

## 1.5. Obligaciones y Contratos

### Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor

*Effects of the guarantee holds between  
the guarantor and the creditor*

por

FRANCISCO MILLÁN SALAS

*Profesor contratado Doctor de Derecho civil  
Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** Este trabajo aborda el estudio de los efectos de la fianza en la relación del fiador con el acreedor. Cuando el acreedor se dirige al deudor para el cumplimiento de la obligación principal y el deudor la incumple, el acreedor ha de dirigirse al fiador para que cumpla por el deudor, ante esta reclamación, el fiador tiene, por una parte, el beneficio de excusión, de forma que puede eludir el cumplimiento de la obligación hasta que el acreedor no haya perseguido los bienes del deudor que el fiador ha designado; y, por otra, tiene el beneficio de división, en caso de cofianza, por el cual el fiador puede dividir el pago de la deuda cuando el acreedor le reclama la totalidad de la misma o una cantidad mayor de la que le corresponde. Se analizan, de uno y otro beneficio, los antecedentes, los conceptos, los requisitos para su ejercicio, las causas por las que no tienen lugar, así como sus efectos.

**ABSTRACT:** This work analyses the legal effects of the guarantee and the relation between guarantor and creditor. When the creditor requires the debtor to comply with a existing legal obligation and the debtor fails, the creditor alternatively addresses the guarantor to comply with the debt obligations. Upon request, the guarantor can firstly invoke the right to object, through delaying or preventing the fulfillment of payment until the creditor has compensated debts from the debtor's assets designated by the guarantor; on the other hand, the guarantor can oppose the benefit of division in cases of joint guarantee, whereby the guarantor can split the payment due when the creditor claims the full debt or a greater amount than it is entitled to. Backgrounds, main concepts, legal requirements, exception clauses and legal effects are analysed here in detail.

**PALABRAS CLAVE:** Fianza. Acreedor. Fiador. Deudor. Beneficio de excusión. Beneficio de división. Cofianza.

**KEY WORDS:** Guarantee. Creditor. Guarantor. Debtor. Right to object. Benefit of division. Joint guarantee.

**SUMARIO:** I. CONCEPTO DE FIANZA.—II. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DEL FIADOR.—III. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREDOR: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BENEFICIO DE EXCUSIÓN. A) Antecedentes del beneficio de excusión. B) Concepto de beneficio de excusión. C) Fundamento. D) Requisitos de eficacia del beneficio de excusión: a) Que el fiador oponga el beneficio de excusión al acreedor luego le requiera para el pago. b) Que señale bienes del deudor que sean realizables en territorio español y sean suficientes para cubrir la deuda. E) Efectos. F) Supuestos en los que no tiene lugar el beneficio de excusión: a) Renuncia del fiador al beneficio de excusión. b) Cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor. c) En el caso de quiebra o concurso del deudor. d) Cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino. e) En la fianza mercantil. f) En la fianza judicial. G) El beneficio de excusión en la subfianza. 3. BENEFICIO DE DIVISIÓN. A) Antecedentes históricos. B) Concepto y naturaleza de la cofianza. C) Configuración de la cofianza en el Código civil. D) Regulación del beneficio de división en el Código civil. E) Forma de ejercerse el beneficio de división. F) Supuestos en los que no tiene lugar el beneficio de división: a) Renuncia del cofiador al beneficio de división. b) Que los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor. c) Quiebra o concurso del cofiador. d) Cuando el cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino. e) En la fianza judicial. G) Consecuencias del cese del beneficio de división.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONCEPTO DE FIANZA

La fianza se define como una garantía por la que una tercera persona, fiador, se compromete cumplir una obligación principal, cuando el deudor no la cumple. Se trata de una garantía personal por cuanto el fiador se compromete a cumplir la obligación que el deudor principal tiene con el acreedor.

El artículo 1822 del Código civil establece que «Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este».

La STS de 12 de noviembre de 2020, sostiene que «Aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, en todo caso se trata, en el sentido empleado en el citado artículo, de una institución de garantía de naturaleza personal. Como pusimos de manifiesto en la Sentencia 56/2020, de 27 de enero, 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 de 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)».

Para GUILLARTE ZAPATERO 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 esta»<sup>1</sup>. Para CASTÁN, «en sentido estricto y técnico, la fianza es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no

cumple el deudor principal»<sup>2</sup>. Para DÍEZ PICAZO «En sentido estricto y técnico, la fianza es un tipo especial de garantía que se produce cuando un tercero se compromete a ejecutar la prestación debida por el deudor al acreedor. El fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, obligándose personalmente respecto del acreedor»<sup>3</sup>. Para LASARTÉ ÁLVAREZ, «la fianza es la garantía personal que se constituye al asumir un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de una obligación si no la cumple el deudor principal, extendiendo la responsabilidad a su propio patrimonio»<sup>4</sup>.

Sin embargo, una parte de la doctrina no considera a la fianza como una garantía personal sino como garantía real, en este sentido AMORÓS GUARDIOLA la define como una garantía real u objetiva, en la que la garantía se obtiene ampliando la responsabilidad del patrimonio del deudor con un nuevo objeto que queda especialmente vinculado al cumplimiento en cuanto la fianza supone la afección de un patrimonio sucesiva y accesoriamente<sup>5</sup>.

