, en general, destaca que el contrato de fianza —una de las fuentes por la que se constituye— es accesorio, subsidiario, consensual, oneroso o gratuito, y unilateral o bilateral; asimismo, como caracteres propios y esenciales de la relación jurídica obligatoria que representa la fianza, son la accesорiedad y la subsidiariedad. No obstante, así como existe unanimidad, en relación con la accesoriedad como situación de dependencia atribuible a la obligación de garantía respecto de la principal; no todos los autores defienden el mismo criterio en lo que se refiere al significado y alcance de la subsidiariedad como característica de la fianza.

Como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2021⁵⁰ «la fianza como nuevo vínculo obligatorio distinto, aunque accesorio de la obligación principal, tiene dos notas que la caracterizan principalmente: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), de forma que si bien dichos vínculos obligacionales nacen y subsisten sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, si determina su participación o integración en una relación contractual o negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de esta respecto de aquella. Dentro de ese esquema, la subsidiariedad es un elemento típico de la fianza, en el sentido que el fiador, en principio, solo debe cumplir

su obligación en caso que el deudor incumpla la suya. Por otra parte, la fianza, como en el caso de la *litis*, puede pactarse con carácter solidario, no solo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal (art. 1822 CC). Pero incluso en el supuesto de la denominada «fianza solidaria» no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta».

1. ACCESORIEDAD

La accesoriedad expresa una relación de dependencia o subordinación entre las relaciones jurídicas; de modo que la accesoriedad no puede existir sin la principal, cuyas vicisitudes le afectan (pero no viceversa)⁵¹. Ahora bien, la dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de la fianza) determina que los dos vínculos obligacionales (principal y accesorio) nacen y subsisten sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo; no impide que ambos vínculos participen o se integren en un relación contractual o negocial compleja, debido a la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiussoria. De todas formas, esta característica de la fianza viene siendo casi unánimemente reconocida por la doctrina científica⁵².

Asimismo, resulta ampliamente aceptada y destacada por nuestra jurisprudencia⁵³. Sin embargo, existen discrepancias a la hora de calificar el alcance que se le debe atribuir a esta nota, así se ha dicho de ella que es esencial⁵⁴, simplemente natural o relativa o limitada⁵⁵. Lo cierto es que la mayoría de los autores valoran de modo similar el significado básico de la misma, atribuyéndole carácter *esencial* en cuanto nota típica de la fianza.

No obstante, como observa GUILARTE ZAPATERO este carácter en la fianza se revela con determinadas particularidades que han de tenerse en cuenta para fijar su verdadero alcance y significado, su influencia en el complejo jurídico que la obligación garantiza, y para explicar algunas circunstancias y aspectos de la fianza que, originan efectos aparentemente contrarios a los que normalmente deberían derivarse de la accesoriedad⁵⁶.

La fianza, como un medio más de garantía personal, presenta la característica de las instituciones creadas concretamente para cumplir esa función de garantía. De esta forma, la accesoriedad viene a significar dependencia funcional y subordinación respecto de la obligación principal; por lo que su existencia y subsistencia requiere de una obligación principal válida, cuyo contenido no debe exceder del de esta, ni ser más gravosa que ella, extinguéndose con la obligación principal⁵⁷. En esencia, la accesoriedad determina en la fianza esa condición de subordinación a la obligación principal, siendo, además, posible en todo momento identificar las dos relaciones obligatorias, una principal y otra accesoria, que integran esa compleja estructura que, representa la fianza y que tienen un régimen propio y distinto. Ahora bien, este carácter accesorio alcanza también a la fianza solidaria, pues el fiador solidario tiene la condición de garante⁵⁸.

En todo caso, como precisa VICENT CHULIÁ «si el fiador se compromete a pagar a primer requerimiento o a primera demanda, renunciando a oponer excepciones, se produce una derogación del principio de accesoriedad de la fianza al menos en el momento de requerirse al pago». Y añade «la fianza a primer requerimiento se aproxima al llamado contrato de garantía autónomo»⁵⁹. Cier-

tamente, como se sostiene esta garantía a primer requerimiento tiene su base fundamental en el principio de autonomía de la voluntad y en la libre contratación (art. 1255 CC)⁶⁰.

2. SUBSIDIARIEDAD VERSUS SOLIDARIDAD

En este contexto, si bien, la accesoria ha sido valorada casi unánimemente por la doctrina salvo alguna excepción, como carácter esencial de la fianza, no ocurre lo mismo con la subsidiariedad, respecto de la cual los autores suelen discrepar en cuanto a atribuirle precisamente este alcance.

En síntesis, los planteamientos doctrinales se pueden resumir en los siguientes⁶¹:

a) Se entiende, en una primera postura, que la subsidiariedad caracteriza a la fianza por cuanto el fiador debe cumplir únicamente su obligación, si el deudor principal no cumple la suya. Como consecuencia de ello, el fiador goza del beneficio de excusión (art. 1830 CC), en cuya virtud el acreedor debe exigir el cumplimiento de la obligación al deudor principal, antes que al fiador. Por lo que, la subsidiariedad es característica normal o natural de la fianza, esto es, elemento típico de la fianza en el sentido que, el fiador solo debe cumplir, en principio, su obligación en caso que el deudor incumpla la suya. La subsidiariedad representa, pues, una característica de la fianza, que implica la atribución al garante del beneficio de excusión u orden; es consustancial a la fianza; no esencial a la misma. Este criterio es el defendido por la mayoría de la doctrina española⁶² y también por la jurisprudencia⁶³.

Como una variante de esta posición doctrinal —aunque en esencia, llega a las mismas consecuencias— es la de quienes entienden que, la subsidiariedad de la fianza no se agota en el beneficio de excusión, al no ir siempre unido a la misma. Los defensores de este planteamiento contraponen fianza subsidiaria —artículo 1822.1 del Código Civil— a la fianza solidaria —artículo 1822.2 del mismo Código— distinguiendo una de otra atendiendo a la facultad del acreedor de reclamar el cumplimiento de la prestación debida por el fiador: el incumplimiento de la obligación principal, en el primer caso; la mera exigibilidad de la misma, en el otro⁶⁴.

b) Una segunda tendencia doctrinal, de menor difusión que la precedente, niega que la subsidiariedad sea nota típica y característica de la fianza y ello con independencia de que el fiador goce o no del beneficio de orden. Quienes defienden este criterio parten de la equivalencia entre subsidiariedad y condicionalidad o eventualidad.

Admitiéndose tal equiparación, si la fianza fuera subsidiaria, se estaría a presencia de una obligación cuya vida aparece condicionada por la imposibilidad de realización de la obligación principal, cuando lo cierto, es que, una vez vencida esta, la del fiador resulta plenamente exigible; no obstante el fiador puede obligar al acreedor, ejercitando el beneficio de excusión, a la previa actuación del acreedor sobre el patrimonio del deudor principal⁶⁵.

c) Un tercer criterio entiende que la subsidiariedad es de esencia en la fianza, pues la acompaña inseparablemente cualquiera que, sea la fórmula utilizada por el Derecho positivo respecto al beneficio de excusión. La obligación del fiador resulta de distinto grado y plano que la deuda principal y accesoria se manifiesta de la siguiente forma: ante la circunstancia del incumplimiento de la obligación principal la propia existencia del beneficio de excusión supone la necesaria eje-

cución, en primer lugar, de la prestación principalmente debida; y, asimismo, impone que el acreedor no pueda compeler al fiador a pagar la suya sin la previa exclusión de los bienes del deudor, siempre que, el fiador oponga el beneficio al ser requerido de pago por el acreedor. Ahora bien, en los casos en que no existe beneficio de exclusión u orden o no se ejercita en tiempo y forma, la obligación del fiador sigue siendo de grado distinto y posterior a la del deudor principal, porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación; siendo en todo caso relevante no que el fiador pague antes o después que otro, sino que *lo haga en lugar de otro*.

En este contexto, la subsidiariedad descrita implícitamente en el artículo 1822.I *in fine* del Código Civil «en el caso de no hacerlo este», implica necesariamente que el incumplimiento del deudor de la obligación garantizada faculta al acreedor a reclamar al fiador al ser presupuesto constitutivo de esta reclamación; no obstante, la posibilidad de alegar por parte del fiador el beneficio de exclusión, cuyo ejercicio determina la actuación del fiador solo cuando no es posible hacer efectivo el crédito sobre el patrimonio del deudor principal⁶⁶. CASTILLA BAREA entiende que «subsidiariedad y beneficio de exclusión no son fenómenos idénticos, si bien la presencia de este último en la configuración de la obligación fideiusoria puede considerarse como el desarrollo de aquella característica hasta el límite de sus consecuencias». Y añade que «el beneficio de exclusión es un *plus*, puesto que supone no solo la posibilidad que ante la reclamación del acreedor, el fiador le exija un previo requerimiento de pago al deudor principal, sino además aquél deba perseguir e intentar ejecutar del obligado principal antes de proceder a la ejecución del patrimonio del obligado en garantía»⁶⁷.

Ciertamente, como señala acertadamente CARRASCO PERERA la subsidiariedad «define con carácter institucional a la fianza, que tiene como supuesto de hecho el incumplimiento del deudor principal. Esto es lo único que se exige para que la fianza sea subsidiaria. Pero no se exige que el fiador disponga además del beneficio de exclusión»⁶⁸.

Ahora bien, partiendo que el significado de la subsidiariedad implica necesariamente que el deudor debe «*incumplir*», para que el fiador sea requerido de pago, es decir que, el acreedor debe demandar judicialmente o requerir extrajudicialmente al deudor⁶⁹. Cumplido este trámite, el fiador podrá, entonces, oponer el beneficio de exclusión (art. 1830 CC); sin que para ello sea un obstáculo, lo dispuesto en el artículo 1834 del Código Civil que permite la demanda conjunta del deudor y fiador, como un supuesto de acumulación procesal basada en criterios de economía. Dicho de otro modo, el fiador subsidiario tiene el derecho que no se le requiera de pago, mientras el deudor no incumpla; y si dispone del beneficio de exclusión, tiene además el recurso de no responder si, aun habiendo «incumplido» el deudor tiene bienes con los que el acreedor pueda satisfacer su crédito.

Esto no significa que, subsidiariedad se identifique con beneficio de exclusión, pues, la fianza sigue siendo subsidiaria, aunque no existiera tal beneficio (art. 1831 CC).

Ahora bien, de proceder la reclamación de cantidad por el acreedor al fiador, y siendo fiadores ambos cónyuges, los pactos alcanzados en el ámbito de la situación de crisis matrimonial (divorcio) no afecta a la obligación contraída en virtud de la fianza con el acreedor principal⁷⁰; y si no procede a reclamar en tiempo y forma el cumplimiento de la obligación a su vencimiento al deudor, o en su caso, al fiador, no supone ni prórroga ni extinción de la fianza⁷¹.

Por otra parte, si la fianza se pacta en forma solidaria, no debe ello entenderse limitado a una simple exclusión del ejercicio del beneficio de exclusión, ya

que, si así fuera, quedaría el artículo 1822.2 del Código Civil «desprovisto» de contenido, al resultar suficiente con lo previsto en el artículo 1831.2 del citado cuerpo legal. De ahí que, el sentido de la remisión que establece el mencionado artículo 1822.2 del Código Civil no más que la aplicación a la fianza, en su ámbito externo, de algunos de los preceptos de la solidaridad, entre ellos el artículo 1144 del Código Civil. Por lo que, en la fianza solidaria se permite al acreedor proceder contra ambos deudores en la forma prevista en el artículo 1144 del Código Civil. El deudor principal no tiene que haber *«incumplido»*, esto es, no tiene que haber sido requerido, ni puesto en mora. Llegado el vencimiento de la deuda, el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador, sin necesidad de formular reclamación previa o simultánea contra el deudor principal⁷². La pérdida del beneficio de excusión (como en su caso, del beneficio de división en la cofianza) representa una consecuencia «adicional» del pacto de solidaridad en la fianza y, no hay que renunciar, también, a ambos beneficios —excusión y división— para su efectividad. Consecuencia de ello es que, el fiador (cofiador) puede ser demandado sin necesidad de requerir al deudor; por lo que, además, de no disponer aquel del beneficio de excusión (o, en su caso, del beneficio de división), no resulta necesario demandar a todos los obligados solidariamente (exclusión de litigioscorcio pasivo necesario)⁷³.

De forma que, la fianza solidaria del citado artículo 1822.2 no es subsidiaria por el hecho de no poder oponer el beneficio de excusión, sino por la circunstancia que el fiador está obligado a cumplir con independencia, que el deudor se haya negado a pagar. En todo caso, como señala acertadamente REYES LÓPEZ «la solidaridad no excluye la existencia de la fianza porque implica una forma de asunción de responsabilidad, mientras que de la fianza nace una obligación. Por ello el régimen de la fianza deberá aplicarse tanto en las relaciones internas entre el deudor y el fiador como en las externas entre el acreedor y este último. En este caso, la relación externa, configurada por la relación entre acreedor y fiador, se regirá por las normas de la solidaridad mientras que la relación interna, constituida entre el deudor y el fiador por las propias de la fianza»⁷⁴. Por su parte, para RUEDA ESTEBAN la fianza solidaria «es una institución híbrida entre la solidaridad pasiva y la fianza simple, de modo que es posible distinguir, por un lado, la relación entre el acreedor y el fiador (que es la relación estrictamente fideusoria), también llamada «relación externa» que, debe regirse por las normas de solidaridad de deudores; por otro, la relación calificada como «interna» y que se establece entre el fiador y el deudor principal (relación de valuta), la cual se rige por las normas propias de la fianza»⁷⁵. Sobre tales bases, en la relación externa (acreedor y fiador) se regirá por las normas de la solidaridad y en la relación interna (deudor principal y fiador) por las propias de la fianza⁷⁶.

Ciertamente, la fianza subsidiaria y fianza solidaria representan diferentes formas de obligarse que, influyen en el momento de pago o cumplimiento de las respectivas obligaciones, principal y accesoria. Y, asimismo, la regulación del Código Civil referida a ambas constituye derecho dispositivo⁷⁷.

3. OTROS CARÁCTERES

La fianza contractual es consensual puesto que se perfecciona por el mero consentimiento o concurso de la oferta y la aceptación por el acreedor, haya intervenido o no el deudor, al no resultar indispensable (art. 1822.1 CC)⁷⁸. El contrato de fianza no requiere forma determinada para ser válido, aunque como

señala el artículo 1827 del Código Civil, se exige que la forma de manifestar el consentimiento sea expresa, aun cuando el contrato se realice verbalmente. Asimismo, el contrato de fianza puede ser oneroso o gratuito, según que medie remuneración o no⁷⁹. Lo que se relaciona con su carácter unilateral o bilateral. Se estima que la fianza es bilateral cuando la retribución la paga el acreedor, pues cuando la paga el deudor la fianza sigue siendo unilateral, ya que no hay una obligación correlativa del fiador a favor del deudor. En consecuencia, la fianza gratuita tendrá carácter unilateral, mientras que cuando sea onerosa deberá entenderse bilateral con aplicación del artículo 1124 del Código Civil⁸⁰. En todo caso, se rechaza de forma casi unánime por la doctrina las notas de condicionalidad, eventualidad y aleatoriedad, además de su carácter abstracto, pues la fianza tiene su propia causa —*causa garantiae*—, consistente en asegurar la satisfacción del interés del acreedor⁸¹.

Ahora bien, en este contexto aunque la fianza mercantil comparte los caracteres generales de accesoriiedad y subsidiariedad; por lo que, la naturaleza mercantil de la obligación garantizada se comunica automáticamente a la obligación accesoria de fianza, caracterizándose esta como un acto objetivo de comercio, por ser, al respecto, irrelevante la cualidad de comerciante del fiador⁸². En este contexto, se pueden señalar como caracteres específicos de la fianza mercantil atendiendo a su régimen jurídico: 1. Objetividad: la fianza mercantil se coincide con un acto objetivo de comercio, al atenderse exclusivamente, en la configuración de su mercantilidad, a la naturaleza mercantil de la obligación garantizada y no a la cualidad profesional del fiador⁸³; 2. Accesoriiedad: que comparte con la fianza civil, al ser un contrato accesorio respecto de otro principal y su cumplimiento se garantiza al acreedor; por lo que la obligación del fiador está conectada o subordinada, en su nacimiento, existencia, modificación y extinción a los avatares de la obligación principal afianzada. Tal accesoriiedad propia de las garantías, asimismo, determina la mercantilidad de la fianza; 3. Subsidiariedad: correlativo ordinario del carácter accesorio, e igualmente, predicable de ambos tipos de fianza, es el carácter subsidiario de la responsabilidad del fiador frente al acreedor. Se dice, así que, si el fiador goza del beneficio de exclusión para significar que, este no puede ser compelido a pagar al acreedor, si aún quedan en el patrimonio del deudor bienes libres de embargo (art. 1830 CC); 4. Gratuidad: la fianza mercantil se concibe en el Código de Comercio (art. 441) como un contrato naturalmente gratuito; concepción de principio que, no obstante, admiten, previo pacto en contrato, la onerosidad. Como precisa CARRASCO PERERA «esta situación revela que el Código de Comercio no está pensando en un garante profesional (banco), sino en un consumidor unido por relaciones personales o amistosas con el deudor que contrae una deuda mercantil»⁸⁴; 5. Unilateralidad: por cuanto que si en el contrato de fianza no se estipula una retribución para el fiador, solo surgirá de este contrato una obligación de garantizar a cargo del fiador y en favor del acreedor; 6. Formalidad: según establece el artículo 1827 del Código Civil la fianza no se presume, de modo que ha de ser siempre expresa. El Código de Comercio, sin embargo, refuerza en aras de la seguridad jurídica del tráfico comercial esta exigencia al disponer que «el afianzamiento mercantil deberá constar por escrito, sin lo cual no tendrá valor ni efecto» (art. 439 del Código de Comercio)⁸⁵. La forma es con carácter *ad solemnitatem* y, en consecuencia, se declara la nulidad de la fianza que no consta por escrito⁸⁶.

Por otra parte, la fianza mercantil, al igual que la civil, se puede constituir por un fiador o por varios fiadores, al aplicar las disposiciones contenidas en el Código Civil, a falta de norma expresa en el Código de Comercio. En principio, el

fiador mercantil podrá obligarse con el deudor de modo subsidiario o solidario. Por lo que, sobre tales bases, para la mayoría de la doctrina mercantilista se parte de la presunción de no solidaridad de la fianza mercantil⁸⁷.

Si bien, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en un primer momento, parte del carácter no solidario de las obligaciones, a partir de las Sentencias de 16 y 20 de octubre de 1989⁸⁸, cambia su posición, optando por la presunción de solidaridad de las obligaciones mercantiles, con la consiguiente pérdida de los beneficios de excusión u orden y división para el fiador mercantil. Este fundamento es reproducido por las Sentencias de 5 de marzo de 1990⁸⁹; de 7 de marzo de 1992⁹⁰; de 6 de marzo de 1995⁹¹; y de 14 de febrero de 1997⁹², afirmando esta última de forma expresa que, el carácter solidario es nota que define a todas las obligaciones mercantiles; sin limitar su alcance solo a los supuestos de fianza mercantil.

No obstante, la posición que estimamos más adecuada, es aquella que considera aplicable a la fianza mercantil por la vía del artículo 50 del Código de Comercio la regulación del Código Civil. De forma que, partiendo de la presunción de no solidaridad contenida en el artículo 1137 del Código Civil y del carácter subsidiario de la garantía, el fiador mercantil podrá oponer los beneficios de excusión y división (arts. 1830 y 1837 CC), no procediendo su aplicación, cuando la fianza se pacte de forma solidaria (arts. 1831.2 y 1837.2 CC).

En todo caso, la fianza prestada por un no profesional (normalmente un familiar del deudor, cónyuge, o un administrador o socio de la sociedad deudora) podría ser un acto de consumo, y considerar al fiador como consumidor, aplicándole en consecuencia, la normativa de protección de consumidores —Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) y Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU)—⁹³. Por otra parte, en cuanto a la posible abusividad de la cláusula de afianzamiento (subsidiario o solidario) se destaca que, si el fiador es un consumidor pueden ser objeto de control de transparencia y abusividad tanto las cláusulas del préstamo garantizado por hipoteca como las de afianzamiento —entre las que se puede incluir las de renuncia a los beneficios de excusión y división— o la totalidad de la fianza, aun siendo un contrato accesorio y distinto del préstamo garantizado desde la perspectiva de una imposición de garantías desproporcionadas al riesgo garantizado y, de la necesaria compresión de la carga jurídica y económica asumida por el garante⁹⁴; y, por otro, se indica que, al ser un contrato autónomo y no una cláusula contractual, no puede sustentarse su nulidad a través de la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales con base a la normativa de consumidores; sino a través de las normas generales de nulidad de los contratos⁹⁵.

IV. LA COFIANZA. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN

Como expusimos en líneas precedentes, en el contrato de fianza pueden intervenir el acreedor, el deudor, y el fiador, es decir, los sujetos de la relación obligatoria principal y los de la fianza; lo que constituye el supuesto más normal de constitución de la misma.

También pueden intervenir únicamente el acreedor y fiador, es decir, uno de los sujetos de la relación obligatoria principal y otro de la relación de fianza, sin intervención del deudor principal, supuesto que pueda darse en virtud del párrafo 2.º del artículo 1823 y párrafo último del artículo 1838 del Código Civil⁹⁶.

El supuesto más sencillo de fianza contractual se produce cuando en la formación del contrato de fianza interviene *un solo individuo* en la posición de cada uno de los sujetos (acreedor, deudor y fiador) que, pueden participar en la creación de la relación jurídica de fianza.

En este supuesto, la responsabilidad del fiador viene determinada en los términos vistos, de una parte, y principalmente, por su propio modo de obligarse ante el acreedor, es decir, de un modo subsidiario o solidario; y de otra parte, por la intervención del deudor principal en la constitución de la fianza, pues el artículo 1823.2.^o del Código Civil se deduce que el contrato de fianza puede celebrarse, con conocimiento y aprobación del deudor, con su ignorancia e incluso, en oposición del mismo, afirmación que respalda el último párrafo del artículo 1838 del mismo Cuerpo legal.

Cuando intervienen *una pluralidad de personas*, bien en la relación obligatoria principal, bien en la relación accesoria de fianza, se puede distinguir varios supuestos:

A) Puede darse una situación de *pluralidad de deudores* en la relación obligatoria principal junto a la relación accesoria de fianza, pudiendo configurarse la deuda principal como mancomunada o solidaria (arts. 1137 y sigs. CC), que tiene repercusión en la fianza, sobre todo en la posición en que se encuentra el fiador respecto a esta pluralidad de deudores y al acreedor. En caso de obligarse solidariamente con el deudor, en la relación externa conlleva la aplicación de las consecuencias básicas de la solidaridad (arts. 1137 y 1144 CC); mientras en las relaciones internas de la cofianza opera la mancomunidad simple y, se rigen por las reglas específicas de la obligación de garantía [la obligación de regreso frente a los demás cofiadores (art. 1844 CC)]. Se presume la mancomunidad en la cofianza —operando el beneficio de división del artículo 1837 del Código Civil—, debiéndose pactar expresamente la solidaridad para que todos los cofiadores respondan de la totalidad de la deuda frente al acreedor⁹⁷.

B) También puede tener cabida en la relación obligatoria de fianza el supuesto de *pluralidad de acreedores*.

C) Por último, puede darse también, por parte, un supuesto de *pluralidad de fiadores* en la relación jurídica de fianza por una misma deuda, los cuales pueden encontrarse en dos situaciones: a) Estos sujetos pueden obligarse entre sí mancomunada o solidariamente, en un mismo plano de responsabilidad, dando lugar al supuesto de *cofianza* (art. 1837 CC). Asumen conjuntamente los cofiadores la garantía de la deuda principal⁹⁸; y b) En un distinto plano de responsabilidad dando lugar al supuesto de *subfianza* (art. 1823, párrafo 2.^o del mismo Código)⁹⁹. Esta última, el subfiador es un fiador del fiador y como precisa ALVENTOSA DEL RÍO «al ser el subfiador otro sujeto que garantiza una misma deuda a un mismo deudor junto a otro sujeto que también la garantiza, y al estar situado aquel en un plano distinto de responsabilidad frente al deudor, configura una situación de pluralidad de fiadores que, no se confunde con la cofianza»¹⁰⁰. Es un garante del fiador, no del deudor principal¹⁰¹. Ciertamente, la figura del subfiador supone que este se vincule con el acreedor y tenga por objeto no garantizar directamente la obligación principal, aunque tal finalidad se obtenga de forma indirecta, al asegurar al acreedor la obligación de garantía asumida por el fiador o, en otros términos, la solvencia de este. Se concede al subfiador el beneficio de excusión tanto respecto del fiador como del deudor principal (art. 1836). Si bien, puede ser garante de un cofiador. En este caso, el subfiador en caso de insolvencia del cofiador por quien se obligó, queda responsable frente a los demás cofiadores

como lo estaba el fiador (art. 1846). En todo caso, la confusión en la persona del deudor y fiador, cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del fiador (art. 1848); quedando como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS «como fiador, ya que la obligación del fiador principal se ha extinguido»¹⁰².

Ahora bien, también es perfectamente posible configurar una pluralidad de fianzas autónomas, que no guarden relación entre sí. De forma que, cada fiador responderá como fiador único y su obligación no sufrirá alteración por la existencia o vicisitudes de otras obligaciones fideiussorias. LACRUZ BERDEJO considera que «la libertad contractual puede, sin duda, dar vida a este tipo de fianzas». Además, precisa que «son independientes entre sí, cada una responde por la totalidad de la deuda garantizada»¹⁰³. Asimismo, GUILARTE ZAPATERO cita como posibles casos de simple pluralidad de fiadores y no de cofianza: «1. El supuesto en que un fiador se obliga ignorando la presencia del otro; 2. El caso en que un fiador conviene con el acreedor el mantenimiento de su garantía con total independencia de los restantes; 3. El caso en que varios fiadores garantizan deudas distintas de un mismo deudor, aunque sea frente un mismo y único acreedor; 4. El caso de fiadores de distintos deudores solidarios; 5. El caso en que un fiador garantice la deuda de un mismo deudor mediante la asunción de la fianza y otro mediante la dación de una garantía real, puesto que la cofianza supone que todos los garantes se obliguen personalmente; 6. Por último, se plantea la cuestión de si es cofianza simple o pluralidad de fiadores el supuesto que estos no se obliguen en idénticas circunstancias, de manera que ello determine que no todo ocupe el mismo plano respecto del cumplimiento de la obligación para el acreedor»¹⁰⁴.

Ahora bien, los cofiadores pueden obligarse también de forma subsidiaria o solidaria con el deudor principal; o entre sí, de forma solidaria o mancomunada que, es la regla general. En caso que, se adopte esta forma de obligarse y el acreedor reclame a cualquier cofiador la totalidad de la deuda principal, además de alegar el beneficio de excusión —subsidiariedad respecto del deudor principal—, pueden ejercer el beneficio de división

Para REYES LÓPEZ tal beneficio de división «consiste en una facultad que se confiere a cada uno de los fiadores para que cuando el acreedor se dirija de modo conjunto contra todos ellos, cada uno pueda exigir individualmente la división de la deuda entre todos los obligados»¹⁰⁵.

Ciertamente, como hemos señalado en línea precedentes, el régimen de mancomunidad se presume, pues, la solidaridad ha de pactarse de forma expresa¹⁰⁶. De ello deriva que, ante el silencio de los interesados o ausencia de declaración en contrario, la obligación de los cofiadores ha de estimarse como mancomunada simple y, consecuentemente, que cada uno de ellos responde exclusivamente de su parte en la proporción convenida o, en defecto de acuerdo, por cuotas iguales¹⁰⁷. Estamos ante el carácter naturalmente mancomunado de la cofianza. Por lo que, el acreedor solo puede reclamar a cada cofiador su parte correspondiente, sin que la situación de los restantes cofiadores le afecte. Asimismo, podrán oponer todas las excepciones de carácter personal y las excepciones de carácter real que afecten a la obligación principal.

Partiendo de la presunción de mancomunidad, hay que señalar que, este beneficio de división también se presume. En consecuencia, el acreedor deberá dividir la deuda entre todos los cofiadores solventes sin que se pueda exigir el montante total de la deuda a uno de ello. No obstante, el beneficio de división cesa por las mismas causas que el de excusión (art. 1837 CC). Deberá oponerse ante la reclamación del acreedor. Si no se puede oponer, el que pague la tota-

lidad de la deuda, podrá exigir a los otros la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer y en caso de ser alguno de ello insolvente, la parte de este recaerá sobre todos los demás en la misma proporción (art. 1844)¹⁰⁸.

Sobre tales bases, el apartado 1.º del artículo 1837 del Código Civil impone como regla general una división de la deuda misma y no de la acción del acreedor. Excepcionalmente y en beneficio del acreedor, se agravan los efectos de su responsabilidad en los supuestos a que se refiere el apartado 2.º del citado artículo 1837. No obstante, como se pregunta LACRUZ BERDEJO qué sentido tiene hablar de beneficio de división, si se entiende como norma general la mancomunidad (la división *ex lege*). A esta cuestión responde que «es preferible partir del reconocimiento de la especificidad de la cofianza que, en lugar de pretender subsumirla en los regímenes genéricos de la mancomunidad y solidaridad de deudores, tal como se presentan en nuestro Código»¹⁰⁹. O lo que es lo mismo, el régimen que se presume es la mancomunidad y rige también la presunción de existencia del beneficio de división, con excepción de los casos en que no opera que, analizaremos oportunamente¹¹⁰. Ciertamente, la regla general en la cofianza es la mancomunidad, sin perjuicio que ante la reclamación por el acreedor de la totalidad de la deuda a cualquiera de los cofiadores, se pueda oponer el beneficio de división. La situación de mancomunidad y beneficio de división, a nuestro entender, no son incompatibles en lo que representan.

En todo caso, operando sobre el régimen de la mancomunidad, el acreedor solo podrá exigir a cada cofiador su parte correspondiente, más el prorrataeo del cofiador insolvente, sin que pueda exigir a cada cofiador el importe íntegro de la deuda (ni la cuota íntegra del cofiador insolvente), pudiendo en tal caso oponerle el cofiador el beneficio de división. De forma que, conciliando ambos apartados del citado artículo 1837 la regla general es la división de la deuda y, ante una reclamación del acreedor de una cuota mayor de la que se ha obligado el cofiador, oponerle el beneficio de división.

Atendiendo a tales consideraciones la actuación del cofiador puede dar lugar a situaciones diversas:

1. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA MANCOMUNADA O SIMPLE

Como señala el mencionado artículo 1837.1, los cofiadores obligados mancomunadamente responden, como regla general, de la parte que les corresponde satisfacer. En este caso, el acreedor no puede reclamar de cada deudor sino la parte a que cada uno se haya obligado¹¹¹. Ante la reclamación de la totalidad de la deuda por el acreedor a uno de los cofiadores mancomunados, este puede oponerle la excepción de *plus petitio*, o el correspondiente beneficio de división.

Ahora bien, los cofiadores mancomunados pueden haberse obligado subsidiariamente con el deudor. Lo cierto es que, cuando un fiador se obliga subsidiariamente con el deudor, el acreedor debe dirigirse para satisfacer su crédito, en primer lugar, frente al deudor principal, y en caso de incumplimiento de este, contra el fiador, pues si se dirige contra este último antes del incumplimiento del deudor, o aun habiendo incumplido, pero, siendo solvente, aquel puede oponerle el beneficio de excusión.

De modo que, en el supuesto de cofianza mancomunada el acreedor debe dirigirse, en primer lugar, contra el deudor principal, y ante el incumplimiento del mismo, podrá dirigirse, contra los cofiadores reclamando a cada uno la parte de deuda que, le corresponda satisfacer; determinado conforme a lo estipulado

en el título constitutivo de la fianza, o en su defecto, por lo previsto en el artículo 1138 del Código que establece la igualdad de partes¹¹².

El cofiador, ante la reclamación del acreedor, puede oponer tanto la acción de relevación o cobertura que concede el artículo 1843 del Código, como las procedentes excepciones según dispone el artículo 1853 del citado cuerpo legal. De la misma forma, podrá oponer el beneficio de excusión que concede a los fiadores el artículo 1830; y el beneficio de división exigiendo para ello que, se divida la reclamación entre los demás garantes¹¹³.

En todo caso, la esencia del beneficio de división consiste en conseguir que el fiador pague solo por la parte por la que previamente se haya obligado y no por la corresponde a los demás cofiadores. De ahí que, lo único que resulta necesario para oponer el beneficio de división, es que el cofiador requerido de pago indique la parte de deuda por la que responde, sin necesidad de indicar las cuotas de los demás cofiadores.

Ahora bien, los cofiadores mancomunados pueden obligarse solidaria o subsidiariamente con el deudor, como analizaremos a continuación.

2. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES MANCOMUNADOS QUE SE HAN OBLIGADO SOLIDARIAMENTE CON EL DEUDOR

En el supuesto de que los cofiadores se hayan obligado de modo solidario con el deudor hay que señalar que, el acreedor puede reclamar indistintamente al deudor principal o a cualquier cofiador el cumplimiento íntegro de la obligación.

En este supuesto, conviene señalar que los cofiadores no pueden ejercitar el beneficio de excusión, por lo que queda por cuestionar si pueden ejercitar la división.

Es obvio que cuando deudor y cofiador se obligan solidariamente, esto supone que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación indistintamente de uno o de otro; en esto, precisamente, consiste la fianza solidaria. Pero no menos cierto es que esta reclamación indistinta del acreedor y la responsabilidad, por ende, que asume el cofiador se han de limitar a la parte asumida por el mismo, y en defecto de pacto, la deuda se considerará dividida en partes iguales, al entrar en juego el criterio del artículo 1138 del Código Civil¹¹⁴.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES MANCOMUNADOS QUE SE HAN OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE CON EL DEUDOR

Ante la reclamación del acreedor, el cofiador podrá oponer el beneficio de exclusión y si se reclama más cantidad de la que le corresponde satisfacer, podrán oponer el beneficio de división, pues, la deuda se presume dividida en tantas partes iguales como cofiadores haya.

4. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA SOLIDARIA

La posibilidad de que los cofiadores se obliguen solidariamente entre ellos se establece en el párrafo 1.º del artículo 1837 del Código Civil, proposición 2.ª, al disponer que *«el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad»*.

Se deduce de este precepto que cabe la cofianza solidaria, pero para que funcione como tal se ha de establecer expresamente, en el sentido ya indicado al hablar de la fianza solidaria¹¹⁵.

Según se desprende del mismo precepto, interpretado *a sensu contrario*, por la cofianza solidaria cada cofiador se compromete a responder de la totalidad de la deuda ante la reclamación del acreedor. Esto significa, al mismo tiempo, que el acreedor puede dirigir su acción contra cualquiera de los cofiadores para exigirles el cumplimiento íntegro de la obligación, ninguno de ellos puede oponer a tal reclamación el beneficio de división¹¹⁶.

Ahora bien, los cofiadores, por otro lado, pueden haberse obligado con el deudor de modo subsidiario o solidario. En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016¹¹⁷ en la cofianza solidaria se exige que firmen todos los fiadores solidarios para su validez.

5. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES SOLIDARIOS QUE SE HAN OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE CON EL DEUDOR

En este supuesto, como se trata de una fianza subsidiaria, el acreedor deberá dirigirse en primer lugar, contra el deudor; de manera que, si reclama el cumplimiento a los cofiadores antes que al deudor principal, el cofiador podrá oponer el beneficio de excusión¹¹⁸, que el artículo 1830 del Código Civil concede a todo fiador subsidiario en tiempo y forma oportuno.

Si la excusión tiene éxito, y el acreedor logra la satisfacción de su crédito, se producirá la extinción de la obligación principal, y con ella la de los cofiadores liberándoles de su responsabilidad (art. 1847 CC).

Si se da el supuesto de no resultar los bienes señalados suficientes para satisfacer la totalidad de la obligación principal, siéndolo solo para la parte del cofiador requerido de pago; la cuestión que se plantea, está en resolver si la reducción parcial de la obligación principal, lograda mediante la ejecución de bienes del deudor, beneficia solo al cofiador que, demandado o requerido de pago, alegó el beneficio o a todos por igual. Indudablemente, esta última será la solución, ya que, se trata de cofianza asumida solidariamente por los cofiadores entre sí.

Si la excusión no tiene éxito, una vez probada la insolvencia del deudor y habiendo agotado cualquier otra vía, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los cofiadores para exigirle el cumplimiento íntegro de la obligación (art. 1837 párrafo 1.º, proposición 2.ª CC)¹¹⁹. En este caso el cofiador no puede oponer el beneficio de división por estar solidariamente obligados los cofiadores entre sí, aunque sí podrá oponer las excepciones que le permite el artículo 1853 del Código, y, antes del pago, si procede, la acción de relevación o cobertura del artículo 1843 del citado cuerpo legal.

De todas formas, el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los fiadores solidarios o contra todos ellos simultáneamente¹²⁰.

6. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES SOLIDARIOS QUE SE HAN OBLIGADO SOLIDARIAMENTE CON EL DEUDOR

En este supuesto, al tratarse de una fianza solidaria, el acreedor puede dirigirse indistintamente contra el deudor o contra cualquiera de los cofiadores para exigirles el cumplimiento de la obligación¹²¹.

Si el acreedor se dirige contra un cofiador, al ser la fianza solidaria, no puede oponerle el beneficio de excusión (art. 1831, número 2.º, en relación con el art. 1837, párrafo 1.º, CC), en cuyo caso debe cumplir íntegramente la obligación, aun cuando el acreedor no la haya reclamado previamente del deudor.

Por otra parte, si el acreedor le reclama dicho cumplimiento al cofiador, este no puede oponerle el beneficio de división, lo que se deduce del párrafo 2.º, del artículo 1837 del Código Civil en relación con el número 2.º, del artículo 1831 del mismo, aunque sí puede oponerle las excepciones que, le concede el artículo 1853 del Código Civil.

De manera que, en este supuesto no existe ni división de la deuda entre los cofiadores ni división de la reclamación del acreedor, que podrá dirigirse contra cualquiera para obtener el cumplimiento íntegro de la misma¹²².

Por tanto, si el acreedor se dirige contra uno de los cofiadores reclamando el cumplimiento de la obligación, este cumple íntegramente la deuda, la obligación principal se extingue, extinguiéndose con ello la obligación accesoria de garantía (art. 1847 CC), quedándose a dicho cofiador las acciones pertinentes para dirigirse contra el deudor o contra los demás cofiadores solidarios.

Sin embargo, si el acreedor reclama el cumplimiento íntegro de la obligación a uno de los cofiadores, y este no cumple, o cumple solo en parte dicha obligación, el acreedor está facultado para dirigirse contra los demás cofiadores o contra el deudor principal para obtener bien el cumplimiento íntegro de la obligación de cualquiera de ellos; o bien si el cofiador a quien reclamó la deuda no la cumplió, la parte de deuda no extinguida por el pago parcial del cofiador; si, precisamente, este se limitó a cumplir de esta manera¹²³.

7. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA EN PARTE MANCOMUNADA Y EN PARTE SOLIDARIA

Si los cofiadores asumen la garantía conjuntamente, pero unos se obligan en forma mancomunada y otros en forma solidaria, estima GUILARTE ZAPATERO acertadamente, que cada grupo de garantes responderá conforme a la naturaleza, mancomunada o solidaria, de la obligación contraída¹²⁴, teniendo en cuenta que puede haberse obligado con el deudor de modo subsidiario o solidario, serán de aplicación a cada caso concreto y a cada grupo de cofiadores las consideraciones que se han manifestado con anterioridad. Postura que compartimos.

Por otra parte, puede también suceder, como bien apunta, de nuevo, el profesor GUILARTE ZAPATERO que los cofiadores se obliguen mancomunadamente o solidariamente entre ellos, pero algunos de modo subsidiario y otros de modo solidario con el deudor; en este caso entiende el autor citado que «la situación de pluralidad de fiadores que se origina no es de cofianza, sino entre aquellos que se encuentren en el mismo plano respecto de la obligación principal»¹²⁵.

8. SUPUESTOS EN QUE NO PROcede EL BENEFICIO DE DIVISIÓN

Como hemos indicado, el beneficio de división no procede en los mismos casos y por las mismas causas que el beneficio de excusión (art. 1837.2 CC). Lo que supone para un sector de la doctrina la atribución de un beneficio, no que la división entre cofiadores opere *ex lege*, ya que el acreedor podrá exigir la deuda en su integridad de cualquiera de los garantes¹²⁶.

Pues bien, con esta forma de operar por parte del legislador, el citado precepto remite al artículo 1831 del mismo Código, donde se establecen los casos en que la excusión no tiene lugar y que son: 1.º) cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella; 2.º) cuando se haya obligado solidariamente con el deudor; 3.º) en el caso de quiebra o concurso del deudor; y 4.º) cuando este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

Brevemente, el beneficio de exclusión es un derecho que se concede *ex lege* al fiador ante la reclamación del cumplimiento de la obligación principal que le haga el acreedor, admitiéndose su renuncia mediante pacto; y, viene reconocido en el artículo 1830 del Código Civil al disponer: «*El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor*», siendo regulado en los artículos siguientes (arts. 1831 a 1833) que integran el capítulo II y en el artículo 1856 del capítulo IV dedicado a la fianza legal y judicial ambos pertenecientes al título XIV, libro IV del Código.

Se puede definir como «la facultad que corresponde al fiador en cuya virtud, producido el incumplimiento de la obligación principal, puede aplazar el cumplimiento de la suya y paralizar la pretensión de cobro del acreedor hasta no haber intentado este, sin éxito, la ejecución forzosa del deudor, observando ciertas exigencias»¹²⁷; o como «el derecho concedido al fiador para eludir el pago, mientras no se acredite la insolvencia total o parcial del deudor»¹²⁸; o, en fin, «la facultad que la ley atribuye al fiador y tiene por objeto enervar o paralizar la pretensión ejecutiva del acreedor dirigida contra él»¹²⁹.

Ahora bien, para que proceda el beneficio de excusión se deben reunir las condiciones que señala el artículo 1832 del Código: 1.º) Que el fiador oponga al acreedor el beneficio de excusión —si es que puede y quiere servirse de él—, luego que aquel le requiera de pago (*elemento temporal*). No siendo necesario que dicho requerimiento se haga judicialmente; 2.º) Que, el fiador le señale bienes del deudor realizables dentro del territorio español y que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda (*elemento objetivo*)¹³⁰. No opera *ipso iure*, sino que debe hacerse valer dicho beneficio por el fiador, tras el requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor. Tampoco la falta de previa excusión de los bienes por el fiador puede ser apreciada de oficio¹³¹. No obstante, la oposición del beneficio de excusión y el señalamiento de bienes del deudor, no impide que se dicte sentencia condenando al fiador a pagar al acreedor; si bien con carácter subsidiario (art. 1834 CC)¹³².

Sobre tales bases, procede señalar que, la doctrina científica no aplica rigurosamente el artículo 1831 a la situación de cofianza, pues estima que los casos en que cesa el beneficio de división son: 1.º) La renuncia del cofiador al mismo; 2.º) Cuando los cofiadores se hayan obligado solidariamente entre sí, pero no con el deudor, como establece el artículo 1831; 3.º) En caso de concurso de alguno de los cofiadores, pero no del deudor, a diferencia de lo establecido en el propio precepto; y 4.º) Cuando alguno de los cofiadores no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino¹³³.

Ante esta interpretación doctrinal, que compartimos. En caso que los cofiadores hayan pactado la solidaridad, cada uno de ellos responderá por el total de la deuda, y el acreedor podrá reclamarles a cada uno, por tanto, el cumplimiento íntegro de la misma (art. 1837.1 CC). En este supuesto, parece que, de modo claro, se produce una exclusión del beneficio de división, al margen de que pueda oponer el beneficio de excusión, si se ha obligado subsidiariamente con el acreedor¹³⁴.

En cuanto al supuesto de renuncia del fiador que contempla el artículo 1831 del Código, parece lógico que *la renuncia de los cofiadores* al beneficio de división,

deje sin efecto al mismo, produciendo la consecuencia que, el acreedor pueda dirigirse a cualquiera de los cofiadores para exigir la totalidad de la deuda¹³⁵. La renuncia ha de ser expresa.

Se plantea la cuestión de si esta renuncia debe ser expresa o tácita. DÍEZ-PICAZO estima que la renuncia al beneficio de división puede ser tácita, de manera 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 una automática división *ex lege* de la obligación de los fiadores, sino un medio de defensa al fiador demandado¹³⁶.