## II. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DEL FIADOR

Las características de la obligación del fiador son, por una parte, la accesoriedad, y, por otra, la subsidiariedad.

En cuanto a la accesoriedad de la obligación, al ser la fianza una obligación de garantía no puede entenderse si no existe una obligación principal (STS de 25 de febrero de 1958). Esta accesoriedad de la obligación del fiador tiene sus manifestaciones en el Código civil en el artículo 1824.1 «La fianza no puede existir sin una obligación válida»; en el artículo 1826 «El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor»; en el artículo 1828 al establecer que el fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde la obligación que garantiza deba cumplirse; en el artículo 1847 «La obligación del fiador se extingue al mismo que la del deudor; y en relación a la transmisión de la fianza, esta se transmite con la obligación que garantiza, así, el artículo 1212: La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, y contra el deudor ya contra los fiadores, o el artículo 1528: «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza...».

La STS de 12 de noviembre de 2020, sostiene que de la configuración de la fianza «surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: 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, sí 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».

Como mantiene GULLÓN BALLESTEROS «La accesoriedad es una cualidad derivada necesariamente de la finalidad de la fianza, que es la de garantizar una deuda ajena; sin su existencia no es concebible obviamente la garantía. Esta garantía personal que significa la fianza se sustancia en que el acreedor ve reforzado su poder de exigir, pues puede dirigirse no solo contra su deudor sino contra otra persona más»<sup>6</sup>.

Sobre la característica de la subsidiariedad se discute por parte de la doctrina si se trata o no de una característica esencial de la fianza. Al respecto hay varias posiciones:

Una primera posición es la que considera que la subsidiariedad caracteriza a la fianza, que se trata de una característica normal de la fianza, pero no es esencial de la misma. Para esta posición, la subsidiariedad supone que el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación, siendo consecuencia de la subsidiariedad el beneficio de excusión del fiador. La subsidiariedad no es característica esencial de la fianza ya que el fiador puede obligarse solidariamente con el deudor, en cuyo caso desaparece el beneficio de excusión y puede el acreedor dirigir la reclamación, desde luego, contra el fiador<sup>7</sup>. En este sentido la STS de 25 de febrero de 1958 sostiene que la subsidiariedad en la fianza no tiene en nuestro Derecho 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.

Para ALVENTOSA DEL RÍO, partidaria de esta posición, hay que distinguir entre fianza subsidiaria y fianza solidaria. La fianza es subsidiaria cuando el fiador asume la obligación de garantía de modo que solo responderá del cumplimiento de la obligación principal cuando se haya producido el incumplimiento de la misma por el deudor. La fianza es solidaria cuando el fiador asume la obligación de garantía de modo que responde del cumplimiento de la obligación principal cuando se haya producido el vencimiento de la misma, sin necesidad de que el deudor haya incumplido esta. La subsidiariedad como la solidaridad significan en la fianza dos modos, distintos, de asumir el fiador la obligación de garantía. La subsidiariedad sería únicamente una característica de la fianza subsidiaria que significa que el fiador cumple por el deudor cuando este incumple la obligación principal, y no proceda oponer o no oponga el fiador el beneficio de excusión<sup>8</sup>.

Una segunda posición es la que mantiene que la subsidiariedad es característica esencial de la fianza, es inseparable de la misma cualquiera que sea la regulación por el Derecho positivo en cuanto al beneficio de excusión. Mantiene esta posición GUILARTE ZAPATERO, para el cual «Existiendo beneficio de excusión u orden, el distinto grado de las obligaciones se manifiesta y actúa imponiendo una rigurosa consecuencia de tipo práctico. La circunstancia del incumplimiento de la obligación principal, presupuesto básico para que funcione la fianza, parece que se relega ante la propia eficacia representada por la excusión, que atrae a primer plano la ejecución de la prestación principalmente debida e impone que no se pueda compelir al fiador a pagar la suya al acreedor sin la excusión previa en los bienes del deudor; siempre que, y esto es de suma importancia, aquel oponga el beneficio al ser requerido de pago por este. Pero también en los casos en que no existe beneficio de orden o no se ejerce hábilmente, la obligación del fiador es de grado distinto y posterior a la del deudor principal porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación, siendo en todo caso relevante no que el fiador pague antes o después que otro, sino que lo hace en lugar de otro»<sup>9</sup>.

### III. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREDOR

#### 1. INTRODUCCIÓN

El Código civil en el libro IV, título XIV, capítulo II, sección primera, que comprende los artículos 1830 a 1837, regula los efectos de la fianza entre el fia-

dor y el acreedor. Cuando el acreedor se dirige al deudor para el cumplimiento de la obligación principal y el deudor la incumple, el acreedor ha de dirigirse al fiador para que cumpla por el deudor. Ante la reclamación del acreedor al fiador, el Código civil en el artículo 1830 concede al fiador el llamado beneficio de excusión o de orden al establecer que «el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor», de manera que con la concesión de este beneficio el fiador puede eludir el cumplimiento de la obligación hasta que el acreedor no haya perseguido los bienes del deudor que el fiador ha designado. También, ante la reclamación del acreedor al fiador, el Código civil en el artículo 1837 concede al fiador, en caso de cofianza, el llamado beneficio de división al establecer 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», de forma que con este beneficio el fiador puede dividir el pago de la deuda cuando el acreedor le reclama la totalidad de la misma o una cantidad mayor de la que le corresponde.