En nuestro parecer, la renuncia a dicho beneficio debe ser expresa, puesto que, por una parte, el legislador establece la división de la deuda y de la acción del acreedor como regla general en todo momento, en virtud de lo establecido en el artículo 1837, párrafo 1.^º del Código, por lo que no cabe suponer o presumir que los cofiadores han renunciado a este derecho si expresamente no lo señalan, y, por otra parte, porque dicho beneficio constituye un derecho que el cofiador tiene frente al acreedor y frente los demás cofiadores que puede alegar en cualquier momento luego que se le requiera de pago por la totalidad de la deuda, por lo que hasta el mismo momento en que se pierda la oportunidad de alegar dicho beneficio, no cabe suponer que los cofiadores han renunciado tácitamente al mismo.

Ahora bien, la renuncia del fiador al beneficio de división no convierte la cofianza en solidaria; pues esta debe pactarse expresamente¹³⁷.

En este contexto, ALVENTOSA DEL RÍO ha planteado la cuestión relativa a lo que sucede cuando se plantea el supuesto que, los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor, pero mancomunadamente entre ellos, pues, al interpretar el precepto en aquel sentido, parece que no se pueda aplicar al supuesto que se acaba de indicar¹³⁸. Al respecto, debemos considerar que, el supuesto descrito, excede un tanto el campo operativo del artículo 1837 en su párrafo segundo, ya que, teóricamente, fianza solidaria (*o solidaridad del fiador o fiadores con el deudor*) y cofianza solidaria (*solidaridad de los fiadores entre sí*), pues, como señala LACRUZ BERDEJO «son conceptos distintos y pueden actuar por separado». De ahí que, precise que «se pueda apreciar en los respectivos casos, solidaridad de los fiadores con el deudor principal, pero no entre sí, por lo que se divide la deuda. Lo que demuestra la existencia en nuestro Derecho de una «solidaridad relativa» en que se distinguen dos grupos o grados de deudores»¹³⁹.

Respecto de los otros dos supuestos mencionados en el artículo 1831 del Código: el caso concurso del deudor, y el caso de que este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, supuestos en los cuales el fiador no puede utilizar el beneficio de excusión. Para un amplio sector de la doctrina científica, la remisión del párrafo 2.^º del artículo 1837 del Código a los casos mencionados en los últimos números del artículo 1831, deben referirse a las situaciones de concurso de los cofiadores, o imposibilidad de demandar judicialmente a alguno de ellos dentro del territorio español; de tal modo que, en estos casos, configurados en la forma descrita, se excluye el ejercicio del beneficio de división por los cofiadores; por lo que, si el acreedor reclama a cualquiera de los cofiadores la totalidad de la deuda, este estará obligado a prestarla íntegramente, sin poder oponer el indicado beneficio por haber sido legalmente excluido. Sin embargo, para ALVENTOSA DEL RÍO entiende no operable la sustitución del término deudor por la de cofiador, de forma que se debe tener en cuenta en estos supuestos, solo la incidencia que supone la quiebra y concurso del deudor o la imposibilidad de demandarlo dentro del Reino¹⁴⁰.

En este contexto, entendemos que el cese de la división se origina por la renuncia a esta, la solidaridad entre los cofiadores, por una parte, y el concurso del cofiador y la imposibilidad de ser demandado judicialmente dentro del Reino a alguno o algunos de ellos, por otra. Esto es, la referencia al artículo 1831 al beneficio de excusión y al deudor principal debe ser, respectivamente, sustituida por beneficio de división y fiador o fiadores. De los cuatro supuestos, es obvio que el primero y el segundo no plantean problemas, pues se trata de la improcedencia de la división por virtud de renuncia del favorecido por ella o por acuerdo de las partes; siendo los otros los que representan una alteración de la responsabilidad de los cofiadores. Así solo la declaración judicial de concurso de algún cofiador (auto de declaración de concurso: artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) —en vigor desde el 1 de septiembre de 2020—) es causa del cese del beneficio de división; o que, no pueda ser el cofiador demandado judicialmente dentro del Reino, esto es que, los tribunales españoles no sean competentes.

En cuanto a las consecuencias del cese de la división de la deuda, en los casos en que proceda, se concretan en que los cofiadores no incursos en alguno de los supuestos del artículo 1831 deberán responder, entre todos, de la cuota de quienes se encuentran en algunas de aquellas situaciones, además, naturalmente, de pagar la propia. Ahora bien, esto no implica la conversión de su obligación de garantía en una obligación solidaria, por lo que, en todo caso, deberá mantenerse siempre la necesidad del acreedor de dividir la deuda entre todos los cofiadores solventes, sin que le resulte factible exigir a uno solo de ellos la totalidad de la obligación fiada bajo pretexto de la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 1831, ni siquiera la cuota íntegra del insolvente o insolventes. En síntesis, si la cofianza se asumió por dos cofiadores y uno está en situación de concurso, o no se le puede demandar dentro del Reino, el otro podrá ser condenado al pago del importe total de la deuda asegurada. Pero si son más de dos los cofiadores, la cuota de los insolventes deberá soportarse en la proporción correspondiente del sistema donde la división juega como un verdadero beneficio. Con más motivo, consideramos que tal interpretación es la procedente en el régimen sancionador por el artículo 1837 del Código Civil.

9. MOMENTO DE EJERCICIO DEL BENEFICIO DE DIVISIÓN

En cuanto al momento en que dicho beneficio debe oponerse, para un sector de la doctrina que hay que aplicar por analogía lo dispuesto por el Código para el beneficio de excusión¹⁴¹. Sin embargo, para GUILLARTE ZAPATERO no existe un específico momento en el que deba el cofiador alegar la división de la deuda, sino que procede de la propia naturaleza de la obligación¹⁴²; para DÍEZ-PICAZO¹⁴³ el beneficio de división constituye, según su naturaleza, una excepción y además una excepción que, puede asimilarse a la de *plus petición*, parece que el fiador deberá oponer el beneficio antes de contestar a la demanda, o bien en la misma contestación de la demanda, pero no, en cambio, en un momento posterior. El efecto de la oposición del beneficio consistirá en limitar la condena del fiador a la parte de la deuda que este es responsable. Por lo que el cofiador puede ejercer el beneficio de división cuando el acreedor le requiera judicial e extrajudicialmente del pago, indicando la parte de la deuda por la que responde, no la parte de los demás cofiadores.

En este contexto, cabe indicar lo siguiente:

1.^{a)} Si el acreedor reclama extrajudicialmente el pago de la deuda, el cofiador debe alegar la excepción u oponer, en su caso, el beneficio de división luego que el acreedor le requiera de pago.

2.^{a)} Si el acreedor reclama judicialmente la totalidad de la deuda al cofiador, este puede oponer la excepción o, en su caso, el beneficio de división durante el periodo del pleito.

3.^{a)} Si el acreedor demanda judicialmente de modo conjunto al deudor y al cofiador, cabe distinguir diversas situaciones según la comparecencia o no de este último. Si comparece el cofiador, deberá alegar la excepción o el beneficio de división durante el periodo expositivo del pleito, para responder tan solo de la parte de deuda en que se haya obligado¹⁴⁴ o en la contestación de la demanda¹⁴⁵. No obstante, si el acreedor reclamase la totalidad de la deuda judicialmente solo al cofiador, o conjuntamente al deudor y al cofiador, este último podría, o bien oponer únicamente el beneficio de excusión, o bien oponerlo junto con el de división. Si el beneficio de excusión tiene éxito, liberará al cofiador de su obligación y en su caso a los demás cofiadores, si la excusión de bienes satisface la totalidad del crédito (art. 1847 CC), o si el acreedor opera de forma negligente en la excusión y no ejecuta los bienes señalados, suficientes para satisfacer el crédito, permitiendo la insolvenza del deudor (art. 1833 CC). Ahora bien, si no tiene éxito, y no se ha opuesto el beneficio de división durante el periodo expositivo del pleito, responde de la totalidad de la deuda, aunque después puede dirigir contra los demás cofiadores la acción de regreso por la vía del artículo 1844 del Código Civil. En todo caso, si el señalamiento de bienes del deudor realizado por el cofiador requerido de pago, resultan insuficientes para satisfacer la totalidad de la deuda, siéndolo únicamente para la parte del cofiador que la ejercitó, parece que, la excusión solo le beneficiaría a él¹⁴⁶.

Por otra parte, si el cofiador no comparece y recae sentencia contra el deudor y contra él, el cofiador, como deudor subsidiario que es, deberá responder en caso que el deudor resulte insolvente o que sus bienes no sean suficientes para cubrir el importe íntegro de la deuda, pudiendo reclamar posteriormente de los demás cofiadores la parte proporcional que corresponda a cada uno de ellos (art. 1844 CC). Si bien, todo ello condicionado a que haya respondido de la totalidad o parte de la deuda.

No obstante, las situaciones descritas, hay también que tener en cuenta que la obligación asumida por los cofiadores se produce, por regla general, en el plano de la subsidiariedad; por lo cual conviene advertir que, además de este beneficio, el cofiador puede oponer el beneficio de excusión al mismo tiempo, si le demanda judicialmente por el acreedor. Si bien, nada impide que ambos beneficios se aleguen en momentos diferentes, especialmente, cuando el cofiador es reclamado para el cumplimiento de la obligación extrajudicialmente.

En fin, estando ausente la solidaridad, el acreedor puede demandar a todos o algunos de los cofiadores (*litisconsorcio voluntario pasivo*), solo por su parte en la obligación, aunque lo más lógico es que se produzca la demanda conjunta¹⁴⁷.

10. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN Y LA FIANZA JUDICIAL

El artículo 1856 del Código Civil establece que «*el fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal. El subfiador, en el mismo, caso no*

puede pedir ni la del deudor ni la del fiador». En este precepto se alude al beneficio de excusión, no al beneficio de división. Por lo que cabe plantearse, si el cofiador judicial puede oponerlo. No obstante posiciones en contrario¹⁴⁸, entendemos que, en la fianza judicial el cofiador no está privado de oponer el beneficio de división o de los efectos de esta, pues, la ley no niega expresamente este beneficio, pues, la remisión del artículo 1837.2 al artículo 1831 ambos del Código Civil respecto a que la división cesa en los mismos casos que la excusión, no supone privar del ejercicio del beneficio de división, además de una falta de mención expresa en el artículo 1856 del citado texto legal. En este sentido, señala GUILARTE ZAPATERO que «tiene una mayor trascendencia y significación la ausencia de una referencia específica a la cesación del beneficio de división, contrariamente a lo que ocurre con la excusión, en el artículo 1856, que la implícita alusión que pudiera considerar existente en el apartado 2.º del artículo 1837 del Código Civil, que al citado de la fianza judicial. Creo que la norma remite exclusivamente al artículo 1831, entre otras razones, por la colocación de los distintos preceptos implicados»¹⁴⁹.

V. PAGO O CUMPLIMIENTO POR UN COFIADOR: EFECTOS ENTRE COFIADORES. DERECHO DE REINTEGRO

El pago o cumplimiento de la obligación principal supone la actuación del contenido de la obligación a través de la realización por el deudor de la prestación que constituye su objeto, produciendo, así, un triple efecto y función: satisfacción del acreedor, liberación del deudor y extinción de la obligación. De forma que, para que el cumplimiento (como modo de extinción) libere al deudor de su obligación es preciso, que este sea exacto, es decir, que se ajuste de forma absoluta a la prestación pactada y con su realización, satisfaga el interés del acreedor. En el supuesto que, la prestación llevada a cabo por el deudor, no se adecue a las previsiones establecidas por las partes, el obligado no habrá cumplido¹⁵⁰ y, en consecuencia, no se verá liberado de su obligación mediante *«el cumplimiento»*. Por otro lado, se debe tener en cuenta que el Código Civil ordena al deudor un particular deber de diligencia (v.gr., art. 1094 CC que concreta el grado de diligencia prestable), y sanciona, igualmente, su negligencia.

De forma que, para que exista cumplimiento, como medio de extinción de la obligación y liberación del deudor, es necesaria la plena satisfacción del derecho de crédito del acreedor y, por este motivo, cuando se contempla la figura del pago como modo de extinción de las obligaciones, es importante tener siempre presente la posibilidad admitida jurídicamente de la ejecución forzosa de los bienes del deudor principal, del pago por consignación, del que se realiza mediante cesión de bienes, y el pago por tercero, este último, como bien sabemos, representa otro sujeto legitimado para el pago¹⁵¹.

En todo caso, este modo normal y propio de extinción de la obligación principal, hace perder a la fianza su razón del ser, dada la accesoriaidad auxiliar y funcional que la caracteriza. Lo que conlleva también su necesaria extinción. Si bien, ha de subrayarse que nos estamos refiriendo aquí al supuesto en que el acto debido se realiza por el deudor o por un tercero que, no queda subrogado legal o convencionalmente; ya que si queda subrogado, aun cuando se produzca la satisfacción del interés del acreedor primitivo, el deudor no se libera, y, por ende, el fiador, sino que permanece obligado frente al nuevo acreedor que con-

serva también las garantías en los términos que el propio Código Civil establece (art. 1210.3.º CC).

Por otra parte, con respecto al cumplimiento de la *relación obligatoria accesoria* que representa la fianza: debemos decir que el cumplimiento por el fiador —cofiador o subfiador— representa la primera y la más normal causa de extinción de su obligación. Supone la realización de la prestación a la que se ha obligado con el acreedor, y cuyo contenido (cuantía, modalidades y tiempos pactados) puede ser igual o inferior que el que corresponde a la obligación principal (art. 1826 CC). En todo caso, habrá de cumplimentarse los requisitos objetivos generales a todo pago: el de la identidad (arts. 1157 y 1166); integridad (art. 1157); e indivisibilidad (art. 1169)¹⁵².

Ahora bien, sobrevenido el incumplimiento de la obligación principal y el cumplimiento por el fiador de su obligación de garantía, satisfacción con ello el interés perseguido por el acreedor en la obligación principal, obligación que no se extingue por dicho pago, aunque suponga la liberación del deudor frente a su primitivo acreedor. Dicho pago provoca la extinción de la obligación propia del fiador y la liberación del deudor frente al acreedor, pero no la extinción de la obligación principal; pues, permanece viva y, el deudor principal deberá cumplir con el fiador por vía de regreso (a modo de reembolso) mediante indemnización que comprende, además de la cantidad total de la deuda pagada, los intereses legales, los gastos ocasionados y los daños y perjuicios (arts. 1838 CC), o mediante la subrogación (art. 1839 CC)¹⁵³.

Asimismo, el pago de la totalidad de la deuda por un cofiador (esté o no obligado solidariamente con el deudor principal o con los demás fiadores) determina la posibilidad de un derecho de reintegro con cada uno de los otros cofiadores en la parte que proporcionalmente les corresponde (art. 1844 CC). A ambos efectos del pago nos vamos a referir a continuación; si bien, incidiendo a los efectos que a nosotros interesa más, esto es, en el derecho de reintegro entre cofiadores.

1. EFECTOS ENTRE DEUDOR PRINCIPAL Y FIADOR/COFIADORES

El artículo 1838 del Código Civil otorga al fiador que ha realizado el pago un derecho de reembolso —reintegro o indemnización—. Esta indemnización exigible por el fiador al deudor comprende: 1. El importe de la totalidad de la deuda que hubiera pagado (art. 1839.2 CC). Podrá ser inferior a la cuantía de la obligación afianzada y comprende los intereses convencionales pactados; 2. Los intereses legales desde que se ha hecho saber, esto es, notificado al deudor el pago realizado, aunque no los produjere para el acreedor. Desde tal momento el deudor está en mora, por lo que debe abonar los intereses por tal concepto¹⁵⁴; 3. Los gastos que se hubieran ocasionado al deudor a partir que puso en conocimiento del deudor que había sido requerido para el pago; 4. Los daños y perjuicios, si procediesen (causados al fiador)¹⁵⁵.

En cuanto al abono de los gastos, el artículo 1838 exige que el fiador ponga «en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago». No obstante, el Tribunal Supremo considera que es suficiente con que el deudor tenga conocimiento de la reclamación hecha al acreedor, siendo indiferente a tal fin que se lo haya comunicado o no¹⁵⁶. De todas formas, precisa el artículo 1838 *in fine* que «*la disposición de este artículo tiene lugar, aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor*». Si se ha dado contra su expresa voluntad; por ende, únicamente se reconocerá el derecho a interponer una acción de repetición por la cantidad que

haya resultado útil al deudor¹⁵⁷. En fin, si el pago del fiador fuera parcial, se habrá de aplicar lo dispuesto en el artículo 1213 del Código Civil¹⁵⁸.

Por su parte, la subrogación atribuye al fiador subrogado de manera automática el mismo derecho que tenía el acreedor pagado, con sus garantías, privilegios y preferencias¹⁵⁹. En consecuencia, el artículo 1839 párrafo primero del Código Civil permite que el fiador pase a ocupar la posición jurídica que tenía el acreedor frente al deudor, transfiriendo al garante «el crédito con los derechos a él anexos (art. 1212 del citado cuerpo legal). Constituye, para la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, una singularización o especificación para el caso de fianza, una subespecie, de lo previsto con carácter general en el artículo 1210.3 del Código Civil, en la medida que el pago hecho al fiador es sin duda un pago hecho por «persona interesada» en la obligación. Asimismo, se trata de un supuesto de novación subjetiva del crédito (art. 1203.3 CC)¹⁶⁰. La subrogación, por tanto, no es más que la mera sustitución de la persona del acreedor inicial por el fiador subrogado, que sustituye a aquél como sucesor, sin que, a estos efectos, se pueda hablar de nacimiento de un derecho, como ocurre en el caso del derecho a ser indemnizado del artículo 1838 del Código Civil¹⁶¹. Los efectos de la subrogación, en todo caso, «se generan desde el mismo momento en que se contrajo la deuda principal y no desde el momento del pago»¹⁶².

Ahora bien, para una parte de la doctrina los artículos 1838 y 1839 no establecen una doble vía a favor del fiador que ha realizado el pago, pues, se entiende que la subrogación se concede al fiador «como cauce para hacer efectivos el derecho de regreso»¹⁶³. Si bien, esta última acción es propia de la fianza. No obstante, la doctrina mayoritaria mantiene la dualidad de acciones¹⁶⁴. Además, se entiende que, el Código Civil no establece tampoco «un orden de preferencia para el ejercicio de las acciones, ni si el fiador tiene que elegir entre una u otra». Si bien, «la subrogación *ex lege* en los derechos del acreedor puede ser insuficiente y habrá de ejercitarse la acción del artículo 1838»¹⁶⁵.

Por otra parte, lo previsto en los preceptos mencionados se competa con los previstos en los artículos 1840, 1841 y 1842 del mencionado Código Civil. Así: 1. Si el fiador comunica al deudor su pretensión del pago del crédito, este deberá poner en conocimiento de aquellas excepciones que pueden ser opuestas por la vía del artículo 1853 del Código Civil. De no poner en conocimiento del deudor la intención de pagar, este podrá oponer al fiador todas las excepciones que este no ha podido oponer al acreedor por desconocimiento (art. 1840)¹⁶⁶; 2. Si la deuda es a plazo y el fiador paga antes de su vencimiento, no podrá el fiador exigir el reembolso al deudor hasta que el plazo venza (art. 1841). Esto es hasta que la deuda sea líquida y exigible¹⁶⁷; y, 3. La exigencia de notificación por el fiador al deudor del pago realizado para evitar el doble pago, pues, si el fiador realiza el pago sin comunicarlo al deudor y este lo repite, nada podrá exigir el garante al deudor. Ante la existencia de un doble pago, al fiador solo le queda reclamar contra el acreedor el doble cobro del crédito (art. 1842) —evitar enriquecimiento injusto—. Se exige, pues, un doble pago: el hecho por el fiador sin ponerlo en conocimiento del deudor; y el realizado por el deudor ignorando el pago hecho por el fiador¹⁶⁸.

Ahora bien, en caso de garantías (fideusoria e hipotecaria) concurrentes, si el fiador paga la deuda queda facultado para subrogarse e ingresar en la posición del acreedor y puede aprovecharse de la garantía hipotecaria. Pero si quien paga es el constituyente de la hipoteca (o un tercer poseedor que al adquirir la finca queda gravado por dicha carga), igualmente, podrá subrogarse en la posición del acreedor inicial (art. 1201.3 CC), invocando a su favor el artículo 1212 del Cód-

go Civil. No obstante, si este derecho de subrogación es alterado, perjudicado o perturbado por la actuación propia del acreedor, es este quien debe soportar las consecuencias y no el fiador. La lesión del derecho del fiador a la subrogación provoca una alteración en las condiciones de actuación de la obligación garantizada, a la que es ajeno el fiador y que no puede perjudicarle. De ello se deriva una carga que incumbe al acreedor de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de efectos, esto es, con la extensión de todas las garantías y privilegios del crédito. Este es el deber cuyo cumplimiento se tutela por la norma contenida en el artículo 1852 del Código Civil que constituye una suerte de sanción al incumplimiento de tal carga. Por tanto, sobre el acreedor pesa una caga, un deber jurídico de diligencia. Por ello, se afirma en la doctrina y jurisprudencia que, de la imposibilidad o del obstáculo en la subrogación debe responder en sentido propio, una conducta positiva o una mera omisión del acreedor que, le resulte imputable. Sobre tales bases, el efecto liberatorio previsto en el citado artículo 1852 requiere determinar los siguientes extremos: 1. Los hechos o actos del acreedor que tienen entidad y virtualidad para provocar la extinción de la fianza; 2. Los derechos y garantías sobre los que se proyecta el deber de conservación; 3. El nexo causal entre la conducta del acreedor y la imposibilidad de subrogación; y, 4. La existencia de un perjuicio para el fiador. Asimismo, como señala la jurisprudencia que ha tratado el artículo 1852 que, hay que diferenciar dos aspectos: 1. Por un lado, la fijación de la doctrina sobre los rasgos generales de los presupuestos del supuesto de hecho a que se refiere la norma; y 2. Por otro lado, el análisis casuístico de los distintos supuestos de hecho planteados y su encaje o no en el perímetro del «hecho del acreedor» que imposibilita la subrogación y con el que se genera un perjuicio al fiador que se compensa con su liberación de la fianza. De entre los precedentes que conforman el *corpus doctrinal* de la actual jurisprudencia sobre la materia, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2002¹⁶⁹ lleva a cabo un exhaustivo análisis jurisprudencial, relacionando y sintetizando el sentido de varias resoluciones: «La Sentencia de 9 de julio de 1908 aprecia la extinción de la fianza porque el acreedor consiente la pérdida de la garantía sin intervención del fiador y sin utilidad alguna para el crédito afianzado; la Sentencia de 20 de noviembre de 1910 se refiere a la exigencia de hechos propios del acreedor; la de 22 de noviembre de 2016 no libera al fiador por haber omitido los oportunos protestos de unos pagarés, por las razones que expresa; la de 31 de marzo de 1927 hace referencia a la necesidad de un hecho personal y directo del acreedor que haga imposible que los fiadores puedan utilizar sus derechos y considera privilegio el reparto de géneros que hicieron los acreedores del deudor en situación concursal; la de 7 de octubre de 1933 condiciona la liberación a que exista actividad, acción, hechos del acreedor, no bastando cualquier falta de diligencia o actividad; la Sentencia de 7 de octubre de 1942 resuelve un caso de cooperación activa del acreedor (prestamista y gerente de la sociedad prestataria) en la producción, indebida de la situación de insolvencia de la entidad deudora; en Sentencia de 9 de octubre de 1962 no consta la existencia de una actividad real de la parte demandada susceptible de impedir la subrogación; la de 10 de junio de 1966 libera porque el primitivo acreedor al transmitir el crédito sin guardar las solemnidades de la cesión ocasionó que desapareciera la garantía prendaria; en la de 1 de marzo de 1983 se insiste en la exigencia de actividad, acción, hechos y que no es suficiente cualquier falta de diligencia y se aprecia pasividad del fiador por no exigir del acreedor que ejercitara la reserva de dominio que significa una garantía; la de 28 de febrero de 1985 estima (a efecto meramente dialécticos)

que la simple pérdida de un puesto en el rango hipotecario no puede asimilarse a la imposibilidad de subrogarse en los derechos y añade que «(...) ni como cuestión de hecho está acreditado que los fiadores se hayan visto privados de su derecho a resarcirse en los bienes del deudor principal»; la de 1 de julio de 1988 aprecia la liberación del fiador por haber hecho dejación el acreedor del ejercicio del derecho de abstención en suspensión de pagos que da lugar a la conversión en común de un crédito privilegiado; al de 30 de diciembre de 1988 no hace referencia al tema, pero en la sustancia se aplicó el artículo 1852 a la cancelación de embargo permanece íntegro el crédito; las Sentencias de 27 de octubre de 1993 y de 29 de noviembre de 1997 declaran que no libera al fiador el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizada el crédito para el cobro de este, puntuizando siempre la primera que no se infringe el artículo 1852 aunque no se comunique al fiador la ejecución hipotecaria; la Sentencia de 21 de febrero de 1997¹⁷⁰ libera al fiador porque el acreedor aplicó la garantía prendaria a un crédito distinto del que también era objeto de fianza; y, la de 25 de octubre de 1997 también declara extinguida la fianza porque el prestamista hizo efectivo el préstamo a quién ni estaba autorizado al cobro». Tras destacar los citados precedentes jurisprudenciales esta misma Sentencia de 8 de mayo de 2002 fija la siguiente doctrina general: «El artículo 1852 del Código Civil se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad actual causal para impedir a la subrogación —imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad— en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito¹⁷¹. Ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni corresponde al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor. Por otra parte, la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su derecho de crédito o cobra parte del mismo. Esta doctrina no ha sido contradicha por la conducta de la entidad acreedora, pues, no consta que haya empeorado por hecho propio innecesariamente la condición del deudor, ni actuando irrazonablemente en su perjuicio, sino que observó una conducta normal encaminada al cobro del crédito (...).» Esta doctrina se reitera en las Sentencias de 3 de febrero de 2009¹⁷² y de 21 de julio y 15 de noviembre de 2011¹⁷³. En esta última, se insiste en que la norma «da lugar a una carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos» y concluye que «es una sanción por incumplimiento de dicha carga». Además de esta doctrina general, cabe también señalar como jurisprudencia reiterada la de que «no libera al deudor el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizaba el crédito para el cobro de este (Sentencias de 27 de octubre de 1993; de 29 de noviembre de 1997 y, 7 de noviembre de 2013¹⁷⁴). O como indicia la citada Sentencia de 8 de mayo de 2002 «la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su derecho de crédito cobra parte del mismo». En una posterior Sentencia de 4 de diciembre de 2008 se pone el acento en el requisito del perjuicio sufrido por el fiador «de los distintos supuestos estudiados en la citada sentencia, debe llegar se la conclusión que esta Sala ha centrado el concepto «hecho del acreedor» que no permita al fiador quedar subrogado en las garantías. Según esta jurisprudencia, el artículo 1852 se refiere a los perjuicios que el acreedor puede producir con el cambio de las condiciones de la obligación garantizada por medio de una actuación o una abstención que, produzca un perjuicio al fiador de modo que, la Sentencia de 8 de mayo de 2002

dice que este artículo trata de evitar que por cualquier medio como puede ser un acuerdo entre acreedor y deudor, se perjudique al fiador y acabe pagando la deuda ajena, hay, en consecuencia, una carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos y la norma del artículo 1852 del Código Civil es una sanción por el incumplimiento de ducha carga».

En fin, a todo lo anterior la Sentencia de 12 de noviembre de 2020¹⁷⁵ fija como elementos delimitadores del supuesto de hecho de la norma que «1. Debe existir una relación de causalidad (relación de causa/efecto) o conexión directa entre la conducta del acreedor y pérdida del derecho o garantía que impida la subrogación; 2. Esta conducta no precisa estar connotada por una idea de ilicitud o culpabilidad, lo que se precisa es que tenga carácter voluntario y sea determinante del efecto impeditivo citado (ejemplo paradigmático sería que el fiador garantice una deuda previamente asegurada con hipoteca y con posterioridad a su constitución el acreedor consiente al cancelación de la hipoteca antes del pago de la deuda sin contraprestación); 3. El efecto liberatorio derivado de la pérdida de la posibilidad de subrogación queda enervado en caso que respecto del hecho causante de esa pérdida haya mediado el consentimiento o intervención del fiador; este debe ser ajeno al hecho causante; y 4. Tampoco cabe estimar la extinción de la fianza si la perdida de la garantía es consecuencia de una disposición legal (como en el caso de la extinción de garantía o efecto de su activación o ejercicio en un procedimiento de ejecución para obtener con el precio de rematar o su adjudicación el pago de la deuda o su purga como consecuencia de la ejecución de una hipoteca de mejor rango (art. 692.3 de la LEC)».

En consecuencia, hecho obstativo del acreedor puede ser un comportamiento activo o una omisión; y puede ser una actividad voluntaria, dolosa o negligente. Aplicándose este artículo 1852 tanto a la fianza simple o subsidiaria como a la solidaria¹⁷⁶. De todas formas, como precisa acertadamente, RUEDA ESTEBÁN «la imposición al acreedor de observar una conducta que no impida la subrogación del fiador en los derechos, privilegios e hipotecas, tiene la naturaleza de una carga, entendida esta como deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia»¹⁷⁷.

2. EFECTOS ENTRE COFIADORES: DERECHO DE REINTEGRO O RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

En el caso de pluralidad de fiadores (cofianza) ante el cumplimiento por cualquiera de los cofiadores, cada cofiador puede proceder, en el ámbito de sus relaciones internas contra los restantes cofiadores, exigiéndoles la parte proporcional de la cantidad pagada que les correspondería abonar (art. 1844 CC)¹⁷⁸; o actuar contra el deudor ejercitando la acción de reembolso por la parte que haya pagado¹⁷⁹. En las relaciones externas podrá ejercitar las acciones de subrogación contra el deudor y los demás cofiadores solidarios (art. 1145 CC) o reembolso frente al deudor principal. Además, pagada la deuda por el cofiador, podrá ejercer acumuladamente la acción de reembolso contra el deudor y la acción de regreso contra los demás cofiadores¹⁸⁰. Como fundamento del regreso se destaca por RUEDA ESTEBÁN está en «la relación que subyace a la asunción de la cogarantía. La causa del negocio que origina en sí misma la razón de repartir internamente la obligación»¹⁸¹.

CASTILLA BAREA establece como presupuestos del derecho de regreso del cofiador *solvens* los siguientes: «a) Que exista una pluralidad de garantes; b) Que el *solvens* haya efectuado el pago de lo debido en virtud de la misma; c) Que dicho pago haya tenido lugar mediando reclamación del acreedor o estando el

deudor principal en estado de concurso o quiebra»¹⁸². Al respecto se considera suficiente el mero requerimiento de pago (judicial o extrajudicial) realizado a cada uno de los cofiadores¹⁸³; o por la reclamación judicial del acreedor por la vía del ejercicio de la acción real hipotecaria¹⁸⁴; o en virtud de demanda judicial¹⁸⁵; y no procede en caso de anticipación del pago de la deuda¹⁸⁶. No obstante, en caso de solidaridad entre el deudor principal y los fiadores, la acción de regreso del cofiador que pagó, no exige que, previamente se haya demandado al deudor¹⁸⁷.

Por otra parte, pese a la doctrina mayoritaria avalada por la jurisprudencia, se inclinan por aplicar el citado artículo 1844 a los supuestos de cofianza mancomunidad, remitiendo la cofianza solidaria a la regulación que el Código Civil dedica a las obligaciones solidarias¹⁸⁸; otros, sin embargo, entienden que atendiendo a la redacción del precepto, en concreto a su párrafo 2.º que establece que la insolvencia de uno de los cofiadores repercute en los restantes, supone que su ámbito objetivo de aplicación se circunscribe a la cofianza solidaria, ya que si se pacta expresamente una cofianza parcial, el régimen aplicable será el del artículo 1138 del Código Civil¹⁸⁹. Ciertamente, a nuestro entender, se parte de la presunción de mancomunidad también en la cofianza; de forma que, el señalado precepto se aplica a este tipo de cofianza con la regla específica de asunción de la insolvencia de uno de los cofiadores por todos los demás que, se consolida, asimismo, ante la reclamación del cofiador *solvens*. Por tanto, también en el derecho de reintegro o reclamación de cantidad debe estimarse la aplicación del artículo 1844.3 del Código Civil frente a lo dispuesto en el artículo 1145 del Código Civil¹⁹⁰. Por otra parte, en el caso que el cofiador, sin estar obligado a ello, cumple íntegramente la obligación fideiusoria, su derecho de regreso frente a los demás deberá operar sobre la base no del artículo 1844.1, sino de los artículos 1158 y 1159 del Código Civil reguladores del pago por tercero y además, no resultado de aplicación lo previsto en el párrafo segundo del citado artículo 1844 respecto de la insolvencia de uno de los cofiadores.

En todo caso, como presupuesto para el ejercicio de la acción de regreso entre cofiadores se exige el artículo 1844 en su apartado 3 que, el cofiador haya hecho el pago en virtud de una demanda judicial interpuesta por el acreedor o que el deudor se encontrarse en situación de concurso. Ahora bien, pese a la limitación a los supuestos indicados para que opere el ejercicio de la acción tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han optado por una interpretación amplia de tales presupuestos en la línea de lo previsto en el artículo 1210 párrafo tercero del Código Civil en la relación al sujeto interesado en el cumplimiento de la obligación¹⁹¹, esto es, por una mitigación jurisprudencial de los requisitos contenido en el citado artículo 1844.3¹⁹². Así destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1988¹⁹³ la razón de ser de este precepto se justifica en el hecho de evitar los pagos por la mera voluntad de uno de los cofiadores o por la conducta infundada unilateral, caprichosa o incluso maliciosa del fiador que paga ha sido objeto de una interpretación; considerándose procedente el pago efectuado por cualquier de los cofiadores si resulta beneficioso para todos los demás fiadores, aun sin reclamación judicial previa¹⁹⁴; o en situaciones de insolvencia conocida o notoria, aun no declarado el concurso de acreedores (antes la suspensión o la quiebra)¹⁹⁵. En este contexto, se entiende, asimismo, que la renuncia unilateral por un cofiador, aceptada tácitamente por el acreedor, no extingue su obligación respecto al cofiador que pagó totalmente en virtud de demanda judicial¹⁹⁶.

Se puede reclamar por el cofiador que pago toda la deuda a los demás cofiadores por la cantidad o parte proporcional que, les corresponda¹⁹⁷; no obstante,

partiendo del hecho de la mancomunidad, el cofiador que ha pagado su parte puede ejercitar esta acción de regreso, sin que se tenga que esperar al pago total de la misma¹⁹⁸.

En fin, esta acción de regreso opera de forma independiente a la que corresponde al fiador frente al deudor (arts. 1838 y 1839). Por lo que pueden plantearse de forma alternativa o cumulativa y dirigirse en este último caso simultáneamente contra el deudor y los demás cofiadores. En ningún caso, se puede entender que el derecho de regreso opera de forma subsidiaria respecto de la reclamación previa al deudor principal, por lo que resulta innecesario que, se demande primero al deudor principal para poder luego proceder a reclamar a cada uno de los cofiadores la parte correspondiente que garantiza de la deuda principal¹⁹⁹.

Ahora bien, frente a la acción de reembolso contra los demás cofiadores, estos podrán oponer al actor (cofiador) las mismas excepciones que podrían corresponder al deudor principal frente al acreedor, excepto las puramente personales (art. 1845 CC). Como precisa RUEDA ESTEBÁN «no hace sino reiterar la solución que propone el artículo 1840 del Código Civil»²⁰⁰. Para REYES LÓPEZ este precepto «tiene el mismo contenido que el artículo 1853 del Código Civil al conceder a los restantes cofiadores frente al cofiador que pagó, las facultades de oponer las mismas excepciones correspondientes a la deuda que el deudor hubiera podido alegar frente al acreedor, pero no las personales del deudor»²⁰¹.

En este contexto, nos parece oportuno hacer referencia, por un lado, a la acción de reintegro entre los cofiadores ante la existencia de un dolo omisivo; un engaño doloso provocado por la sociedad cofiadora actora y conocido por la prestataria; y, por otro, a la acción de nulidad por error vicio del consentimiento alegado por los fiadores solidarios de un préstamo hipotecario y la ausencia o no del requisito de la esencialidad en el error.

Con respecto al primer supuesto expuesto, el objeto de la controversia se circunscribe a dilucidar si, como afirma el recurrente y sostuvo la sentencia de primera instancia, el consentimiento contractual prestado por aquel en el momento de la firma del aval solidario de la operación de préstamo participativo concedido por «Benitos Sistema de Carpintería S.A.», —prestado por Ibersa perteneciente al grupo de empresas de los socios Sres. César y por D. Arcadio— adoleció de un vicio consistente en dolo omisivo, determinante de la nulidad del contrato de fianza en los términos del artículo 1265 del Código Civil y por tanto, no procede la acción de reintegro de Ibersa contra el Sr. Arcadio por el pago realizado por aquella ante el incumplimiento por parte de Benitos Sistemas de Carpintería S.A.». Para la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2021²⁰² procede, en primer lugar, la distinción entre los vínculos obligacionales que ligan, por un lado, al deudor principal con el acreedor, el que se establece entre este y el fiador; y, por otro y propio de la relación jurídica subyacente entre cofiadores. Lo que permite analizar separadamente la validez de sus declaraciones de voluntad desde el punto de vista de la posible concurrencia o no de alguno de los vicios del consentimiento que pudieran adolecer. Desde este punto de vista, debe examinarse separadamente el requisito de la «ajeneidad» de la conducta dolosa respecto las tres relaciones jurídicas conectadas en el préstamo afianzado: 1. La relación entre cada uno de los fiadores y la sociedad prestataria; 2. La relación interna entre los cofiadores; y 3. La relación entre cada uno de los fiadores y la sociedad prestamista.

En esta diferenciación entre esos distintos vínculos obligacionales determina que el efecto invalidante del dolo como vicio del consentimiento, se produce dentro del ámbito de las relaciones obligacionales trazadas entre el contratante del

que procede el dolo (en sentido activo o pasivo) y el contratante que lo padece, pues, a diferencia de lo que sucede en otros vicios del consentimiento, el dolo debe proceder de «uno de los contratantes» para provocar un efecto anulatorio del contrato (arts. 1269 y 1270 CC).

Respecto del dolo como vicio de la voluntad consta de dos elementos: a) Una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) Que sea grave, es decir, que sea la causa determinante del contrato en el que concurre. Y viene exigiendo para apreciar su existencia como tal vicio del consentimiento los siguientes requisitos: 1. Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; 2. La voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; 3. Esta conducta debe ser determinante de la declaración; 4. El carácter grave de la conducta insidiosa; y, 5. El engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 y 12 de junio de 2003²⁰³; de 29 de octubre de 2013²⁰⁴; de 1 de marzo de 2017²⁰⁵; y, de 2 de marzo de 2020²⁰⁶). El concepto central del artículo 1269 del Código Civil es el de una «estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2000²⁰⁷). El concepto de «maquinaciones insidiosas» ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de comprender todas aquellas actuaciones de uno de los contratantes dirigida a obtener el consentimiento por parte del otro que, sin ellas, no se habría prestado (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2011²⁰⁸). Por lo que, en sentido amplio, el dolo comprende «no solo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe (dolo negativo u omisivo). Esta modalidad de dolo negativo implica el comportamiento desleal de ocultar intencionadamente información relevante y decisiva y obtener de esta forma el consentimiento del contratante que padece el vicio²⁰⁹.

Por otra parte, el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1961²¹⁰), pues ni se presume²¹¹, ni bastan el efecto de meras conjeturas²¹².

Aplicada esta doctrina del dolo al caso, hay que partir que la manipulación se instrumentó a través de la actuación de uno de los contratantes (la sociedad prestataria) y era conocida por otro de los contratantes (la sociedad cofiadora), de donde se deriva que las actuaciones dolosas no son imputables a «terceros», sino a «partes contratantes» en el ámbito de las concretas relaciones jurídicas existentes entre el Sr. Arcadio como cofiador y las citadas sociedades (prestataria y cofiadora). Por el contrario, no puede afirmarse lo mismo respecto de la concurrencia de ese requisito en las relaciones nacidas del contrato de fianza entre el Sr. Arcadio, como cofiador y el acreedor de la prestación fideiusoria (la sociedad prestamista). Esta sociedad ha sido ajena a la conducta dolosa sufrida por aquél, es por ello un tercero ajeno a su causación. Como afirma de forma mayoritaria la doctrina, para que el engaño por persona distinta del destinatario de la declaración no tenga que valorarse como el engaño de un tercero, a estos efectos, es necesario que la persona de quien procede el engaño esté en el ne-

gocio del lado del destinatario de la declaración. Cosa que no puede predicarse del deudor principal respecto del acreedor (destinatario de la declaración de voluntad del fiador) que son respetiva y antitéticamente sujeto activo y pasivo de la obligación garantizada.

En este sentido, en la relación obligacional que vincula al Sr. Arcadio con la entidad prestamista, no cabe imputar dolo «a un contratante». Todo ello le lleva a la Sala de lo Civil, a concluir con respecto a las consecuencias de la existencia de dolo omisivo en las relaciones entre la prestamista y la cofiadora que padeció el dolo y entre las cofiadoras, que el contrato de fianza, del que deriva un derecho de garantía a favor de la sociedad prestamista, no es anulable por razón del engaño doloso provocado por la sociedad cofiadora y conocido por la prestataria. Esta conclusión comporta que el pronunciamiento de la Audiencia de desestimar la pretensión de la demanda reconvencial, en la que se pedía una declaración de nulidad del contrato de fianza, debe ser confirmado. Por el contrario, el pronunciamiento de la Audiencia al estimar la demanda de la cofiadora Ibersa y condenar al Sr. Arcadio al pago de las cantidades reclamadas por el ejercicio de la acción de regreso de los artículos 1145 y 1844 del Código Civil en virtud del pago hecho al acreedor (o los que se hagan en el futuro con arreglo al acuerdo de refinanciación) debe ser revocado, según se desprende de lo antes razonado, en la medida en que se ha concluido que la reticencia dolosa era predictable de la sociedad prestataria y fue conocida por la cofiadora recurrente.

De forma que, no procede el derecho de reintegro entre cofiadores ante el dolo omisivo, esto es, el engaño doloso provocado por la sociedad cofiadora actora (Ibersa) y conocido por la sociedad prestataria. Ciertamente, la situación económica y financiera real de la sociedad «Benitos Sistemas» era conocida por los Sres. César Conrado y por las sociedades por ellos controladas (Ibersa) y desconocida por el Sr. Arcadio (recurrente), lo que presenta la relevancia y gravedad exigible (art. 1270 CC) para determinar la apreciación del dolo en su modalidad de causante; porque resulta razonable que de haber conocido el Sr. Arcadio la real situación económica y financiera existente al tiempo de perfeccionarse el vínculo contractual (préstamo y fianza), el recurrente (Sr. Arcadio) no habría afianzado el préstamo. Si bien, la sociedad prestataria, aun concedora de la situación, resulta ajena a la conducta sufrida por D. Arcadio, al ser un tercero ajeno a su causación. Pues la conducta dolosa debe resultar imputable a «uno de los contratantes», no ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes²¹³. El dolo del tercero resulta irrelevante respecto de la seguridad del tráfico.

En cuanto al segundo supuesto citado en líneas precedentes, los hechos sobre los que se sustancia son: el 7 de febrero de 2008 D. Hilario y D.^a Verónica suscribieron como prestatarios un contrato de préstamo hipotecario con la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (actualmente, Kutxabank, S.A.) por importe de 114000 euros. D. Arcadio y D.^a Gema intervinieron como fiadores solidarios. Presentaron demanda contra la entidad prestamista ejercitando, entre otras pretensiones, acción de nulidad por vicio del consentimiento de la cláusula 14.^a de la escritura pública del préstamo. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Vitoria-Gasteiz de 28 de noviembre de 2017 estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad por error vicio del consentimiento de la cláusula de afianzamiento, al considerar que los fiadores no había prestado su consentimiento por error, al no haber sido informados de la diferencia entre la fianza simple y la solidaria y no ser conscientes de las implicaciones que, conllevaba la renuncia a los beneficios que comporta la fianza simple. Ni recibieron ningún documento que explicara tales

circunstancias, ni en la escritura siquiera se le daba el título de la cláusula, que se limitaba a recoger las correspondientes renuncias. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 23 de mayo de 2018 desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista, con los siguientes argumentos: 1. Una cláusula que reproduce una institución prevista expresamente en el Código Civil —la fianza solidaria— no puede ser ilícita *per se*; 2. La cuestión estriba, pues, en determinar si los fiadores prestaron su consentimiento a dicha cláusula de manera consciente o viciada y la prueba permite concluir que, hubo error porque la cláusula no explica que, los fiadores responderán en las mismas condiciones que los prestatarios. Se limita a mencionar unos preceptos del Código de Comercio y del Código Civil que los fiadores no tenía por qué conocer y no consta que se les hubiera explicado mínimamente en qué consistían las renuncias que realizaban en el documento y que implicaciones tenían; 3. A los fiadores no se les podía exigir un *plus* de comprobación e interpretación de las normas aplicables a la solidaridad, por lo que su error resultó excusable.