En cuanto a la extensión de la fianza, el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones, si se hubiera obligado a más, se reducirá la obligación del fiador a los límites de la obligación del deudor (art. 1826 CC). El fiador responderá de la obligación principal, de todos sus accesorios, de los gastos del juicio que se hayan devengado después de que haya sido el fiador requerido para el pago (art. 1827 CC), y de las consecuencias legales de la fianza, así, las STSS de 22 de noviembre de 1916 y 30 de junio de 1969 afirman que el fiador responde no solo de la obligación principal, sino de sus consecuencias legales, una de ellas el abono de intereses por razón de la mora.

Veamos por una parte el beneficio de excusión, y, por otra, el beneficio de división.

## 2. BENEFICIO DE EXCUSIÓN

### A) *Antecedentes del beneficio de excusión*

El beneficio de excusión tiene su origen en el Derecho romano. En el Derecho romano clásico no estaba reconocido el beneficio de excusión, el acreedor podía dirigirse indistintamente para cobrar la deuda tanto al deudor principal como al fiador, salvo que se hubiera pactado lo contrario, es con Justiniano, novela 4.<sup>a</sup>, capítulo I, cuando se reconoce dicho beneficio al fiador, el cual podía defenderse de la reclamación del acreedor que no se hubiese dirigido previamente al deudor principal para el cobro de la deuda.

En nuestro Derecho se recogió en las Partidas, la Ley 9.<sup>a</sup>, tít. XII, Partida V establecía: «En el lugar seyendo aquel que fuese principal debdor, primeramente á el deben demandar a que pague lo que debe, é non á los que entraron fiadores por él; é si por aventura non oviese él de que lo pagar, deben demandar a los fiadores».

Posteriormente se recogió en el Proyecto de Código civil de 1836, en los artículos 1814 a 1819. El artículo 1813 del Proyecto de 1836 señalaba: «El fiador puede obligarse o solo accesoriamente a falta de cumplimiento de la obligación del deudor, o mancomunadamente con este como pagador principal», y el artículo 1814: «En el primero de los casos expresados en el artículo anterior, el fiador no debe ser reconvenido antes de que hecha excusión en los bienes del deudor, se

vea que estos no son suficientes para cubrir la deuda. En el segundo caso puede ser demandado el fiador sin que proceda excusión de los bienes del deudor».

Esta regulación, con alguna modificación, pasó a los artículos 1743 a 1749 del Proyecto de Código civil de 1851. Según el artículo 1743: «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin previa excusión de todos los bienes del deudor»; el artículo 1744 se refería a los casos en que no tiene lugar la excusión, así: «La excusión no tiene lugar: 1. Cuando el fiador renunció expresamente a ella. 2. Cuando se obligó mancomunadamente con el deudor. 3. En el caso de haber quebrado el deudor. 4. Cuando este no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino»; el artículo 1745 establecía los requisitos de eficacia para su ejercicio: «Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión, debe oponerlo al acreedor, luego que este le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor, anticipándose la cantidad necesaria para hacer la excusión. El fiador no puede señalar bienes gravados, litigiosos o sitos fuera del territorio de la Audiencia en que debe hacerse el pago, o que no estén poseídos por el deudor, aunque hayan sido hipotecados para la seguridad de la deuda»; el artículo 1746: «Cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anterior, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable hasta donde ellos alcancen de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resultare»; el artículo 1747: «El acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; pero quedará a este a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos»; el artículo 1748: «La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal. La hecha por este tampoco surte efecto para con el fiador contra su voluntad»; y el artículo 1749: «El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal».

La regulación del Proyecto de Código civil de 1851 pasó, con escasos cambios, al Anteproyecto de Código civil 1882-1888, y definitivamente al Código civil donde se regula en los artículos 1830 a 1836.

#### *B) Concepto de beneficio de excusión*

El beneficio de excusión es definido por la doctrina de la siguiente forma: para GUILARTE ZAPATERO «Se entiende por beneficio de excusión o de orden 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»<sup>10</sup>; para DÍEZ PICAZO «El beneficio de excusión es una facultad que la ley atribuye al fiador y que tiene por objeto enervar o paralizar la pretensión ejecutiva del acreedor dirigida contra él»<sup>11</sup>; para CASTÁN, el beneficio de excusión o de orden consiste «en el derecho que se reconoce al fiador para eludir el pago mientras no se acredite la insolvencia, total o parcial, del deudor»<sup>12</sup>.

#### *C) Fundamento*

La doctrina fundamenta el beneficio de excusión en el carácter subsidiario que tiene la obligación del fiador. Así, DÍEZ PICAZO «El fundamento de dicho beneficio o facultad lo constituye el principio de subsidiariedad de la fianza.