La entidad prestamista formula recurso de casación denunciando la infracción del artículo 1266 del Código Civil y la jurisprudencia sobre la esencialidad del error.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021²¹⁴ admite el recurso de casación. En primer lugar, operando sobre la fianza como garantía personal, destaca la Sala que, el beneficio de excusión no constituye un elemento esencial del contrato de fianza, en tanto que puede ser excluido sin merma de la validez de la garantía —renuncia al mismo o solidaridad con el deudor principal—, y que, la propia ley permite que el derecho de excusión no forme parte del negocio jurídico de fianza. Procediendo así en la línea de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, ya destacada en otro apartado de este estudio.

Desde tal planteamiento, entiende la citada Sala que «a lo sumo el error se proyectaría sobre sus consecuencias: la solidaridad, pero no sobre la fianza en sí y lo que representa como garantía personal». Asimismo, manifiesta que, la solidaridad elimina la subsidiariedad de la fianza —y añadimos no la accesoria—; de la que, precisamente, «el beneficio de excusión constituye tan solo su manifestación más destacada». También aquella forma de obligarse solidaria que tiene el fiador, excluye, en los términos analizados, el beneficio de división. Por lo que, parece razonable el argumento de la Sala que, una cláusula que, al mismo tiempo, establezca la solidaridad de la fianza y la renuncia al beneficio de excusión —y al de división— resulta redundante.

En segundo lugar, con respecto al error como vicio del consentimiento se indica que, para que este surta efecto invalidante del negocio, tal como dispone el artículo 1266 del Código Civil, debe recaer sobre elementos del negocio considerados básicos por los contratantes (esto es, determinantes para su decisión de contratar); además de concurrir los requisitos de esencialidad e inexcusabilidad —se ha de actuar con la diligencia media exigible para evitarlo—²¹⁵ y, tener aquella existencia acreditada o probada. Aplicando lo expuesto al caso, entiende el Alto Tribunal, que no concurre el requisito de la esencialidad que representa uno de los elementos necesarios para estimar la existencia de error como vicio del consentimiento; y además, al faltar tal elemento, no resulta necesario analizar, si concurre también, en el presente, caso el elemento de excusabilidad también característico del error.

Por último, aunque no sea posible llevar a cabo un desarrollo en profundidad de la materia que, posponemos para un estudio posterior, en caso de concurso del deudor principal el Texto Refundido de la Ley Concursal establece respecto a los créditos garantizados con un patrimonio adicional de responsabilidad el

artículo 263 apartado 2 que «los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Una vez realizado el pago, con subrogación del fiador en la posición jurídica del acreedor afianzado, la administración concursal deberá reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al fiador». Es por ello que, el artículo 310.3 referido, precisamente, al pago del fiador y la sustitución del acreedor principal en la lista definitiva de acreedores por aquel dispone que «en caso de pago por deudor solidario, por fiador o por avalista, la administración concursal procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al deudor solidario, al fiador o al avalista que hubiera pagado». Y añade en su apartado 4 que «en el supuesto que el acreedor posterior fuera una persona especialmente relacionada con el concursado, la administración concursal procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o a dicha persona especialmente relacionada con el concursado»²¹⁶.

Sobre tales bases legales, el fiador que paga queda subrogado en los derechos del acreedor contra el deudor y en lugar de mejorar aquel la clasificación del crédito en caso de concurso del deudor, se opta por el legislador en el citado artículo 263.2 por una calificación menos gravosa, esto es, por una reclasificación de inferior grado. Esta reclasificación la realiza la administración concursal, una vez realizado el pago por el fiador y este se subroga en la posición del acreedor²¹⁷. En esta línea, opera el artículo 310.2.3 «protegiendo la integridad de la lista de acreedores, impidiendo que el mecanismo del pago por el fiador, avalista u obligado solidario pueda generar una nueva organización de la misma en perjuicio del resto de titulares de crédito»²¹⁸. De todas formas, el crédito de regreso del fiador no puede ser reconocido mientras concurre el concurso del crédito principal.

Respecto del convenio y su eficacia, el citado Texto Refundido se refiere a la conservación de derechos de los acreedores, por lo que el convenio no producirá efectos ni frente a los obligados solidarios con el concursado, ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubieran sido autores de la propuesta, se hubiera adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma (art. 399.1). Así, en el caso que los acreedores hubiesen sido autores de la propuesta, se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma, la responsabilidad de los obligados, fiadores o avalistas del concursado en este caso se regirá por los pactos que, sobre el particular hubieran establecido y, en su defecto, por las normas legales aplicables a la obligación que hubieren contraído²¹⁹. De todas formas, los obligados solidarios, los fiadores y los avalistas no podrán invocar la aprobación del convenio, ni el contenido de este en perjuicio de los acreedores.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 15 de enero de 1931.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 1950.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de enero de 1977.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de diciembre de 1987.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de noviembre de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de noviembre de 1988.

- STS, Sala de lo Civil, 27 de diciembre de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de marzo de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de abril de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de abril de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de marzo de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 1995.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de febrero de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de abril de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de mayo de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de octubre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de enero de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de mayo de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de junio de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de mayo de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de febrero de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2021 (dos).
- SAP Barcelona, secc. 17.^a, 7 de febrero de 2001.
- SAP Salamanca, secc. 1.^a, 25 de abril de 2006.
- SAP Sevilla, secc. 6.^a, 18 de junio de 2007.
- SAP Asturias, secc. 7.^a, 23 de enero de 2009.
- SAP Madrid, secc. 9.^a, 4 de mayo de 2010.
- SAP Navarra, secc. 1.^a, 5 de julio de 2010.
- SAP Girona, secc. 1.^a, 27 de octubre de 2011.
- SAP Málaga, secc. 4.^a, 17 de octubre de 2013.
- SAP Córdoba, secc. 1.^a, 17 de febrero de 2014.
- SAP Barcelona, secc. 17.^a, 20 de octubre de 2016.
- SAP Tarragona, secc. 1.^a, 7 de diciembre de 2017.
- SAP Madrid, secc. 9.^a, 25 de octubre de 2018.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, 30 de mayo de 2019.
- SAP Valencia, secc. 11.^a, 31 de enero de 2020.
- SAP Sevilla, secc. 6.^a, 6 de febrero de 2020.
- SAP Toledo, secc. 2.^a, 12 de noviembre de 2020.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T.II Derecho de obligaciones, vol. II Los contratos en particular, duodécima edición, Madrid: Edisofer.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996). Consecuencias jurídicas del pago total de la deuda por un cofiador, *Revista de Derecho Privado*, mayo, 370-396.
- ALONSO SÁNCHEZ, B. (1989). La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988), *Anuario de Derecho Civil*, T. XLII, Fasc. III, julio-septiembre, 979-1021.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada: Comares.
- AYNÈS, L. (1997). *Le cautionnement*, 2.^a édition, París: Dalloz.
- BANACLOCHE PALAO, J. y CUBILLO LÓPEZ, I.J. (2016). *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, 3.^a ed., Madrid: La Ley.
- BORRELL Y SOLER, A. (1955). *Derecho Civil español*, T.III Obligaciones y contratos, Barcelona: Bosch.
- CAFFARENA LAPORTA, J. (1995). voz Fianza, *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. II, Madrid: Civitas 1995.
- ARU, L. (1949). «Della fideiussione». En: D'Amelio e Finzi (dirs.). *Commentario del Codice Civile*, vol. II Obbligazioni, Firenze.
- CABRILLAC, M., et MOULY, Ch. (1995). *Droit des sûretés*, 3.^a edition, Litec.
- CALDERALE, A. (1989). *Fideiussione e contrato autnomo di garanzi*, Bari: Cacucci Editore.
- CARRASCO PERERA, A. (1992). *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid: La Ley.
- (2015). La configuración jurídica de la fianza, *Tratado de los Derechos de Garantía*, T. I, 3.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a. (1993). *Derecho civil español, común y foral*, T.IV Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 15.^a ed., revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid: Reus.
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1984). *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: Bosch.
- COLÁS ESCANDÓN, A.M.^a. (2020). Contratos de garantía. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de contratos*, T. IV, 3.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- COLIN, A. et CAPITANT, H. (1925). *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la última edición francesa, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo De Buen, T. V Garantías personales y reales, Madrid: Reus.
- DELEBECQUE, Ph. (1992). *Le cautionnement, Repertoire de Droit Civil*, T. II, 2.^a edition, París: Dalloz.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II Relaciones obligatorias, 4.^a ed., Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Tomo 2) Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, undécima edición, Madrid: Tecnos.
- ESPÍN CANOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho Civil español*, vol. III Obligaciones y contratos, Madrid.
- FRAGALI, M. (1968). Delle obbligazione. Fideiussione, sub artículo 1941-42. En: A, Scialoja e Giuseppe Branca, Roma.
- INFANTE RUIZ, FCO. J. (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, enero-junio, 189-222.

- GARCÍA ESCOBAR, G.A. (2021). Comentario al artículo 310 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.) y M. Martínez Muñoz (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- GIUSTI, A. (1988). La fideuassione e il mandato di credito. En: Antonio Cicu e Francesco Messineo (dirs.), *Trattato de Diritto Civile e Commerciale*, vol. XVIII, T. 3, Milano: Giufré.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la confianza y su régimen jurídico en el Código Civil español, *Revista de Derecho Privado*, vol. 59, julio-agosto, 891-919.
- (1990). Comentario a los artículos 1822, 1825, 1826, 1827, 1830, 1837 y 1844 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.). *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, Madrid: Edersa.
- (1993). Comentario al artículo 1825 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T. II, 2.^a ed., Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (2000). Comentario al artículo 1837 del Código Civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona: Bosch.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2021). Comentario al artículo 399 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.) y Fco. J. Arias Varona; A. Gutiérrez Gilsanz y J. Megías López (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2.^a ed., Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho Civil* II. Derecho de Obligaciones II, decimoctava edición, Madrid: Marcial Pons.
- (2016). *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, décimo octava edición, Madrid: Marcial Pons.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasi-delito, 5.^a edición revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson.
- LETÉ DEL RÍO, J.M. (1995). *Derecho de obligaciones*, vol. III Contratos en particular, 2.^a ed., Madrid: Tecnos.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a. (1973). Comentario al artículo 1837 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil español*, T. XII, 6.^a ed., revisada y puesta al día por Justo J. Gómez Ysabel, Madrid: Reus.
- MANZANARES SECADE, A. (1986). La cofianza: análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, enero-febrero, 735-786.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á. (2021). Contratos mercantiles de depósito y préstamo. Garantías mercantiles. En: G. J. Jiménez Sánchez y A. Díaz Moreno (coords.). *Lecciones de Derecho Mercantil*, 24.^a ed., Madrid: Tecnos.
- MARTY, G., RAYNAUD, P. et JESTAZ, Ph. (1987). *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2.^a édition, Sirey.
- MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre fiador y el acreedor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, mayo-junio, 1815-1857.
- MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (1995). La fianza. En: M.^a.R. Valpuesta Fernández (dir.), *Derecho de obligaciones y contratos*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (1985). *Solidaridad en la fianza*, Navarra: Aranzadi.
- (1989). Comentario a la sentencia del 20 de octubre de 1989, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-octubre*, número 21, 969-980.

- (2020). La fianza. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil* (II), vol. II Contratos y responsabilidad civil, 5.^a ed., Madrid: Edisofer.
- RAVazzoni, A. (1961). *voce Fideiussione* (Diritto Civile), *Novissimo Digesto Italiano*, T. VII, Turín.
- REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario a los artículos 1822, 1825, 1826, 1827, 1830, 1837, 1838, 1839 y 1844 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Penadés y L. M. Martínez Velencoso, (coords.), *Código Civil comentado*, Cizur menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- (2016). Naturaleza y extensión de la fianza, *Tratado de Derecho Civil. T. I Las garantías*, vol. I *Garantías personales. Prenda y anticresis*, director Lorenzo Prats Albentosa, Madrid: La Ley, 41.
- ROCA SASTRE, R. M.^a. y PUIG BRUTAU, J. (1948). El principio de responsabilidad patrimonial universal, *Estudios de Derecho Privado*, T.I, Madrid.
- RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza. En: V. M. Garrido De Palma (dir.); J. Sapena Davó y Fco. Sapena Davó (coords.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. III Obligaciones y contratos, vol. 3.^a, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- SACRISTÁN BERGÍA, F. (2021). Comentario al artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.) y F. J. Arias Varona; A. Gutiérrez Gilsanz y J. Megías López (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2.^a ed., Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*, 36.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SANTOS BRIZ, J. (1973). *Derecho Civil. Teoría y práctica*, T. IV Derecho de Obligaciones, Madrid: Edersa.
- STOLFI, G. (1971). In tema di fideiussione per debiti futuri, *Rivista del Diritto Commerciales*, anno LXIX, parte Prima.
- TUR FAÚNDEZ, M.^aN. (1996). *El derecho de reembolso (en el pago por tercero, regímenes económicos-matrimoniales, solidaridad, responsabilidad civil y otros supuestos): régimen jurídico, jurisprudencia*, Valencia: Editorial General de Derecho.
- URÍA, R. (1997). *Derecho Mercantil*, vigésimo cuarta edición, Madrid.
- VEIGA COPO, A.B. (2021). Comentario al artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.) y M. Martínez Muñoz (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- VICENT CHULÍA, F. (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*, 21.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

¹ En todo caso, conviene tener presente la diferencia entre *responsabilidad contractual* y la *garantía patrimonial universal*: La primera, trata de fijar los daños que proceden del incumplimiento de las obligaciones y cuándo procede repararlos; la segunda se refiere al objeto con que se presiona al deudor para que cumpla y sobre el que actuará en última instancia para obtener el dinero con que se repararán los daños causados por el incumplimiento; de ello se deriva que, aunque se trate de cosas distintas, están en última instancia conexiónadas. *Vid.*, GARCÍA AMIGO, M. (1995). *Lecciones de Derecho Civil*, T. II Teoría de las Obligaciones y Contratos, Madrid: McGraw-Hill, 597-598.

² PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). La protección del crédito. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil* (II), vol. I Teoría General de la Obligación y el contrato, reimpresión de la 4.^a ed., Madrid: Edisofer, 211-212 precisa, además que, ello tiene lugar «sin perjuicio de las acciones subrogatoria y revocatoria— que corresponde al acreedor a fin de integrar ciertos bienes en el patrimonio del deudor».

³ Aunque se concede al acreedor, en el artículo 1111, acciones para hacer que vuelvan al patrimonio de su deudor los bienes que hayan sido enajenados fraudulentamente (acción pauliana o revocatoria); y para que entren en dicho patrimonio aquellos derechos que el deudor se abstenga de ejercitar (acción subrogatoria).

⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho Civil* II. Derecho de Obligaciones II, decimoctava edición, Madrid: Marcial Pons, 10.

⁵ Frente a esto, algún sector de la doctrina científica ha supuesto que la responsabilidad patrimonial universal consagrada en el artículo 1911, hay que entenderla como una auténtica forma de garantía bajo la figura jurídica de un derecho genérico de prenda o de otro especial de derecho real. Referencias críticas a esta orientación, y sobre todo a las teorías de Pacchioni y Rocco, en el trabajo del Profesor DE CASTRO Y BRAVO, F. (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudios de los artículos 1911 y 1111 del Código civil, *Revista de Derecho Privado*, 194-196. En esta misma orientación crítica, DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II Relaciones obligatorias, Madrid: Civitas, 4.^a ed., 126; ROCA SASTRE, R.M.^a. y PUIG BRUTAU, J. (1948). El principio de responsabilidad patrimonial universal, *Estudios de Derecho Privado*, T. I, Madrid, 171 a este propósito señala que «en la responsabilidad patrimonial universal, la acción del acreedor se dirige de manera indiferenciada contra todos los elementos componentes del patrimonio del deudor, y solo en la fase ejecutiva se afecta realmente una cosa singular, mediante el embargo o hipoteca judicial. En cambio, los verdaderos derechos o titularidades reales han de recaer sobre bienes especialmente determinados, de manera que, ya no sea el mero hecho de ser parte componente del patrimonio del deudor lo que determine su condición de verdadera garantía del derecho del acreedor. Precisamente, la necesidad de proceder al embargo, cuando judicialmente se trata de realizar el principio que consagra el artículo 1911 del Código civil, demuestra la inexistencia anterior de un verdadero derecho o titularidad real del acreedor sobre el patrimonio del deudor».

⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos, cuasicontratos, delito y cuasidelito, Madrid: Dykinson, 5.^a ed., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, 317.

⁷ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Tomo 2), 11.^a ed., Madrid: Tecnos, 263; REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil. En: J. Orduña Moreno, J. Penadés y L.M. Martínez Vélezcoso, (coords.), *Código civil comentado*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 1088. Para GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, Madrid: Edersa, 6, la fianza «es una garantía de la obligación ajena, mediante la que se trata de asegurar la satisfacción del interés perseguido por el acreedor de la obligación principal al constituir ésa».

⁸ REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Naturaleza y extensión de la fianza. En: L. Prats Alben-tosa (dir.), *Tratado de Derecho Civil. T. I Las garantías*, vol. I *Garantías personales. Prenda y anticresis*, Madrid: La Ley, 41. Asimismo, para COLÁS ESCANDÓN, A.M.^a. (2020). *Contra-*

tos de garantía. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de contratos*, T.IV, 3.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 5140, entiende que se trata «aquel contrato, constitutivo de una garantía personal, en virtud de la cual una persona —denominado fiador— se compromete —obligación fideiusoria— con el acreedor de una obligación —la obligación garantizada— a satisfacer esta, en el caso que llegad su vencimiento el deudor no cumpla». No obstante, añade que, como expondrá en páginas sucesivas también se considera fianza «aquel contrato en virtud del cual una persona —denominado fiador— se compromete con el acreedor de una obligación —la obligación garantizada— a satisfacer esta, pudiendo reclamar el pago indistintamente tanto al deudor principal como al fiador (fianza solidaria)».

⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, décimo octava edición, Madrid: Marcial Pons, 370.

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 317.

¹¹ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T.II Derecho de obligaciones, vol. II Los contratos en particular, duodécima edición, Madrid: Edisofer, 407-408. Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza. En: V. M. Garrido De Palma (dir.); J. Sapena Davó y Fco. Sapena Davó (coords.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. III Obligaciones y contratos, vol. 3.^a, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 740-741 define la fianza como «la obligación de origen convencional o —más frecuentemente legal— en virtud de la cual una persona (fiador) se presenta como garante de la obligación de un tercero (afianzado o deudor principal), asumiendo el compromiso de responder frente al acreedor en el caso que dicho tercero no cumpla lo debido»; y el contrato de fianza como «el acuerdo entre el acreedor de una obligación y un tercero en virtud del cual este asume la responsabilidad del cumplimiento de dicha obligación —que le es ajena— para el caso que el deudor principal no la cumpla debidamente».

¹² *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de enero de 1977 (*RJ* 1977, 128).

¹³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 317.

¹⁴ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, de 19 de febrero de 1998 (*AC* 1998, 310); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, de 7 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 134904).

¹⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 117; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 319 al respecto dispone que, puede reforzar su obligación fideiusora con otra garantía personal (subfianza) o real; FRAGALI, M. (1968). *Delle obbligazione. Fideiussione*, sub artículo 1941-42. En: A. Scialoja y Giuseppe Branca, Roma, 244.

¹⁶ REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1826 del Código civil, *op. cit.*, 1109.

¹⁷ LETE DEL RÍO, J.M. (1995). *Derecho de obligaciones*, vol. III Contratos en particular, 2.^a ed., Madrid: Tecnos, 26; CAFFARENA LAPORTA, J. (1995). voz Fianza, *Encyclopedia Jurídica Básica*, T. II, Madrid: Civitas 1995, 3107; ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada: Comares, 129; REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1110.

¹⁸ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1826 del Código civil, *op. cit.*, 121.

¹⁹ Para LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 319 entre los accesorios del crédito «se incluyen (además de los que lo sean de la cosa debida) los intereses tanto convencionales como moratorios, la obligación de indemnizar los daños causados por el incumplimiento y la pena convencional».

²⁰ RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 806.

²¹ RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 806-807; REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). «Comentario al artículo 1827 del Código civil», *op. cit.*, 1113.

²² INFANTE RUIZ, F. J. (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, enero-junio, 195-196 por su parte, entiende que, para evitar el peligro de una extensión abusiva de la fianza, está la fianza simple e indefinida, si bien «su sentido no es excluir la integración del contrato de acuerdo con la buena fe o los usos (art. 1258 CC).

²³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de julio de 2002 (*RJ* 20027477); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 30 de diciembre de 1996 (*AC* 19962395); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.^a, 5 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000299340).

²⁴ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de abril de 1992 (*RJ* 1992, 4470); de 26 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4239); y, 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 7340).

²⁵ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.^a, 8 de marzo de 2001 (*JUR* 2001,299558).

²⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1825 del Código civil, *op. cit.*, 104.

²⁷ FRAGALI, M. (1968). *Delle Obbligazioni. Fideiussione. Mandato di crédito.* Artículo 1936-1959, *op. cit.*, 193.

²⁸ *Col. Leg., JC.*, T. 164, vol. IV, octubre a diciembre de 1924, 482-487.

²⁹ RAVAZZONI, A. (1961). *voce Fideiussione* (*Diritto Civile*), *Novissimo Digesto Italiano*, T. VII, Turín, 179; STOLFI, G. (1971). In tema di fideiussione per debiti futuri, *Rivista del Diritto Comerciales*, anno LXIX, parte Prima, 225-226; ARU L. (1949). *Della fideiussione.* En: D'Amelio e Finzi (dirs.), *Commentario del Codice Civile*, vol. II *Obbligazioni*, Firenze, 391; CALDERALE, A. (1989). *Fideiussione e contrato autnomo di garanzia*, Bari: Cacucci Editore, 20.

³⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1825 del Código civil, *op. cit.*, 107; del mismo autor (1993). Comentario al artículo 1825 del Código civil, *Comentario del Código civil*, T. II, 2.^a ed., Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1791-1792.

³¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 323; REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1104; RUEDA ESTEBÁN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 799 precisa, en esta línea que, «resulta necesaria la concurrencia de circunstancias objetivas que, referidas a las personas y al montante de las deudas, permitan la determinación de la obligación futura y, consecuentemente, la constitución eficaz de su garantía». *Vid.*, asimismo las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 7340); de 30 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 8904); y de 26 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4239).

³² *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.^a, 4 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 231134).

³³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988,9037).

³⁴ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1990 (*RJ* 1990, 1012); y, de 23 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 1593).

³⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1993). *Derecho civil español, común y foral*, T. IV Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 15.^a ed., revisada y puesta al día por José FERRANDIS VILELLA, Madrid: Reus, 781; GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1827 del Código civil, *op. cit.*, 129; DELEBECQUE, Ph. (1992). *Le cautionnement, Repertoire de Droit Civil*, T. II, 2.^a edición, París: Dalloz, 13; ALONSO SÁNCHEZ, B. (1989). La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988), *Anuario de Derecho Civil*, T. XLII, Fasc. III, julio-septiembre, 994-995; para INFANTE RUIZ, FCO. J. (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso, *op. cit.*, 196 «es más correcto afirmar que, la fianza exige una interpretación "estricta" en el sentido que, a falta de pacto o ante las lagunas, no se puede extender por capricho, deseo o interés del acreedor a obligaciones que no le son consustanciales, sino a las consecuencias que naturalmente derivan de su naturaleza (art. 1827, segundo párrafo que para eso existe), pero ello no impide una integración de la fianza por vía del artículo 1258 del Código civil.

Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1950 (*RJ* 1950, 194); de 28 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 6186); y, de 26 de noviembre de 1997 (Roj. STS 7149/1997; ECLI:ES:TS:1997:7149); y, la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.^a, 31 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 206666).

³⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9447).

³⁷ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.^a, 28 de noviembre de 1995 (AC 1995, 2066); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 18 de junio de 2007 (JUR 2008, 52887); y de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.^a, 27 de octubre de 2011 (JUR 2015, 9400). No obstante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, 23 de enero de 2009 (JUR 2009, 286073) señala que, no siempre es necesario la constancia expresa para que la obligación sea solidaria, siendo suficiente que tal condición se desprenda de las circunstancias que originaron el contrato, tales como la condición familiar y de socios entre el fiador y el deudor.

³⁸ En esta línea, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 740.

³⁹ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de enero de 2007 (RJ 2007, 1302).

⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 318 en esta línea indica, al respecto, que «la obligación del fiador es verdadera obligación —el fiador responde porque está obligado— y distinta de la principal: puede estar sujeta a propias determinaciones y limitaciones (v.gr. sometida a término o condición, siendo pura la principal), asegurada con garantías específicas, modificarse, extinguirse por causas propias, independiente de la obligación garantizada (art. 1847)».

⁴¹ Roj. STS 164/2020; ECLI:ES:TS:2020:164 añade que «incluso en el supuesto de la impropriamente denominada “fianza solidaria” no existe obligación única con pluralidad de deudores (en que pueden entender refundidas la principal y accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta. Así lo ha afirmado esta Sala aclarando que, aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1990). Por ello advierte la Sentencia de 29 de diciembre de 1987 de “las necesarias cautelas” con las que se ha de tomar la emisión del artículo 1822 apartado 2.^o del Código civil» y especifica que esta autonomía, dentro de la interdependencia y accesoria señaladas, entre ambos vínculos contractuales principal y accesorio o de garantía (en este caso crédito y fianza) aparece reflejada también en las sentencias de esta Sala cuya doctrina jurisprudencial ha aplicado la sentencia recurrida. Así afirma la Sentencia 770/2002, de 22 de julio: «el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal (...). El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código civil (...), aparte que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra este, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal». Igualmente declara la sentencia núm. 770/2002 «el Código civil no impone la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios y estos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor». En fin, concluye «se confirma, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial reseñada, el carácter diferenciado de una u otra obligación, de uno y otro contrato, el que da nacimiento a la obligación principal y el que constituye la obligación fideiusoria, con independencia que ambos se formalicen o exterioricen en un mismo documento, como sucede en el caso de crédito hipotecario y el afianzamiento objeto de esta *litis*». En la misma línea, se expresan las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, 12 de noviembre de 2020 (Roj. STS 3638/2020; ECLI:ES:TS:2020:3638); de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 370); y, de 3 de marzo de 2021 (JUR 2021, 99306); y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, 14 de mayo de 1993 (AC 1993, 1033).

⁴² Así lo establecen las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de abril de 1990 (RJ 1990, 2687) en su *Fundamento de Derecho Cuarto*: «En el escrito de conclusiones que figura en autos, la parte demandante desentierra la vieja teoría, procedente del derecho germánico, de la distinción entre el débito y la responsabilidad (*Schuld* y *Haftung*), tratando con ello de justificar una responsabilidad sin deuda, procedente del contrato de fianza

solidaria por ella suscrito. En el derecho moderno no es admisible esta teoría, ya que la deuda y la responsabilidad son dos elementos institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas; se es responsable porque se debe algo, o se ha debido algo, y concretamente en el caso que nos ocupa, el artículo 1822 del Código civil dice precisamente «por la fianza se obliga a uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo este», así pues, el fiador es un obligado al pago, y como tal responde con su patrimonio, y mucho más si la fianza es solidaria (art. 1822.2.º); y, de 27 de septiembre de 1996 (Roj. STS 5101/1996; ECLI:ES:TS:1996:5101) en su *Fundamento de Derecho Segundo*: «(...) Es una cuestión indubitable que el fiador es un verdadero obligado, no un simple responsable por deuda ajena, y así ha de entenderse en el presente caso la posición de la parte recurrente, sobre todo, como cuando en el presente caso dicha parte no solo interviene en el negocio jurídico, en cuestión, como fiador, sino también en nombre y representación de la firma franquiciada y como tal ha planteado el presente motivo».

No obstante, a pesar de la consolidación unánime de la doctrina expuesta, como pone de manifiesto algún autor, existe, asimismo, una tendencia que considera como un supuesto de responsabilidad sin deuda, la fianza de deudas futuras en una deuda subsidiaria o solidaria, si se ha pactado. *Vid.*, al respecto, RODRÍGUEZ ARIAS, L. (1963). La obligación, *Revista de Derecho Privado*, enero, 659; VÁZQUEZ BOTE, E. (1974). La obligación. Concepto, naturaleza y estructura, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. LXVIII, enero-junio, 613.

Postura que es del todo criticable, ya que, no cabe duda que, tanto en este supuesto como en cualquier otro, en la fianza, el fiador no solo se obliga, sino que también responde.

⁴³ *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. (1992). *Fianza, accesoriad y contrato de garantía*, Madrid: La Ley, 145-147.

⁴⁴ URÍA MENÉNDEZ, R. (1997). *Derecho Mercantil*, vigésimocuarta edición, Madrid, 887; SÁNCHEZ CALERO F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 36.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 366.

⁴⁵ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2004 (RJ 2004,1564); de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8758) resulta inadmisible la fianza presunta y la tácita. Además, no puede basarse la fianza en expresiones equívocas; y, de 27 de octubre de 2005 (Roj. STS 6570/2005; ECLI:ES:TS:2005:6570) declara que «La sentencia de esta Sala de 3 de julio de 1999 alude a la necesidad de interpretar restrictivamente la fianza «excluyendo toda posibilidad de extensión de la garantía a obligaciones distintas de las comprendidas en la misma»; el mismo criterio de interpretación rigurosa y nunca extensiva de la fianza se reitera en las Sentencias de 10 de mayo de 2012 (Roj. STS 4231/2012; ECLI:ES:TS:2012:4231); y, de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 370); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, 19 de febrero de 1998 (AC 1998, 310).

A la exigencia que los términos de la fianza se interpretan de forma rigurosa y restrictiva y que tales términos hayan de ser expresos, la jurisprudencia de esta Sala, también ha añadido el requisito de la claridad de los términos, para evitar toda situación inequívoca (Sentencia de 16 de diciembre de 1985).

No obstante, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 325 prefiere hablar de interpretación estricta, no, necesariamente, restrictiva.

Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 756-757 señala que, aunque la forma de manifestar el consentimiento por parte del fiador debe hacerse expresamente; sin embargo, «la aceptación del acreedor puede manifestarse por hecho concluyentes, o bien mediante la ausencia de rechazo a la oferta de fianza que se le presenta, cuando llega a su conocimiento».

⁴⁶ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 18 de junio de 2007 (JUR 2008, 52887); y, 6 de febrero de 2020 (JUR 2020, 209549).

⁴⁷ *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2015). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 325.

⁴⁸ Precisa, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 327 que en los casos de fianza «debida» (por convención, ley o decisión judicial) la persona del fiador es irrelevante en cuanto tal. Lo único importante es su solvencia patrimonial. Por eso, se exige del fiador dicha solvencia al constituirse la fianza y, si luego la pierde, puede el acreedor pedir otro fiador capaz y solvente (art. 1829) que lo sustituya, o que refuerce su garantía con un cofiador o subfiador (art. 1129 CC)».

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 327.

⁵⁰ RJ 2021, 370. Asimismo, vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2021 (Roj. STS 164/2020; ECLI:ES:TS:2020:164).

⁵¹ Vid., LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 319; DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II Las relaciones obligatorias, op. cit., 415; LETE DEL RÍO, J.M. (1977). Nota sobre los derechos accesorios, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio, 50.

⁵² ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Los contratos en particular, op. cit., 876; En esta línea, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, op. cit., 754; REYES LÓPEZ, M.ºJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, op. cit., 1087; CASTÁN TOBEÑAS, M. (1993). *Derecho Civil español, común y foral*, T. IV Derecho de Obligaciones, op. cit., 767; DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II Las relaciones obligatorias, op. cit., 415; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1995). La fianza. En: M.ºR. Valpuesta Fernández (dir.), *Derecho de obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 254; ESPÍN CANOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho Civil español*, vol. III Obligaciones y contratos, Madrid, 723; SANTOS BRIZ, J. (1973). *Derecho Civil. Teoría y práctica*, T. IV Derecho de Obligaciones, Madrid: Edersa, 536; CAFFARENA LAPORTA, J. (1995). voz Fianza, op. cit., 3105; PUIG BRUTAU, J. (1982). *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II Contratos en particular, Barcelona: Bosch, 588; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil Español*, T. IV Obligaciones y contratos, vol. II De los contratos en particular y de las demás fuentes de las obligaciones, 2.ª ed., Madrid, 566; O'CALLAGHAN, X. (2016). *Compendio de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, Vol. II Contratos en particular, 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 575; DE COSSIO Y CORRAL, A. (1988). *Instituciones de Derecho Civil*, T. I Parte General. Obligaciones y contratos, Madrid: Civitas, 584-585; CARRASCO PERERA, Á. et al. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *Tratado de los Derechos de Garantía*, T. I, 3.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 89; REYES LÓPEZ M.ºJ. (2016). Naturaleza y extensión de la fianza, op. cit., 46 y 53.

Asimismo, MARTY, G., RAYNAUD, P. ET JESTAZ, Ph. (1987). *Droit Civil. Les sûretés*. La publicité foncière, 2.ª edición, Sirey, 369-370; COLIN, A. ET CAPITANT, H. (1925). *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la última edición francesa, con notas sobre el derecho civil español por Demófilo De Buen, T. V Garantías personales y reales, Madrid: Reus, 12; SIMLER Ph. ET DELEBECQUE, PH. (1989). *Droit Civil. Les sûretés*, La publicité foncière, París: Précis Dalloz 1989, 35; AYNÈS, L. (1997). *Le cautionnement*, 2.ª edición, París: Dalloz, 3; GIUSTI, A. (1988). La fideiussione e il mandato di credito. En: A. Ciccù e F. Messineo (dirs.), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XVIII, T. 3, Milano: Giuffrè, 33-34; INZITARI, G., Le garanzie personali, in *Istituzioni di diritto privato a cura di Bessone*, Torino 1995, 484; RAVAZZONI, A. (1981). *La fideiussione*, Milano: Giuffrè, 61 señala que «es una característica peculiar de la obligación fideiusoria»; FRAGALI, M., Fideiussione, sub artículo 1936, op. cit., 62-67.

⁵³ El Tribunal Supremo también ha reiterado en diversas sentencias el carácter accesorio de la fianza: así, en las Sentencias de 14 de marzo de 1908 (*Col. Leg., JC.*, T. 110, núm. 90, 629 a 643); de 3 de junio de 1968; de 20 de mayo de 1975; de 11 de junio de 1984; de 30 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 5079); de 26 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986, 7799); de 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 2546); de 5 de marzo de 1990 (*RJ* 1990, 1665); de 5 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 830); de 4 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3403); y, de 16 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4475). Asimismo, vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 12 de julio y 12 de septiembre de 1994 (AC 1994, 1517; y AC 1994, 1517); de la Audiencia Provincial de Cáceres, 19 de diciembre de 1995 (AC 1995, 2429); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, 10 de julio de 1998 (*JUR* 1998, 1382); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 29 de junio de 1999 (AC 1999, 7727); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, 8 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000, 299340); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 1 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 99444).

En algunas otras sentencias, se alude al carácter accesorio y subsidiario de la fianza: así, en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 1958 (*RJ* 1958, 1043); de 17 de febrero de 1962 (*RJ* 1962, 1094); de 18 de noviembre de 1963 (*RJ* 1963,

4834); de 16 de junio de 1970 (*RJ* 1970, 3114); de 7 de abril de 1975 (*RJ* 1975, 1412); de 6 de febrero de 1976 (*RJ* 1976, 320); de 31 de enero de 1977 (*RJ* 1977, 128); de 3 de marzo de 1990 (*RJ* 1990, 1664); de 5 de marzo de 1990 (*RJ* 1990, 1665); de 16 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4475); de 12 de noviembre de 2020 (*RJ* 2020, 4565); y, de 2 de febrero de 2021 (*RJ* 2021, 370). Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.^a 15 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 50889).

⁵⁴ En esta línea, CABRILLAC, M. ET MOULY, CH. (1993). *Droit des sûretés*, deuxième édition, Paris: Litec, 54; MAULARIE, PH. ET AYNÈS, L (2000), *Cours de droit civil*, T. IX Les sûretés. La publicité foncière, 9.^a édition par Laurent Aynès, Paris: Cujas, 32; SIMLER, PH. (2000). *Cautionnement et garanties autonomes*, 3.^a édition, Paris: Litec, 465; CAMPO-GRANDE, V. (1902). *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 36.

⁵⁵ Así, CASANOVAS MUSSONS, A. (1984). *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: Bosch, 7, precisa que «la accesoriad es predicate de la fianza, pero solo en un aspecto muy concreto». Ahora bien, partiendo dicha autora de la idea de que la función de garantía que cumple la fianza se obtiene por la multiplicación del número de sujetos deudores. A través de la creación de nuevas relaciones obligatorias con el acreedor común, afirma, que de este modo, la fianza atribuye al acreedor de la relación jurídica principal un nuevo derecho de crédito con un contenido patrimonial idéntico al que ostenta en virtud de aquella relación, por lo que, debido a su función de refuerzo y no de enriquecimiento (*ex art. 1842*), este nuevo crédito tiene necesariamente un carácter accesorio y como tal se incorpora al tráfico jurídico (*art. 1528*)»; por todo lo cual, concluye «el papel de la accesoriad en la fianza se agota en esta reconocimiento como crédito accesorio de otro crédito, porque no resulta exacto predicar la accesoriad de la obligación del fiador, pues la accesoriad atiende únicamente a la relación establecida entre elementos activos del patrimonio (entre bienes, sean cosas o derechos), aduciendo la autora para reforzar esta tesis, la impropiad con que se utiliza el término accesorio en el Código civil» (9-14).

⁵⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 17.

⁵⁷ LETE DEL RÍO, M.J. (1977). Notas sobre los derechos accesorios, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-diciembre, vol. 2, 50, realiza un análisis de las obligaciones accesorias con relación a las diferentes etapas de la existencia de la obligación principal. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 2.^a, 19 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2429); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.^a, 1 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 9944); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.^a, 10 de julio de 1998 (*AC* 1998, 1382); y de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, 12 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 38879).

⁵⁸ REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1089. Asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1963 (*RJ* 1963, 780); de 28 de septiembre de 1977 (*RJ* 1977, 3521); de 11 de junio de 1987 (*RJ* 1987, 4277); y, de 5 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 830). En contra, la sentencia de la Audiencia provincial de Cáceres, secc. 1.^a, de 29 de junio de 1999 (*AC* 199, 3382) al entender que la solidaridad elimina el carácter de accesoriad propio de la fianza; y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.^a, 15 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 366312).

⁵⁹ VICENT CHULIÁ, F. (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*, 21.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1100.

⁶⁰ CORTES, L.J. (2019). Las garantías de la contratación mercantil. En. A. Menéndez y A. Rojo (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 17.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 347.

⁶¹ *Vid.*, GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 21-24.

⁶² ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T.II Derecho de Obligaciones, vol. II Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, *op. cit.*, 876; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 320; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV obligaciones y contratos, vol. II De los contratos en particular, Madrid, 569 apunta que «la contribución del fiador al vínculo establecido no es simplemente un pagar, sino un pagar si el deudor no paga; es decir, que su intervención

es meramente subsidiaria. Por eso tiene a su favor el beneficio de excusión, por virtud del cual remite la pretensión del acreedor a los bienes suficientes del deudor para que pueda hacer cobro en prestación equivalente»; RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 759; REYES LÓPEZ, M.^ªJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1090; CARRASCO PERERA, A. *et al.* (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 82 señala al respecto que la subsidiariedad «define con carácter institucional a la fianza que tiene como supuesto de hecho el incumplimiento del deudor principal. Esto es lo único que se exige para que la fianza sea subsidiaria». Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1985). *Solidaridad en la fianza*, Navarra: Aranzadi, 94-95 establece que «la subsidiariedad es consecuencia de la existencia de beneficio de excusión, que resulta excluido en ciertos casos, por lo que no es una característica esencial ni permanente de la obligación de garantía»; del mismo autor (2020). La fianza. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil* (II), vol. II Contratos y responsabilidad civil, 5.^a ed., Madrid: Edisofer, 802.

⁶³ Sobre este carácter de la fianza y su relación con el beneficio de excusión puede verse en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 1958 (*RJ* 1958, 1043), que en su *Considerando segundo* declara: «(...) que no puede desconocerse el carácter subsidiario, no tiene en nuestro Código y en sus precedentes de nuestra legislación histórica que recogió los principios de Derecho Romano otra representación que la del beneficio de excusión de bienes o de orden concedido al fiador que se consagra en el artículo 1830 del Código civil...»; de 17 de febrero de 1962 (*RJ* 1962, 1094); de 3 de junio de 1968 (*RJ* 1968, 3064); de 16 de junio de 1970 (*RJ* 1970, 3114); de 14 de diciembre de 1982; de 27 de noviembre de 1986; de 15 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 2693); de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9227); y de 12 de diciembre de 2020 (*RJ* 2020, 4565).

⁶⁴ ALVENTOSA DEL RÍO J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 88-89 tras afirmar que la subsidiariedad no es una característica común de la fianza, sino, junto con la solidaridad, uno de los modos de asumir el fiador la obligación de garantía, señala que «la subsidiariedad en la fianza significa que el fiador cumple por el deudor cuando este incumple la obligación principal y no procede oponer o no oponga el beneficio de excusión», mientras que en la fianza solidarias «el acreedor puede reclamar el pago del deudor y del fiador indistintamente desde que la obligación ha vencido, sin necesidad de un previo incumplimiento del deudor». CARRASCO PERERA, A. (1992). *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, *op. cit.*, 76-77 sostiene, en similar sentido, que «subsidiariedad en este precepto (art. 1822.1 CC) debe querer decir que el deudor debe incumplir para que el fiador pueda ser requerido de pago; es decir, que el acreedor debe demandar o requerir extrajudicialmente al deudor. Cumplido este trámite es cuando puede requerir al fiador», mientras que «la fianza solidaria del artículo 1822.2 no es subsidiaria no por el hecho de no poder oponerse el beneficio de excusión, sino por la circunstancia de que el fiador está obligado a cumplir con independencia de que el deudor se haya negado a pagar»; REYES LÓPEZ, M.^ªJ. (2016). *Naturaleza y extensión de la fianza*, *op. cit.*, 59.

⁶⁵ En la doctrina italiana, la tesis fue defendida por RAVAZZONI, A. (1981). *La fideiustituzione*, *op. cit.*, 183.

⁶⁶ En esta línea, GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 23-24 establece que «la subsidiariedad es la nota que se considera no debe explicarse en función de la circunstancia de quien paga y en qué momento, o sea, si el fiador viene obligado a cumplir su obligación antes o después que el deudor principal la suya, y concluir que solo en el segundo supuesto hay subsidiariedad, sino que la realidad de esta ha de fundamentarse en que, inequívocamente y en cualquier caso, la obligación del fiador resulta de distinto grado que la principal o, si se prefiere, se encuentra en otro plano que esta (...). La subsidiariedad es acción o responsabilidad que suple a otra principal, lo que implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor de la obligación garantizada, que supone la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al fiador, pues el incumplimiento señalado es presupuesto constitutivo de esta reclamación (...). LACRUZ BERDÉJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 320 entiende que «la subsidiariedad es nota esencial de la fianza, presente también cuando se excluye el beneficio de excusión o se pacta solidaridad, pues siempre resultará que la obligación de pagar el fiador es para «el caso de no hacerlo el deudor» (art. 1822.2 CC),

por lo que su ejecución supone siempre inevitablemente el incumplimiento de la obligación principal; CASANOVAS MUSSONS, A. (1984). *La relación obligatoria de fianza, op. cit.*, 14-17 afirma como los anteriores autores, que «la subsidiariedad no se identifica con el beneficio de excusión (arts. 1839 a 1834). La excusión es solo una de sus notas accidentales, cuya privación (voluntaria o legal, artículo 1831) no altera la naturaleza subsidiaria de la obligación del fiador. Dicho de otro modo, la subsidiariedad no se limita a una ordenación de deudores ante el cumplimiento (arts. 1839 y 1834), sino que configura la propia obligación del artículo 1822. Es más, subsidiariedad y solidaridad no son regímenes incompatibles: lo demuestra el artículo 1822.2.º»; REYES LÓPEZ, M.ºJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1090.