El fiador no debe ser compelido a pagar mientras que el crédito pueda hacerse normalmente efectivo sobre el patrimonio del deudor<sup>13</sup>. Para DE DIEGO el beneficio de excusión es un favor concedido por la ley al fiador en armonía con la naturaleza subsidiaria de su obligación; pero no debe servir de pretexto para retardar o hacer más difícil en su ejercicio la acción del acreedor<sup>14</sup>. GUILARTE ZAPATERO justifica el beneficio de excusión, además de en la subsidiariedad, «en la propia naturaleza de la fianza como obligación de garantía lo que impone la consideración de dicho beneficio, al propio tiempo que como una ventaja para el deudor subsidiario, como una carga que determina, para su definitiva eficacia, un deber de cooperación con el acreedor»<sup>15</sup>.

*D) Requisitos de eficacia del beneficio de excusión*

Cuando el acreedor, vencida la obligación, se dirige al deudor principal para que cumpla con la misma, en caso de que el deudor principal no la cumpla, el acreedor es cuando se podrá dirigir contra el fiador para que la cumpla pudiendo este último oponer el beneficio de excusión. Partiendo de esta situación de incumplimiento de la obligación por el deudor principal, el artículo 1832 del Código civil establece los requisitos para la eficacia del ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador, así, dicho artículo dispone: «Para que el fiador pueda provecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que este le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor realizable dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda». El artículo 1745 del Proyecto de Código civil de 1851 establecía los mismos requisitos que establece el artículo 1832 del Código civil, salvo que los bienes señalados por el fiador «sean suficientes para cubrir el importe de la deuda». A la vista del artículo 1832 del Código civil, los requisitos de eficacia para el ejercicio del beneficio de excusión por el fiador son, por una parte, que lo oponga al acreedor cuando este le requiera para el pago, y, por otra parte, que señale bienes del deudor que sean realizable en territorio español y sean suficientes para cubrir la deuda. Veamos estos requisitos.

- a) Que el fiador oponga el beneficio de excusión al acreedor luego le requiera para el pago

Si el fiador quiere ejercitar el beneficio de excusión debe oponerlo y notificarlo al acreedor y debe hacerlo «luego que este le requiera para el pago», es decir, debe oponerlo inmediatamente. Ahora bien, en cuanto al momento oportuno para oponer el beneficio de excusión dependerá de cómo se haga el requerimiento de pago al fiador: si el requerimiento de pago es extrajudicial, si se demanda judicialmente solo al fiador o si se demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente.

En el primer supuesto, cuando el acreedor requiera de pago al fiador extrajudicialmente, el beneficio de excusión debe oponerlo el fiador inmediatamente a dicho requerimiento y designar bienes del deudor que cumplan las condiciones del artículo 1832 del Código civil.

En el caso de que el acreedor no cobre la deuda, una vez hecho por él el requerimiento extrajudicial al fiador, puede el acreedor demandar judicialmente al fiador, no pudiendo, en este caso, el fiador oponerle al acreedor el beneficio

de excusión porque anteriormente ya lo había opuesto; si bien, el fiador podrá oponer al acreedor que este ha actuado negligentemente en la excusión de los bienes señalados (art. 1833 CC).

En el segundo supuesto, que el acreedor demande judicialmente solo al fiador, hemos de afirmar que la presentación de la demanda judicial por parte del acreedor contra el fiador contiene el requerimiento de pago que exige el artículo 1832 para que el fiador pueda oponer el beneficio de excusión contra el acreedor, así, la STS de 25 febrero de 1968 declara que «en íntima relación el artículo 1832 con el 1830 del Código civil, dispone que para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión debe oponerlo al acreedor luego este le requiera al pago y señalarle bienes del deudor, realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda; precepto que no determina la forma del requerimiento, por lo que es claro que puede ser hecho por demanda judicial, que quedaría enervada al hacer uso de ese beneficio en la forma ordenada», y la STS de 25 de febrero de 1958 igualmente declara que al no determinar el artículo 1832 la forma del requerimiento, es claro que puede ser hecho por demanda judicial.

Para que la demanda judicial del acreedor al fiador sea eficaz se requiere que el acreedor haya intentado, sin éxito, el cobro de la deuda al deudor, en este sentido se manifiesta la STS de 7 de abril de 1975 cuando declara que para que la acción dirigida contra el fiador sea eficaz se requiere que la misma se haya dirigido previamente contra el primer responsable, acreditándose la insolvencia de bienes o el agotamiento de todos los recursos legales para el cobro de la deuda.

Es posible que el acreedor pueda demandar judicialmente al fiador sin que previamente haya hecho al mismo un requerimiento extrajudicial de pago, en este caso entiendo que debe haberse hecho un requerimiento de pago al deudor, habiendo el deudor incumplido la obligación<sup>16</sup>.

En el supuesto de que el acreedor demande judicialmente solo al fiador, este deberá oponer el beneficio de excusión, así como la designación de bienes, en el momento de contestar a la demanda. En este sentido se pronuncia la STS de 15 de abril de 2005, «tampoco los demandados cumplieron la exigencia del artículo 1832 del Código civil de señalar bienes del deudor al acreedor, en territorio español suficientes para cubrir el importe de la deuda, que al no haber sido requeridos de pago, lo debieron hacer en la contestación a la demanda, exigencia reiterada por la jurisprudencia en Sentencias de 31 de enero de 1986, 29 de octubre de 1991 y 21 de febrero de 2003. La STS de 7 abril de 1975 afirma que el tiempo oportuno para la oposición del beneficio de excusión es durante el periodo expositivo del pleito, y no en escritos distintos a los que se regulan en los artículos 524, 540 y 548 de la LEC, y mucho menos en los que se presentan después de constituida la relación jurídico-procesal; si ocurriera de otra forma o el beneficio se aplicara de oficio por los Tribunales, se produciría una verdadera incongruencia con infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de la LEC y se provocaría la indefensión del otro litigante que se vería impedido para formular sus alegaciones y utilizar sus medios de prueba, doctrina que, en este caso, se encuentra reforzada por el artículo 1832 del Código civil que no solo exige que se oponga luego de ser requerido para el pago de la deuda por el acreedor, sino que impone el deber de señalar bienes del deudor realizables dentro del territorio español y suficientes para cubrir el importe de la deuda. En el mismo sentido la STS de 3 de octubre de 1985.

En cuanto al tercer supuesto, cuando el acreedor demande judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente, este supuesto está regulado en el

artículo 1834 del Código civil, el cual establece: «El acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». En el mismo sentido el artículo 1747 del Proyecto de Código civil de 1851 mantenía que «El acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; pero quedará a este a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». La STS de 15 de marzo de 1972 sostiene que el artículo 1834 se refiere a una facultad o derecho que tiene el acreedor, fundada en razones de economía procesal, pero no a una obligación de citar a juicio al fiador cuando demande al deudor principal. La STS de 17 de junio de 1985 declara que la posibilidad de citación conjunta al deudor y fiador demuestra que es una facultad que se concede al acreedor, que puede o no ejercitarse. La STS de 25 de febrero de 1958 mantiene que la facultad que confiere el artículo 1834 al acreedor no se opone al derecho que asiste a este para, ejercitarse su acción contra el fiador solamente, si bien corriendo el riesgo de que le sea opuesto el beneficio de excusión. Y la STS de 22 de noviembre de 1916 sostiene que puede ejercitarse conjuntamente y en evitación de la duplicidad de procedimientos con idéntica finalidad la acción del acreedor contra el deudor y subsidiariamente contra el fiador con beneficio de excusión, que ha de quedar a salvo en la sentencia, declarando en consecuencia y previamente la insolvencia total o parcial del deudor para que pueda compelirse al fiador a que haga efectivo con sus propios bienes el pago por aquel. Como mantiene ALVENTOSA DEL RÍO «este artículo cuando habla de que el acreedor “podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal” se refiere a que “podrá demandar al fiador cuando demande al deudor”, puesto que en el último inciso del artículo reseñado se afirma que puede darse sentencia contra los dos, es decir, contra el fiador y el deudor, y esto, dar sentencia contra el fiador, solo es posible si el mismo ha sido demandado»<sup>17</sup>.

Cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente, el fiador puede ser que comparezca o no en juicio. En el caso de que el fiador comparezca en juicio y oponga el beneficio de excusión, tendrá que oponerlo en la contestación a la demanda y señalar bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. Tal como mantiene GUILARTE ZAPATERO, «En este caso, como también se ha demandado al deudor principal, no será necesario interrumpir el procedimiento contra el fiador y podrá recaer sentencia contra ambos, pero bien entendido que contra el garante, condenado como deudor subsidiario, no se podrá ejecutar sin antes haber realizado los bienes señalados y solo si estos resultan total o parcialmente insuficientes para cubrir la deuda cabe la realización del patrimonio del fiador»<sup>18</sup>. En el caso de que el fiador comparezca en juicio y no oponga el beneficio de excusión en el trámite de contestación a la demanda, se estimaría, como mantiene GUILARTE ZAPATERO, «que, al no ejercitarse oportunamente, se ha cerrado la oportunidad de oponerlo, quedando así expedita la ejecución de la sentencia dictada contra el fiador mediante el apremio correspondiente y sin que se precise de una declaración previa de la insolvencia del deudor o de la insuficiencia de sus bienes»<sup>19</sup>.

En el supuesto de que el fiador no comparezca en juicio, parece ser que el artículo 1834 del Código civil se está refiriendo a este supuesto cuando dice «pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». Así GUILARTE ZAPATERO mantiene que «Siendo potestativo del deudor subsidiario comparecer o no en el procedimiento instalado, pudiera entenderse que la expresa referencia de dejar a salvo el beneficio de excusión, aunque se

dé sentencia contra los dos deudores, se refiere al supuesto en el que el fiador citado no comparece. No ha podido alegar entonces eventuales excepciones de que dispusiera para eludir un pronunciamiento condenatorio y se le reserva la facultad de oponer el beneficio en el trámite de ejecución de sentencia»<sup>20</sup>. Por lo tanto, cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente, y el fiador no comparece en juicio, podrá oponer el beneficio de excusión y designar bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda cuando se dirijan contra el fiador los trámites de ejecución de la sentencia, sentencia recaída contra el deudor principal y el fiador.

Al supuesto cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente se refiere la STS de 20 de febrero de 2008: «El segundo de los motivos del recurso de casación, se funda también en el núm. 4.<sup>º</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1830 y 1832 del Código civil, por no apreciar las sentencias de instancia la existencia del beneficio de excusión respecto al fiador.