También se sostiene este criterio en la doctrina italiana, incluso con respecto de la fianza solidaria. Así, entre otros, FRAGALI, M. (1968). *Delle obbligazioni. Fideiussione. Mandato di credito, sub* artículo 1936, *op. cit.*, 74-82. BARBERO, D. (1967). *Sistema de Derecho Privado*, T. IV Contratos, traducción española de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 523 considera que «la subsidiariedad es nota esencial de la fianza, también en el régimen positivo del Código italiano que presume la solidaridad, porque el fiador, aun cuando el deudor se haya obligado ex re certa, lo está, en todo caso, a una suma de dinero». Y, en la doctrina francesa SIMLER, Ph. et DELEBECQUE, Ph. (1989). *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière, op. cit.*, 36.

En contra de este criterio, *vid.*, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad, op. cit.*, 84-91; PÉREZ ÁLVAREZ, M.J. (1985). *Solidaridad en la fianza, op. cit.*, 91-93; y, CABRILLAC, M. ET MOULY, Ch., (1995). *Droit des sûretés*, 3.ª edición, Paris: Litec, 62.

⁶⁷ CASTILLA BAREA, M. (2013). Comentario al artículo 1822 del Código civil. En: R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. IX, Valencia: Tirant lo Blanch, 12465.

⁶⁸ CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 82.

⁶⁹ *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9227) en su *Fundamento de Derecho Primero*, «(...) contrato de fianza que supone siempre una relación accesoria de garantía de la deuda ajena, en virtud de la cual el fiador asume la obligación de su cumplimiento subsidiario, para el caso de incumplimiento por quien resulta deudor principal...».

⁷⁰ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.ª, 5 de julio de 2010 (AC 2011, 54).

⁷¹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 21 de marzo de 2011 (AC 2001, 1532).

⁷² *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de abril de 2002 (RJ 2002, 4037); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 25 de octubre de 2018 (JUR 2019, 16230).

⁷³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 914).

⁷⁴ REYES LÓPEZ, M.ºJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1092. Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 1955 (RJ 1955, 731); de 21 de marzo de 1962 (RJ 1962, 1962); de 7 de febrero de 1963 (RJ 1963, 780); de 16 de junio de 1970 (RJ 1970, 31145); de 29 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9656); 12 de enero de 1987 (RJ 1989, 100; 1989, 3051); de 3 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1664); y 16 de junio de 1999 (RJ 1999, 4475).

⁷⁵ RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 771.

⁷⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6693); y de 22 de julio de 2002 (RJ 2002, 7476).

⁷⁷ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2020 (Roj. STS 164/2020; ECLI:ES:TS:2020:164); y, de 12 de febrero de 2020 (Roj. STS 336/2020; ECLI:ES:TS:2020:336).

⁷⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2422).

⁷⁹ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8609); de 2 de junio de 2015 (Roj. STS 2979/2015; ECLI:ES:TS:2015:2979); y, de 3

de junio de 2015 (Roj. STS 2958/2015; ERCLI:ES.TS:2015:2958) establece que «la garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida, permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este y por tanto, onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspetivo conjunto de su crédito la promesa del pago deudor y la garantía del tercero». Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.^a, 25 de abril de 2006 (AC 2006, 1664) reclamación de retribución al ser la fianza onerosa —fijación de un 3%.

⁸⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1993). *Derecho civil español, común y foral*, T. IV Derecho de obligaciones, *op. cit.*, 770; SANTOS BRIZ, J. (1973). *Derecho civil. Teoría y práctica*, T. IV Derecho de obligaciones. Los contratos en particular, Madrid: Edersa, 535; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 325; REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016) Naturaleza y extensión de la fianza, *op. cit.*, 61-62 y 65; MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 185 precisa que, la fianza onerosa determina que «el contrato será sinalgámico con la consecuencia que el fiador podrá resolver el contrato si no recibe la contraprestación prometida por el acreedor (art. 1124 CC)». *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 1982 (*RJ* 1982, 5562); de 12 de junio de 1985 (*RJ* 1985, 3109); de 20 de febrero de 1987 (*RJ* 1987, 701); y, de 29 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9656).

⁸¹ En esta línea, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 757 y 760.

⁸² ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 253; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). Comentario a la Sentencia del 20 de octubre de 1989, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-octubre*, número 21, 975; VICENT CHULIÁ, F. (1990). *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. II Contratos, 3.^a ed., Barcelona: Bosch, 277-279; del mismo autor (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*, *op. cit.*, 1100; CORTES L.J. (2019). Las garantías de la contratación mercantil, *op. cit.*, 342. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1975 (*RJ* 1975, 2054).

⁸³ Señala MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, *op. cit.*, 70 que «en los contratos acerca de los cuales el CCom no establece ningún criterio para determinar su carácter mercantil, no nos cabe duda que cuando u contrato se celebra entre dos empresarios, actuando los dos en el marco de su actividad propia, el contrato será mercantil».

⁸⁴ CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 95-96.

⁸⁵ Para CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 94-95 «esta exigencia formal carece de justificación, como ocurre en general con cualquier otro tipo de exigencia de forma sustancial para los contratos mercantiles. Como la norma no merece una interpretación extensiva, hemos de entender que, la forma escrita exigida para la validez del «afianzamiento» se refiere en exclusiva a la declaración de voluntad del fiador, sin que resulte preciso que conste de la misma forma la aceptación del acreedor, que se deducirá normalmente de los hechos confluientes». Por su parte, MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, *op. cit.*, 183 precisa que «la forma escrita se exige para la declaración de voluntad del deudor, pero no para el acreedor». *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988, 9307); y, de 30 de enero de 1990 (*RJ* 1990, 102).

⁸⁶ INFANTE RUIZ, F.J. (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso, *op. cit.*, 202-203; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á. (2021). Contratos mercantiles de depósito y préstamo. Garantías mercantiles. En: G.J. Jiménez Sánchez y A. Díaz Moreno (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 24.^a ed., Madrid: Tecnos, 585-586; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*, 36.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 366-368 precisan, también que, la aplicación del artículo 442 del CCom «depende del carácter indefinido de la fianza y también de que esta tenga carácter oneroso, ya que

este artículo alude para su aplicación a que se haya pactado “una retribución al fiador”». Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 y 23 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 9002; y *RJ* 1996, 1593); y de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.^a, 17 de octubre de 2013 (*JUR* 2014, 44675) aunque se exige la constancia escrita, no es necesario que se haga en documento público.

⁸⁷ VICENT CHULIÁ, F. (1990). *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, 19; del mismo autor (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*, *op. cit.*, 1100; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Navarra 1985, 148; CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 97; SÁNCHEZ CALERO F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, 368; CORTES L.J. (2019). Las garantías de la contratación mercantil, *op. cit.*, 344-345.

⁸⁸ *RJ* 1989, 6925 y *RJ* 1989, 6941.

⁸⁹ *RJ* 1990, 1665.

⁹⁰ *RJ* 1992, 2007.

⁹¹ *RJ* 1995, 2145.

⁹² *RJ* 1997, 1419. También resaltado por las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 4261); y, de 15 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 3242). *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, 2 de noviembre de 1993 (*AC* 1993, 2318); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.^a, 2 de febrero de 2000 (*JUR* 2000, 70168); Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, 9 de octubre de 2006; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.^a, 29 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007, 179382); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 17 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 97394); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 20 de octubre de 2016 (*JUR* 2017, 56529).

⁹³ En relación con la vinculación funcional y la no consideración de consumidores, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2020 (Roj. STS 1441/2020; ECLI:ES:TS:2020:1441) dispone que el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2016 (C-534/15) Dumitras, mencionó expresamente la vinculación funcional del fiador con un prestatario que actúa en un ámbito empresarial o profesional el administrador y socio único de la sociedad (apartado 35). El presente caso tiene la particularidad que la sociedad prestataria es unipersonal y el socio único y su esposa están casados en régimen legal de gananciales. La Sra. Angelina es cotitular del capital social de la compañía mercantil deudora. De tal manera, aunque no hubiera firmado el préstamo como fiadora solidaria, al haberlo hecho su esposo, responsable ganancialmente por la fianza de este, como recogía en la Sentencia 594/2017, de 7 de noviembre que asumía la jurisprudencia establecido, precisamente, en los siguientes términos: «Además la jurisprudencia ha establecido vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso) cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se muestra la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni afianza (Sentencia 868/2001m, de 28 de septiembre; 650/2005, de 15 de julio y 572/2008, de 12 de julio, entre otras muchas. El último inciso del artículo 1365 del Código civil se remite en bloque a la reglamentación mercantil para determinar la responsabilidad derivada de las deudas contraídas por uno de los cónyuges cualquiera de ellos en el ejercicio del comercio. Es decir, se remite a los artículos 6 a 12 del CCom. Si bien, debe entenderse que esta remisión lo es únicamente a la esfera externa (la responsabilidad frente a terceros) debiendo acudirse al Código civil para todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad interna y a la responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales». Conforme a lo ya establecido en los artículos 6 y 7 del CCom cuando no haya oposición al ejercicio del comercio por el otro cónyuge, el acreedor podrá agredir directamente la totalidad del patrimonio ganancial, una vez haya probado que la deuda tuvo su origen en el ejercicio del comercio por parte del deudor (sentencias 539/1994, 6 de junio; 134/2006, 16 de febrero y 1035/2007, de 5 de octubre y las que se citan en ellas). Como consecuencia de ello, no puede predicarse respecto de la recurrente a la ajeneidad a la finalidad empresarial del prestatario que excluya la vinculación funcional y permitiría reconocerle la condición legal de consumidor conforme al artículo 3 del TRLGCU. Tampoco infringe los preceptos de la LCG porque en los contrato con adherentes profesionales no cabe realizar los controles de

transparencia y abusividad (sentencias de esta Sala 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero y 57/2017, de 30 de enero). Igualmente, la sentencia del 7 de noviembre de 2017 (Roj. STS 3956/2017; ECLI:ES:TS:2017:3956) hace referencia a la vinculación funcional del cónyuge por las deudas empresariales del otro cónyuge.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4576) no pueden los demandantes (fiadores solidarios con sus cónyuges) ser considerados consumidores por ser administradores y socios al 50% de la sociedad deudora principal. Sin embargo, no cabe negar la condición legal de consumidores a sus cónyuges al faltar su consentimiento expreso en el régimen de separación de bienes para que los demandantes ejerzcan el comercio.

Se discute la aplicación del Código civil catalán con preferencia a la regulación del Código de Comercio. En este caso, se opta por la aplicación de los artículos 6 a 12 del CCom, con preferencia a las normas del Código civil catalán, que será supletoria del Código de Comercio. No obstante, considera la Sala de lo Civil que, esta supletoriedad es de gran relevancia para la aplicación de tales artículos 8 y 9 del CCom, en caso de régimen de separación de bienes, en cuanto que influyen en la determinación de qué bienes son propios del empresario comerciante y quedan sujetos a las resultas del comercio, y cuáles son bienes propios de su cónyuge, por lo que, para quedar vinculados, se requerirá el consentimiento expreso de este. Si bien, no pueden beneficiarse de la inoponibilidad de la cláusula de afianzamiento invocada como abusiva al no haber sido declarada esta como tal en la sentencia recurrida.

⁹⁴ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2020 (RJ 2020, 145); y, 29 de noviembre de 2021 (dos) (RJ 2021, 5286; JUR 2021, 373144).

⁹⁵ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.^a, 9 de febrero de 2017 (JUR 2017, 143590); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, 7 de diciembre de 2017 (AC 2017, 1743); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.^a, 30 de mayo de 2019 (AC 2019, 1169).

⁹⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de enero de 1977 (RJ 1977, 128).

⁹⁷ CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 110.

⁹⁸ MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre el fiador y acreedor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, mayo-junio, 1839, señala al respecto que la cofianza «se configura, por su propia existencia y naturaleza, como un supuesto de obligación pluripersonal, pero la existencia de varios fiadores no implica por sí misma un caso de cofianza, ya que los distintos fiadores, aunque garanticen la misma deuda de un mismo deudor; lo que pueden hacer asumiendo obligaciones independientes unos de otros».

⁹⁹ RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 741 define la subfianza como «la obligación de garantía de la deuda ajena que asume un tercero —subfiador— para el caso que el obligado principal en virtud de la obligación garantizada —el fiador. No cumple con el deber que le incumbe».

¹⁰⁰ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 240.

¹⁰¹ REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1836 del Código civil, *op. cit.*, 1135.

¹⁰² DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Tomo 2) Contratos en especial. Cuasicontatos. Enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual, undécima ed., Madrid: Tecnos, 275.

¹⁰³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2015). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 343.

¹⁰⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la confianza y su régimen jurídico en el Código civil español, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 901-902. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 914).

¹⁰⁵ REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1837 del Código civil» *op. cit.*, 1139.

¹⁰⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3403); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, 28 de mayo de 1997 (AC 1997, 1164); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.^a, 30 de junio de 2017 (JUR 2017, 229834); y de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.^a, 9 de octubre de 2017 (JUR 2018, 18182).

¹⁰⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 207-209; MANZANARES SECADE, A. (1986). La cofianza: análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 754. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, 28 de mayo de 1997 (AC 1997, 1164).

¹⁰⁸ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, 17 de noviembre de 1994 (AC 1994, 2280); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, 22 de abril de 2010 (JUR 2011, 11110).

¹⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 345.

¹¹⁰ REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 1140.

¹¹¹ Así se establece, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1961 (RJ 1961, 937); y, de 3 de junio de 1968 (RJ 1968, 3064).

¹¹² En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil español, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 909; ALBÁDALEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T.III Derecho de obligaciones, vol. II Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, *op. cit.*, 450.

Asimismo, se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 12 de junio de 1999 (Roj. SAP TF 1569/1999; ECLI:ES:APTF:1999:1969) en su *Fundamento de Derecho Octavo*: «(...) Procede la condena del deudor principal y, subsidiariamente, la de los cofiadores, que únicamente vendrán obligados al pago de las cantidades de esa manera quedando a salvo, en todo caso y como señala la sentencia citada, «la posibilidad jurídica de los cofiadores, que procesal y materialmente solo podrán ser responsables subsidiarios...», es decir, cuando en ejecución de sentencia se determine, en su caso, la insolvencia de la deudora principal, también demandada».

¹¹³ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 217; CASTÁN TOBEÑAS J. (1993). *Derecho Civil español, común y foral*, T.IV Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, 790-791.

¹¹⁴ En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 236; MANZANARES SECADES, A. (1986). La cofianza: análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, *op. cit.*, 767.

¹¹⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1985). *Solidaridad en la fianza*, *op. cit.*, 122 entiende que existe solidaridad entre los cofiadores «en los supuestos en que media pacto de solidaridad entre los garantes, bien en aquellos casos en que, por inoponibilidad del beneficio de división, no cabe enervar la reclamación dirigida, por la integridad del débito, frente a uno de los cofiadores».

De todas formas, el régimen jurídico de la fianza solidaria está constituido por las normas que regulan la fianza, con ciertas excepciones, contenidas en el título XIV, libro IV del Código civil y por ciertas normas de la sección IV, cap. III, título I, del libro IV, del mismo Código. Respecto al régimen jurídico de la fianza solidaria, véase lo que a tal efecto manifestamos en el capítulo precedente.

¹¹⁶ No debemos olvidar tal como así también lo expresamos en la fianza solidaria, que la solidaridad pasiva solo se proyecta en las relaciones externas de los obligados, frente al acreedor; no así en las relaciones internas que rigen las reglas de la fianza. Se pronuncia en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.^a, 11 de junio de 1999 (Roj. SAP SS 1220/1999; ECLI:ESI:APSS:1999:1220) en su *Fundamento Jurídico Cuarto*: «El Tribunal acoge la primera pauta de la argumentación, pues: la solidaridad pasiva solo se proyecta en las relaciones externas de los obligados (frente al acreedor) pues en las relaciones internas (entre obligados) se produce la fragmentación de la deuda, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1145 párrafos 2.^º y 3.^º del Código civil y la antedicha regla es también de aplicación a los cofiadores solidarios, a tenor de lo dispuesto específicamente en el artículo 1844 párrafos 1.^º y 2.^º del Código civil y por remisión al régimen general en el artículo 1822.2.^º del Código civil». Añade, la sentencia además, que «En efecto la fragmentación de la deuda entre los cofiadores se produce exclusivamente dentro del ámbito de la fianza y, por tanto, excluye totalmente al deudor o a los deudores, ya que estos responde artículo 1838 del Código civil de los correspondientes, y, en su caso, los daños y perjuicios ocasionados».

¹¹⁷ Roj. STS 1645/2016; ECLI:ES:TS:2016:1645.

¹¹⁸ Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de enero de 1931 (*Col. Leg. J.C., T. 198*, Madrid 1932, núm. 37, 150-160) al declarar que, la solidaridad entre cofiadores es incompatible con la excusión de los bienes del deudor principal, porque para ello sería necesario que la responsabilidad de los cofiadores debía haber quedado como subsidiaria.

¹¹⁹ Tal planteamiento resulta también confirmado por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, así, en Sentencia de 3 de junio de 1968 (*RJ* 1968, 3064) reconoce en el *Considerando Cuarto* que: «partiendo del artículo 1837 del Código, este limita la responsabilidad de cada cofiador, en el caso de que respondieren varios de una misma deuda, a la parte que a cada uno corresponde a satisfacer; a menos que también entre ellos y no solo con relación al deudor principal, se hubiere estipulado la solidaridad, en cuyo caso responderán de la totalidad de la deuda».

¹²⁰ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 20.^a, 28 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 160092).

¹²¹ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de julio de 1998 (Roj. STS 4778/1998; ECLI:ES:TS:1998:4778); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.^a, 29 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 96286).

¹²² El vínculo de solidaridad entre los cofiadores excluye el *litisconsorcio pasivo necesario*. En este sentido, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (1997). *Partes y terceros en el proceso civil. Perspectiva jurisprudencial y práctica*, *op. cit.*, 519, señala que «De existir solidaridad pasiva, el acreedor podrá demandar sucesiva o simultáneamente a todos los cofiadores por la totalidad de la obligación»; NAVARRO HERNÁN, M. (1998). *Parte, legitimación y litisconsorcio en el proceso civil*. Estudio jurisprudencial práctico, Madrid: Colex, 222 considera que «en todos los supuestos de fianza solidaria no se da el litisconsorcio pasivo necesario, ya que en esta a tenor de los artículos 1822.2.^º y 1831 del Código civil, la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse incluso son necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor, una vez vencida e impagada la deuda»; MONTERO AROCA, J. *et al.* (2019). *Derecho jurisdiccional II Proceso Civil*, 27.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 90; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015). *Derecho procesal civil. Parte General*, 8.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 104; BANACLOCHE PALAO, J. y CUBILLO LÓPEZ, I. (2016). *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, 3.^a ed., Madrid: La Ley, 231.

En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988,9941) (Fdo. Drcho. 4.^º); de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 150) (Fdo. Drcho. 2.^º); y, de 7 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 914) señala, al respecto que «dado el carácter de fiadores solidarios de cualquiera de ellos, podría haber sido demandado individualmente, pues el vínculo de la solidaridad entre los obligados excluye el litisconsorcio pasivo necesario cuando se demanda a alguno o algunos de ellos».

¹²³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3212) en su *considerando segundo* permite al acreedor dirigir su acción contra el otro cofiador solidario por el importe de la deuda no extinguida por el pago parcial del otro.

¹²⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 236.

¹²⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). *Últ. Lug. Cit.* En esta línea, MILLÁN SALAS, F. (2020). Efectos de la fianza entre el deudor y el acreedor, *op. cit.*, 1841.

¹²⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2020). La fianza, *op. cit.*, 348-349.

¹²⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1830 del Código civil, *op. cit.*, 159.

¹²⁸ DE DIEGO, F.C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid, 284.

¹²⁹ DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, *op. cit.*, 435. Para REYES LÓPEZ, M.ºJ. (2016). Comentario al artículo 1830 del Código civil, *op. cit.*, 1120-1121 define dicho beneficio como «la facultad que le corresponde al fiador, para que, una vez haya tenido lugar el incumplimiento de la obligación principal, pueda aplazar el pago que ha garantizado y paralizar la pretensión de cobro del acreedor hasta que este haya intentado, sin éxito, la ejecución forzosa del deudor». Y añade que «es una de las manifestaciones en las que se expresa la condición de garante por parte del fiador, puesto que ello le permite

asegurarse que, si el deudor tiene bienes suficientes para hacer frente a su débito, deberá responder en su calidad de obligado principal y antes que él»; de la misma autora (2016). «La relación fiador acreedor», *op. cit.*, 140, «la facultad que le corresponde al fiador para que, una vez haya tenido lugar el incumplimiento de la obligación principal, pueda aplazar el pago que ha garantizado y paralizar la pretensión de cobro del acreedor hasta que este haya intentado, sin éxito, la ejecución forzosa del deudor». CASTILLA BAREA, M. (2013). «Comentario al artículo 1830 del Código civil», *op. cit.*, 12533, lo conceptúa como «beneficio de excusión como facultad que, por disposición de ley y con carácter general, asiste al fiador para resistirse a pagar al acreedor hasta que este haya intentado infructuosamente realizar el patrimonio del obligado principal, señalándole para ello de forma tempestiva bienes suficientes del deudor para pagar la deuda garantizada».

¹³⁰ Así lo exigen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1919 (*Col. leg. J. C., T. 148, Madrid, 1922, 460-165*); y, de 31 de marzo de 1927 (*Col. Leg., J.C., T. 174, Madrid, 1929, 583-593*).

¹³¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 329-330.

¹³² REYES LÓPEZ, M.ºJ. (2016). Comentario al artículo 1830 del Código civil, *op. cit.*, 1122. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 3046).

¹³³ Así lo entienden CASTÁN TOBEÑAS, J. (1993). *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, *op. cit.*, 791; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 345 quien expresamente afirma que los números 3.º y 4.º han de entenderse referidos a los cofiadores; es decir, que es la quiebra o concurso de un cofiador, o el no poder ser el cofiador demandado judicialmente dentro del Reino, el hecho que extiende la responsabilidad de sus compañeros. Es la quiebra o el concurso declarados lo que produce este efecto y no la simple insolvencia, que perjudicará al acreedor; acaso sea esta la fundamental diferencia de fondo con la regulación tradicional; GUILARTE ZAPATERO, V. (1975) Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil, *op. cit.*, 909-910; del mismo autor (1990). Comentario al artículo 1836 del Código civil, *op. cit.*, 245; MANRESA Y NAVARRO, J.M.º. (1973). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 394-395; SANTAMARÍA, J. (1958). Comentario al artículo 1831 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, T. II, Madrid, 866.

Por el contrario, consideran que cesan por las mismas causas que el de la excusión, entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 224-226; ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996). Consecuencias jurídicas del pago total de la deuda por un cofiador, *Revista de Derecho Privado*, mayo, 377-378.