La demanda fue dirigida contra el fiador, con carácter subsidiario en relación con los deudores principales y la sentencia le ha condenado «subsidiariamente como avalista». Dicho fiador, cuando fue requerido de pago, manifestó que no se trataba de fianza solidaria, que disfrutaba del beneficio de excusión (art. 1830 CC) y señaló bienes suficientes de las sociedades deudoras para cubrir el importe de las deudas (art. 1832 CC).

La cuestión que se plantea en casación es si, pese a ello, cabe demandar al fiador y cabe dictar sentencia en que el fiador responda, subsidiariamente a los deudores, del cumplimiento de la obligación de pago de las deudas pendientes. La sentencia de la Audiencia Provincial lo analiza con perfecto detalle y esta Sala llega a la misma solución; lo expresa en estos términos: «En este caso la oposición del beneficio de excusión y el señalamiento de bienes del deudor no impedirá que se dicte la sentencia condenando al fiador a pagar al acreedor con carácter subsidiario. En la sentencia ni siquiera tiene que hacerse pronunciamiento alguno sobre el beneficio de excusión aunque el fiador lo hubiera opuesto con señalamiento de bienes del deudor, al ser requerido extrajudicialmente de pago o en el escrito de contestación a la demanda (reiterando su contestación al requerimiento extrajudicial o, en ausencia de este, por primera vez). El beneficio de excusión solo va a desplegar su eficacia en la fase de ejecución de la sentencia firme que condene al pago del deudor y del fiador con carácter subsidiario. De tal manera que no podrá acudirse a la vía de apremio contra los bienes del fiador mientras previamente no se haya agotado esa vía de apremio contra los bienes del deudor designados por el fiador al oponer el beneficio de excusión».

Por tanto, haya señalado o no bienes de los deudores —que sí los ha señalado— puede el fiador ser demandado y ser condenado, subsidiariamente respecto a los deudores principales. Lo cual es corroborado por el artículo 1834 del Código civil que permite al acreedor demandar al fiador e instar su condena, en la condición de deudor subsidiario que corresponde a este: al ser demandado subsidiariamente, el fiador está en condiciones de oponer el beneficio de excusión desde la contestación a la demanda hasta la ejecución de la sentencia. Asimismo, la Sentencia de 20 de enero de 1999, con cita de sentencias anteriores, dice que «el artículo 1834 permite demandar conjuntamente al deudor y al fiador, si bien ha de quedar a salvo el beneficio de excusión de este, no puede hacerse efectiva inmediatamente su condena». Por ello, debe mantenerse la condena subsidiaria del fiador, desestimando este motivo».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 7 de octubre de 2020, en base a la STS de 20 de febrero de 2008 sostiene: «En consecuencia, no se considera improcedente la condena al deudor principal conjuntamente con los fiadores, sin perjuicio de que los fiadores puedan oponer, si tuvieran derecho a ello, el beneficio de excusión en el proceso de ejecución de la sentencia».

- b) Que señale bienes del deudor que sean realizables en territorio español y sean suficientes para cubrir la deuda

Este segundo requisito para que tenga eficacia el ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador requiere, por una parte, que los bienes del deudor que el fiador haya señalado sean realizables en territorio español, y, por otra, que sean suficientes para pagar la deuda.

El que los bienes sean realizables en territorio español significa que pertenezcan en propiedad al deudor principal y que no se encuentren gravados, de manera que sea posible la ejecución de los bienes por parte del acreedor. En caso contrario, el acreedor se encontraría con serios problemas para la ejecución de los bienes, en perjuicio del acreedor y del propio fiador en cuanto que tendría que pagar total o parcialmente la deuda<sup>21</sup>. No serían realizables los bienes del deudor declarado en concurso de acreedores por ello el Código civil excluye en este caso el beneficio de excusión. El artículo 1745 del Proyecto de Código civil de 1851 mantenía unos criterios más concretos en relación a los bienes que el fiador tenía que señalar, criterios referidos no solo al lugar donde los bienes han de encontrarse, sino también a las circunstancias jurídicas en que se encuentran, y así establecía que «El fiador no puede señalar bienes gravados, litigiosos o sitos fuera del territorio de la Audiencia en que debe hacerse el pago, o que no estén poseídos por el deudor, aunque hayan sido hipotecados para la seguridad de la deuda».

En cuanto a que los bienes señalados por el fiador sean suficientes para pagar la deuda, hemos de destacar que dicho señalamiento supone una designación de bienes concretos y determinados, en la que se hagan referencia a aquellos elementos necesarios para determinar las circunstancias jurídicas en que se encuentran, su localización dentro del territorio español y el pertenecer dichos bienes designados al deudor. La STS de 29 de octubre de 1915 estimó que no se cumple el requisito que estamos comentando cuando el fiador en la contestación a la demanda hace referencia «a la relación del activo presentado por los deudores principales en las diligencias de suspensión de pagos, puesto que tal referencia no envuelve designación de bienes determinados, realizables, suficientes y con garantía de una existencia real y efectiva, por cuanto aquella relación no tenía más valor que el de la firma de los propios deudores, cuya insolvencia aparecía acreditada con anterioridad en los autos de juicio ejecutivo». Igualmente, la STS de 31 de enero de 1986 mantuvo que «o se deduce que el recurrente ejerciese el denominado beneficio de excusión... que no puede entenderse ejercitado con la mera referencia a unos bienes indeterminados, sino que exige la designación de bienes determinados, realizables, suficientes para el completo pago y con garantía de una existencia real y efectiva, en el mismo sentido SSTS de 25 de febrero 1968, 7 de abril de 1975 y 29 de octubre de 1991».

Además de cómo ha de hacerse el señalamiento de bienes, hemos de destacar que los bienes señalados por el fiador han de ser suficientes para pagar la deuda. Al respecto mantiene GUILARTE ZAPATERO que «Una primera interpretación

de lo así dispuesto pudiera hacer pensar que el acreedor solo está obligado a la excusión si, efectivamente, los bienes señalados representan un valor económico igual, por lo menos, al importe de lo debido, de suerte que queda relevado de tal deber en el caso de que no resultara así. Creo, sin embargo, que la excusión debe ser intentada en cualquier supuesto por el acreedor, partiendo siempre de la seriedad de la designación formulada. La menor entidad de los bienes del deudor determinará que el fiador solo descargará su parte de responsabilidad por el equivalente obtenido en la realización del valor de aquellos»<sup>22</sup>.

Cuando el Código civil en el artículo 1832 establece los requisitos para la eficacia del ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador, no hace referencia a quién ha de pagar los gastos de la excusión, a diferencia del artículo 1745 del Proyecto de Código civil de 1851, que establecía que el fiador ha de anticiparle al acreedor la cantidad necesaria para hacer la excusión. Ante la omisión de tal requisito en el Código civil, apartándose del Proyecto de Código civil de 1851, entendemos que el fiador no debe anticipar al acreedor los gastos de la excusión. Pero una cosa es adelantar los gastos y otra distinta es si el fiador ha de pagar dichos gastos al acreedor. En principio, entendemos que el fiador no ha de pagar los gastos de la excusión al acreedor, así, el artículo 1827.1.<sup>º</sup> del Código civil establece que la fianza no puede extenderse a más de lo contenido en ella. Ahora bien, si la fianza fuera simple o indefinida, según el artículo 1827.2.<sup>º</sup> del Código civil, comprenderá, no solo la obligación principal, sino todos los accesorios, de manera que, los gastos de excusión, tendría que pagarlos el fiador si los mismos son considerados accesorios; y si dichos gastos son considerados judiciales, igualmente en la fianza simple o indefinida, el fiador responderá de ellos, ya que dichos gastos han sido devengados después que haya sido requerido el fiador para el pago (art. 1827.2.<sup>º</sup> CC).

#### E) Efectos

Una vez que el fiador ha opuesto al acreedor el beneficio de excusión en tiempo y señalando bienes del deudor realizable dentro del territorio español y suficientes para cubrir el importe de la deuda, los efectos que despliega el beneficio de excusión hay que analizarlos teniendo en cuenta si el acreedor requirió de pago extrajudicial o judicialmente al fiador.

En el caso de que el beneficio de excusión haya sido opuesto por el fiador una vez que el acreedor le haya requerido de pago extrajudicialmente, el acreedor ha de dirigirse al deudor en base a la designación de bienes del deudor que ha hecho el fiador, si estos bienes designados son suficientes para el pago de la deuda, esta quedará extinguida totalmente, igualmente quedará extinguida la obligación del fiador por aplicación del artículo 1847 del Código civil; en el caso de que no existan bienes suficientes para el pago de la deuda, esta quedará extinguida parcialmente, quedando el fiador obligado al pago de la parte restante, siempre y cuando se haya acreditado la insolvencia del deudor, pudiendo posteriormente el fiador ejercer las acciones que le pudieran corresponder contra el deudor para el cobro de la parte de deuda satisfecha.

En el caso de que el beneficio de excusión haya sido opuesto por el fiador una vez que el acreedor le haya demandado judicialmente solo a él, los efectos que produce el ejercicio del beneficio de excusión son la suspensión del procedimiento judicial que ha instado el acreedor contra el fiador para el pago de la deuda, de manera que el acreedor tendrá que dirigirse contra el deudor para

cobrar la deuda de los bienes designados por el fiador. Si los bienes designados son suficientes para el pago de la deuda, la obligación del deudor quedará extinguida y al mismo tiempo la del fiador (art. 1847 CC); si los bienes designados no son suficientes para el pago de la deuda, el fiador pagará la parte que falte hasta completarla, quedando extinguida la obligación del fiador, si bien, a partir de este momento el fiador podrá ejercer las acciones correspondientes contra el deudor principal para el cobro de la parte que el fiador ha pagado.

En el caso de que el acreedor demande judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente y el fiador comparezca y oponga el beneficio de excusión en el trámite de contestación a la demanda, como también se ha demandado al deudor principal, no será necesario interrumpir el procedimiento contra el fiador y podrá recaer sentencia contra ambos, pero bien entendido que el fiador será condenado como deudor subsidiario, de forma que no se podrán ejecutar los bienes del fiador sin antes haber realizado los bienes señalados del patrimonio del deudor<sup>23</sup>, una vez acreditada la insolvencia del deudor. Si los bienes designados por el fiador son suficientes para el cobro de la deuda por el acreedor, la deuda se extingue y al mismo tiempo la obligación del fiador (art. 1847 CC); en cambio, si los bienes designados por el fiador fueran total o parcialmente insuficientes para pagar la deuda, el fiador responderá con su patrimonio de toda la deuda o de la parte no satisfecha, según dicte la sentencia, pudiendo el fiador ejercer posteriormente las acciones que le pudieran corresponder contra el deudor por el importe satisfecho.