¹³⁴ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 4261); y, de 15 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 3242); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.º, 1 de febrero de 2000 (*AC* 2002, 401); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.º, 25 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 110251).

¹³⁵ En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2019 (RoJ. STS 2230/2019; ECLI:ES:TS:2019:2230) no procede la nulidad por error en el consentimiento de las cláusulas de afianzamiento en préstamo hipotecario en el que se renuncia a los beneficios contemplados en el Código civil. El error, en todo caso, resulta inexcusable. Las cláusulas en cuestión, aunque extensa y algo reiterativas, resultan claras y comprensibles sin mayores dificultades para una abogada en ejercicio que, por razón de su profesión, debe conocer el instituto de la fianza y la posible renuncia y sus efectos, de los beneficios concedidos por el Código civil al fiado. Máxime cuando estas cláusulas con renuncia a dichos derechos, suelen ser habituales en las garantías personales que suelen exigirse para la concesión de préstamos.

¹³⁶ DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II Las relaciones obligatorias, *op. cit.*, 449.

¹³⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.º, 3 de marzo de 2011 (*JUR* 2011, 156770), de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.º, 25 de octubre de 2018 (*JUR* 2019, 16230).

¹³⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 225.

¹³⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 346. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 1968 (*RJ* 1968, 3064) y 25 de abril de 1969 (*RJ* 1969, 2232) aprecian esta misma situación.

¹⁴⁰ ALVENTOSA DEL RIO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 227-230.

¹⁴¹ En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T. II Derecho de obligaciones, vol. II Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, *op. cit.*, 450; CASTAN TOBENAS, J. (1993). *Derecho Civil español, común y foral*, T. IV Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, 791; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a (1973). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *Comentarios al Código civil español*, T. XII, 6.^a ed., revisada y puesta al día por Justo J. Gómez Ysabel, Madrid: Reus, 395-396; BORRELL Y SOLER, A. (1955). *Derecho Civil español*, T. III Obligaciones y contratos, Barcelona: Bosch, 533. Todos ellos coinciden en señalar que el momento en que debe usarse el beneficio de división es el de ser requerido para el pago de parte excede de la correspondiente al cofiador que se trate (art. 1832 CC).

¹⁴² GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil español, *op. cit.*, 908-909; del mismo autor (1990). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 243.

¹⁴³ DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II Las relaciones obligatorias, *op. cit.*, 448.

¹⁴⁴ En este mismo sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A. (2000). Comentario al artículo 1837 del Código civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona: Bosch, *op. cit.*, 180, al respecto manifiesta que si bien, no existe ninguna norma que determine el momento procesal adecuado para oponer el beneficio de división, no obstante, de su propia naturaleza se deduce que ha de serlo en el periodo expositivo del proceso, no después de contestada la demanda. Si en ella el cofiador no solicita la reducción de la pretensión por el total frente a él formulada, la misma ha de ser dirimida en el fallo con arreglo a lo suplicado en la demanda.

¹⁴⁵ MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor, *op. cit.*, 1843.

¹⁴⁶ No obstante este planteamiento, para GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil español, *op. cit.*, 912, nota 95; del mismo autor (1990). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 235 y 249 atendiendo a la naturaleza de la cofianza como garantía conjunta, la reducción parcial de la obligación principal lograda mediante la ejecución de bienes del deudor, debe beneficiar no solo al cofiador que alegó el beneficio sino a todos por igual.

¹⁴⁷ En este sentido, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (1997). *Partes y terceros en el proceso civil. Perspectiva jurisprudencial y práctica*, Madrid: Colex, 518.

¹⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamento de Derecho Civil patrimonial*, vol. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.*, 450; MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor, *op. cit.*, 1848.

¹⁴⁹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 248.

¹⁵⁰ Un concepto claro y sistemático de lo que debe entenderse por pago y cumplimiento es el que ofrecen DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1999). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 8.^a ed. revisada y puesta al día, Madrid: Tecnos, 164 «por pago entendemos, en un sentido general, el acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago es, en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es, en segundo lugar, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (*solutio*). El pago es, finalmente, la forma de satisfacer el interés del acreedor».

Es pago toda realización de la prestación debida (entrega de suma de dinero, de cosas específicas, realización de servicios o adopción de simples omisiones). En términos generales, el pago es un comportamiento del deudor que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria».

¹⁵¹ DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *op. cit.*, 472 define así el concepto de cumplimiento, pero advierte que hace referencia únicamente a lo que puede llamarse «*acto-final*» del deudor y la prestación que de manera principal constituye el objeto de la relación obligatoria. Sin embargo, esta última comprende además una

serie de deberes instrumentales o accesorios, que deben ser puestos también en juego por el deudor y que han de ser tenidos en cuenta no solo para definir la diligencia que el deudor debe prestar en el cumplimiento, sino también para determinar si este último es o no exacto.¹⁵²

¹⁵² Lo normal es que la prestación a la que se obliga el fiador, se satisfaga en dinero. Ahora bien, es posible que el fiador se obligue en defecto de cumplimiento de la obligación principal, consistente en dinero o en cualquier otra prestación a entregar una cosa distinta de estas. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 2000 (Roj. STS 2371/2000 (*Fundamento de Derecho Segundo*).

¹⁵³ *Vid.*, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3227); de 16 de mayo de 1995 (Roj. STS 2750/1995 (*Fundamento de Derecho Séptimo*)); de 15 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 8817). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.^a, 26 de noviembre y 1 de diciembre de 1997 (Roj. SAP Z 310/1997; ECLI:ES:APZ:1997:310; Roj. SAP Z 366/1997; ECLI:ES:APZ:1997:366); y, de la Audiencia Provincial de Girona, 23 de febrero de 1999 (*JUR* 1999, 350).

¹⁵⁴ RUEDA ESTEBAN L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 843. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 6054); y, de 31 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3767); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 16.^a, 8 de enero de 2001 (AC 2001,1986) intereses moratorios desde que se les hizo saber el pago a los deudores; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 2 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 276384); y, de la Audiencia Provincial Burgos, secc. 3.^a, 29 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 141100).

¹⁵⁵ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7488); y de 24 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 6054); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.^a, 7 de enero de 2003 (AC 2003, 1192); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, 9 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 189061); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 26 de junio de 2000 (*JUR* 2000, 284248); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.^a, 30 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 265183).

¹⁵⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992,9370); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.^a, 28 de mayo de 2007 (*JUR* 2009, 21488).

¹⁵⁷ REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario a los artículos 1838 y 1839 del Código civil, *op. cit.*, 1144.

¹⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2015). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 333.

¹⁵⁹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 23 de febrero de 1999 (AC 1999, 350); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.^a, 9 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 231893).

¹⁶⁰ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2020 (*RJ* 2020, 4565).

¹⁶¹ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 1988 (Roj. STS 896/1988); de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3831) subrogación del cofiador que paga la deuda afianzada frente a sus cofiadores en la preferencia que, correspondía al crédito principal sobre el documentado en póliza de fecha posterior; aunque limitada a la parte correspondiente al resto de los cofiadores; y, de 4 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 4327) subrogación en el crédito, pero no en la hipoteca ya extinguida por consolidación en procedimiento anterior y por relación distinta.

¹⁶² REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario a los artículos 1838 y 1839 del Código civil, *op. cit.*, 1146.

¹⁶³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2020). La fianza, *op. cit.*, 357. Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 1967 (*RJ* 1967/4708) la subrogación confiere título para proceder al reembolso.

¹⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 332; REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario a los artículos 1838 y 1839 del Código civil, *op. cit.*, 1147; RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 837-838 y 840-841 precisa que mientras la acción de reembolso surge de forma originaria, la subrogación tiene carácter derivativo. Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de noviembre de 1981 (*RJ* 1981, 4510); y de 29 de mayo de 1984 (*RJ* 1984, 2804).

¹⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 271.

¹⁶⁶ Como precisan, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 272 «no es justo que el deudor pague por ese descuido o negligencia». Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 846 señala que el artículo 1840 «sanciona el incumplimiento de un deber que impone al fiador: el de poner en conocimiento del deudor su propósito de pagar el crédito principal».

¹⁶⁷ Para RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 847 «El fiador no solo debe aplazar el ejercicio del reembolso, sino que, además estará privado de reclamar los gastos que se le hayan ocasionado como consecuencia de haber adelantado el pago»; REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario a los artículos 1838 y 1839 del Código civil, *op. cit.*, 1151, entiende que «no se adelanta ni retrasa el momento del vencimiento, sino que únicamente se retrae al día en que así se dispuso». *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 27 de junio de 2007 (AC 2007, 11580); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, 23 de febrero de 2010 (JUR 2011, 55371).

¹⁶⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1412). Si bien, precisa LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2015). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 333 que este precepto «impone al fiador la carga de notificar al deudor el pago por él realizado, de modo que, omitida tal notificación, es un hecho posterior —el pago por el deudor que ignora la extinción de la deuda— lo que priva de reembolso al fiador y le aboca a la repetición frente al acreedor».

¹⁶⁹ Roj. STS 3251/2002. ECLI:ES:TS.2020:3251.

¹⁷⁰ RJ 1997, 1011.

¹⁷¹ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de junio de 2002 (RJ 2002, 4900) no obstante, precisa que, dentro de la configuración de la conducta del acreedor como determinante de la liberación del fiador por hechos del aquél, no es descartable la conducta pasiva del acreedor.

¹⁷² Roj. STS 268/2009; ECLI:ES:TS:2009:268.

¹⁷³ Roj. STS 5168/2011; ECLI:ES:TS:2011:5168; y Roj. STS 9274/2011; ECLI:ES:TS:2011:9274.

¹⁷⁴ RJ 2013, 5389.

¹⁷⁵ RJ 2020, 4565. Señalan DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 272 que «una recta inteligencia del precepto obliga a circunscribirlo a hechos perjudiciales para el fiador, si no tiene por causa los que legítimamente pudiera realizar el acreedor para conseguir la satisfacción de su crédito».

¹⁷⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 337 y 342; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 272.

¹⁷⁷ RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 871.

¹⁷⁸ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.^a, 15 de marzo de 2002 (JUR 2002, 151372); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 1 de febrero de 2017 (AC 2017, 828).

¹⁷⁹ Para PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2020). La fianza, *op. cit.*, 359 «con fundamento en el artículo 1201 número 3 del Código civil, cabe entender que el pago hecho por un fiador ocasiona la subrogación *ope legis* a efectos del regreso reconocido por el artículo 1844 del Código civil».

¹⁸⁰ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de julio de 1998 (RJ 1998, 5213).

¹⁸¹ RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 853.

¹⁸² CASTILLA BAREA, M. (2013). Comentario al artículo 1839 del Código civil, *op. cit.*, 12661-12662. Por su parte, COLÁS ESCANDÓN, A.M.^a (2020). Contratos de garantía, *op. cit.*, 5230 entiende que es suficiente para excluirlo la insolvencia del deudor.

De todas formas, entiende MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, *op. cit.*, 843 ante el abono por el deudor a uno de los cofiadores solventes, la cantidad que, entre todos hubieran pagado al acreedor, el resto de los cofiadores pueden, para este autor «si los cofiadores solventes habían notificado al deudor

que habían abonado parte de la deuda, parece que deberá dirigirse contra el deudor (...). En cambio, si no notificaron al deudor que habían pagado parte de la deuda al acreedor, parece que solo les queda la posibilidad de dirigirse contra el cofiador *solvens* a quien el deudor abono toda la cantidad pagada».

¹⁸³ *Vid.*, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de abril de 1996 (*RJ* 1996, 6915); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.^a, 13 de enero de 2000 (*AC* 2000, 633); y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, 10 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 250210).

¹⁸⁴ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8436).

¹⁸⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 5878) no se exige que el pago por el cofiador venga precedido por la intimación judicial o extrajudicial del acreedor; las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.^a, 30 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 271886); y, de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.^a, 10 de julio de 2012 (*JUR* 2013, 1311623).

¹⁸⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 6834).

¹⁸⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.^a, 30 de enero de 2012 (*JUR* 2012, 66342).

¹⁸⁸ CASTILLA BAREA, M. (2013). Comentario al artículo 1839 del Código civil, *op. cit.*, 12664; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 347 entiende que el artículo 1844 del Código civil coincide con el artículo 1145 del mismo cuerpo legal. Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 27 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4458); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.^a, 10 de junio de 2003 (*JUR* 2003, 211624) tampoco procede la exigencia del artículo 1844.3 del Código civil cuando además de la solidaridad entre fiadores, la hay con el deudor; y, de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.^a, 15 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004, 25431) no procede ante el carácter solidario de la cofianza la aplicación del artículo 1844.3 del Código civil.

¹⁸⁹ RUBIO GARRIDO, T. (2002). *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Granada: Comares, 252; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1990). Sobre el artículo 1844 del Código civil, *Centenario del Código civil (1889-1989)*, T. I, Madrid, 1030-1032. En contra, TUR FAÚNDEZ, M.^aN. (1996). *El derecho de reembolso (en el pago por tercero, regímenes económicos-matrimoniales, solidaridad, responsabilidad civil y otros supuestos): régimen jurídico, jurisprudencia*, Valencia: Editorial General de Derecho, 156

¹⁹⁰ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, 27 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 127065).

¹⁹¹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1979). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 261; CASTILLA BAREA, M. (2017). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 12667. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1982 (*RJ* 1982, 6550); de 11 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3227); y, de 4 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3493).

¹⁹² No obstante, LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 348 precisa que «la protección de los cofiadores ante el pago arbitrario hecho por uno de ellos, se consigue a través de la oposición de las correspondientes excepciones a la acción de regreso; no limitando este a los supuestos enunciados en la ley».

¹⁹³ *RJ* 1988, 5581. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 18 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 1907664) pago no imprudente ni precipitado; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.^a, 6 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 124074); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.^a, 13 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 28178173) inexistencia de pago prematuro o malicioso por parte de la fiadora demandante; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.^a, 26 de junio de 2016 (*AC* 2016, 1306) el fiador no pagó de modo arbitrario, sin justificación alguna para hacerlo de «*motu proprio*» o maliciosamente. Pago forzado por las circunstancias.

¹⁹⁴ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4428) ineludible obligación de efectuar el pago ante la insolvencia de la sociedad deudora; de 16 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 6770); y, de 23 de julio de 2015 (*RJ* 2015,

3706) pago de la deuda por los cofiadores demandantes ante el impago de las cuotas del arrendamiento financiero y las reclamaciones extrajudiciales del acreedor, alcanzando entre ellos un acuerdo de cancelación anticipada de ambos contratos mediante una quita del 25% evitando así una reclamación judicial y la aplicación de los intereses moratorios pactados. Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. Única, 28 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 74542); de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. Única, 15 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 151372); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, 6 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 250399) la anticipación del pago al requerimiento no puede haber producido más que beneficios al conjunto de los fiadores, quienes de otro modo hubieran tenido que soportar los gastos del requerimiento; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, 22 de abril de 2010 (*JUR* 2011, 111110) para el caso que la entidad prestataria resulte insolvente; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, 2 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 729); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.^a, 28 de noviembre de 2012 (*JUR* 2012, 17681); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 27 de febrero de 2013 (*JUR* 2014, 32747); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.^a, 23 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 52762); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 12 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 120392); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.^a, 8 de abril de 2016 (*JUR* 2017, 112759); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.^a, 17 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 186078) pago que la resultado beneficioso para el resto, al evitar incurrir en morosidad y entrar en un registro que, le hubiera impedido obtener liquidez a través de terceros; y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.^a, 6 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 255160).

¹⁹⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6705); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 27 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4458) justificado el pago cuando la insolencia del deudor por el que se responde es evidente y palmaria; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.^a, 23 de marzo de 2011 (*JUR* 2014, 299370); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.^a, 14 de diciembre de 2011 (*JUR* 2014, 179096); y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.^a, 22 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 244847). En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.^a, 29 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 101395) no procede el derecho de reintegro o reclamación de cantidad ante la falta de acreditación de la situación de insolencia del deudor principal; asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 27 de marzo de 2017 (*JUR* 2018, 217762) falta de acreditación que el pago realizado lo fuera en beneficio de los demás cofiadores solidarios.

¹⁹⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de abril de 2006 (*RJ* 2006, 1848).

¹⁹⁷ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988, 9287); de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 150); y, de 13 de octubre de 2009 (Roj. STS 6153/2009; ECLI:ES:TS:2009:6153). Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, 30 de octubre de 1998 (*AC* 1998, 8041); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, 5 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 160361); de la Audiencia Provincial de Barcelona secc. 16.^a, 13 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 265819); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.^a, 15 de marzo de 2011 (*JUR* 2011, 20212); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 24 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 84601). No obstante, para la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 3 de marzo de 2000 (*JUR* 2001, 106317) el derecho de repetición contra los demás no surge mientras no se ha producido el pago total de la deuda.

¹⁹⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 5566); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 1 de febrero de 2017 (*AC* 2017, 828) limitación a la cantidad efectivamente abonada por el cofiador al haber hecho un pago parcial de la deuda. No obstante al tratarse de una acción de rembolso entre cofiadores esposos, se permite la compensación con la cantidad derivada del procedimiento de ejecución instado por la esposa contra el esposo por impago de pensiones alimenticias a hijos; y de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.^a, 19 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 16725) reclamación a los demás de su cuota parte, aunque no haya cubierto la totalidad de la deuda y aunque no se haya alcanzado la totalidad de su cuota.

¹⁹⁹ CASTILLA BAREA, M. (2017). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 12670-12671; COLÁS ESCANDÓN, A.M.^a (2020). Contratos de garantía, *op. cit.*, 5231; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 274; REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 1161. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1982 (*RJ* 1982, 6550) acción contra deudor principal y conjuntamente a los cofiadores; de 3 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 5213); de 5 de febrero de y de 20 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 964; y *RJ* 2007, 5301); y, de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7814); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, 14 de diciembre de 1998 (*AC* 1998, 8173) acción contra el deudor principal y conjuntamente a los cofiadores; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, 12 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 160587).

En contra GUILARTE ZAPARTERO, V. (1990). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 1835 exige que el derecho de regreso contra los demás cofiadores tenga carácter subsidiario respecto de una reclamación previa contra el deudor principal.

²⁰⁰ RUEDA ESTEBÁN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 857.

²⁰¹ REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2016). Comentario al artículo 1845 del Código civil, *op. cit.*, 1163.

²⁰² *JUR* 2021, 99306.

²⁰³ Roj. STS 4039/2003. ECLI:ES:TS:2003:4039; y Roj. STS 4051/2003. ECLI:ES:TS:2003:4051.

²⁰⁴ Roj. STS 5479/2013. ECLI:ES:TS:2013:5479.

²⁰⁵ Roj. STS 725/2017. ECLI:ES:TS:2017:725.

²⁰⁶ Roj. STS 709/2020. ECLI:ES:TS:2020:709.

²⁰⁷ *RJ* 2000, 1158.

²⁰⁸ Roj. STS 6046/2011; ECLI:ES:TS:2011:6046.

²⁰⁹ En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 2010 (Roj. STS 984/2010; ECLI:ES:TS:2010:984) se destaca, como la jurisprudencia ha establecido que el dolo no solo se manifiesta en la «en la insidia directa o inducторa de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe». En esta línea, también se pronuncia la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 2 de marzo de 2020 (Roj. STS 709/2020; ECLI:ES:TS:2020:709) al afirmar que «la jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, pueda consistir no solo en la insidia directa o inducторa de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico».

²¹⁰ *RJ* 1961, 351.

²¹¹ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 2013 (Roj. STS 5479/2013; ECLI:ES:TS:2013:5479).

²¹² *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2009 (Roj. STS 1548/2009; ECLI:ES:TS:2009:1548).

²¹³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de marzo de 2017 (Roj. STS 725/2017; ECLI:ES:TS:2017:725), entre otras.

²¹⁴ Roj. STS 3960/2021; ECLI:ES:TS:2021:3960.

²¹⁵ Sobre la esencialidad del error, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2020 (Roj. STS 313/2020; ECLI:ES:TS:2020:313) en la que se indica que «la esencialidad se refiere a la gravedad o transcendencia que todo error, por su carácter excepcional, ha de tener para que pueda ser tomado en consideración. Se pretende evitar que alguien quiera liberarse de la obligación contraída alegando la existencia de errores sin verdadera trascendencia en la prestación del consentimiento. Ha de evitarse cualquier planteamiento meramente subjetivista que tienda a hacer recaer la esencialidad del error en la percepción íntima y personal del que lo sufre».

²¹⁶ El artículo 281.1 señala que son créditos subordinados: «5.^o Los créditos que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos establecidos en esta Ley». Por su parte, el artículo 282 indica que, se consideran personas

especialmente relacionadas con el concursado persona natural «1.º. *El cónyuge del concursado o quién lo hubiera sido dentro de os dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*». Asimismo, el artículo 283.1 considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: «1.º. *Los socios que conforme a la ley sea personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un die por ciento sino los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada a las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior*».

²¹⁷ Así, VEIGA COPO, A.B. (2021). Comentario al artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.) y M. Martínez Muñoz (coords.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 1579 precisa al respecto que «si el fiador es ordinario y el acreedor es subordinado, el regreso del fiador será subordinado; si el fiador es subordinado y el acreedor es ordinario, el regreso del fiador será también subordinado»; SACRISTÁN BERGIA, F. (2021). Comentario al artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.) y Fco. J. Arias Varona; A. Gutiérrez Gilsanz y J. Megías López (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2.^a ed., Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 1309-1310.

²¹⁸ GARCÍA ESCOBAR, G.A. (2021). Comentario al artículo 310 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.) y M. Martínez Muñoz (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2039.

²¹⁹ Procede señalar que, el artículo 315 del citado Texto Refundido establece como autores de la propuesta de convenio en las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en esta Ley, el deudor y los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte de la masa pasiva. En todo caso, no podrá presentarse propuesta de convenio, si el concursado hubiera solicitado la liquidación de la masa activa.

Por su parte GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2021). Comentario al artículo 399 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.) y Fco. J. Arias Varona; A. Gutiérrez Gilsanz y J. Megías López (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2.^a ed., Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 1702 precisa que «al tratarse de una norma dictada en interés de los garantes personales, no se podrá disponer de ella en su perjuicio sin su consentimiento, por lo que no cabría introducir en el convenio una cláusula por la que se prevea que, a pesar de votar a favor el acreedor conservaría íntegros sus derechos frente a tales garantes, aunque no se hubiera llegado a pacto sobre el particular con el garante».