Un efecto específico del beneficio de excusión tiene lugar cuando, opuesto el beneficio de excusión en tiempo y cumpliendo todas las condiciones del artículo 1832 del Código civil, el acreedor es negligente en la excusión de los bienes señalados por el fiador. Para este supuesto, el artículo 1833 del Código civil establece: «Cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anterior, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte». El contenido de este artículo coincide fielmente con el contenido del artículo 1746 del Proyecto de Código civil de 1851.

Con esta norma se trata de proteger al fiador para no ser responsable por la conducta negligente del acreedor en la excusión de los bienes señalados por aquél. Siendo el descuido del acreedor en la excusión de los bienes señalados el causante de la insolvencia del deudor, no debe el fiador ser el perjudicado, sino el propio acreedor.

Los presupuestos para que el acreedor sea responsable de la insolvencia del deudor son: por una parte, que el fiador haya opuesto el beneficio de excusión luego el acreedor le requiera para el pago, señalando bienes del deudor realizable en territorio español y suficientes para el pago de la deuda<sup>24</sup>, y, por otra parte, que el acreedor haya sido negligente en la excusión de los bienes del deudor, dando lugar con ello a la insolvencia del deudor.

Como ya hemos estudiado el primero de los presupuestos, vamos a analizar el segundo presupuesto, la conducta negligente del acreedor en la excusión de los bienes del deudor. La negligencia del acreedor hay que tenerla en cuenta cuando el fiador haya opuesto el beneficio de excusión, una vez requerido de pago judicial o extrajudicialmente por el acreedor, y haber señalado bienes del deudor, no en un momento anterior, en este sentido se pronuncia la STS de 7 de octubre de 1933.

Como el requerimiento de pago del acreedor al fiador puede tener lugar extrajudicial o judicialmente, haya demandado judicialmente el acreedor solo al

fiador o conjuntamente a fiador y deudor, el momento en que se ha de valorar la conducta negligente del acreedor puede ser distinto.

Así, mantiene GUILARTE ZAPATERO que «si existe requerimiento extrajudicial de pago, desde el mismo momento de la designación de los bienes por el fiador comienza a ser relevante la conducta del acreedor dirigida a conseguir la realización de los mismos con independencia del procedimiento que en su caso, inste contra el fiador. Pero será en este procedimiento, y lo mismo si no existió requerimiento extrajudicial previo, donde se dilucidará si el beneficio de orden se ejercitó correctamente y si, consecuentemente, el acreedor ha actuado o no con la diligencia en la excusión. Así, pues, la sentencia que recaiga, tomando en consideración las pruebas practicadas en el momento procesal oportuno, deberá pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad por parte del acreedor, precisando, en su caso, el alcance de la misma, previa resolución del punto referido a la idoneidad de los bienes designados por el fiador para su realización y satisfacción consiguiente, en todo o en parte, del interés representado por la obligación principal. Probada tal aptitud, el acreedor será responsable si no actuó con la debida diligencia en la excusión de los bienes y estos, como consecuencia de ello, no pueden ser aprovechados para el pago de la deuda». Es, por tanto, dentro del procedimiento judicial en el que el acreedor ha demandado solo al fiador o al fiador y deudor conjuntamente donde se valora la actitud negligente del acreedor. «Pero nada obsta, como sigue afirmando GUILARTE ZAPATERO, a que si el acreedor —después de efectuada la reclamación extrajudicial de pago al fiador y designados bienes por este para la excusión—, no ejerce sus acciones judicialmente, pueda el garante promover el procedimiento oportuno dirigido a que se le declare liberado de la responsabilidad contraída y, consiguientemente, extinguida la obligación de la fianza, si se produjo la negligencia del acreedor en la persecución de los bienes y estos hubieran quedado perjudicados para el fin propuesto»<sup>25</sup>.

En cuanto a la valoración de la conducta negligente del acreedor en la excusión de los bienes del deudor, ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la fianza, las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, como establece el artículo 1104.1º del Código civil, además, como afirma GUILARTE ZAPATERO, debe estar conectada a la naturaleza, circunstancias y situación que concurren en los bienes designados por el fiador, pues no se debe valorar lo mismo la actitud del acreedor cuando se le señalan bienes del deudor cuya realización no ofrece dificultades que cuando la misma entraña graves problemas y resultados inciertos. En el primer caso, es claro que si el acreedor no se apresura a tratar los bienes y con su inacción o falta de diligencia da lugar a que estos desaparezcan o se embarguen por otros acreedores, incurre en la responsabilidad establecida en el artículo 1833 del Código civil; siendo discutible calificar de negligencia y generadora de responsabilidad la conducta del acreedor si, habiéndosele designado bienes del deudor que no se encuentran expedidos para su realización, no inicia y sigue hasta agotarlos los procedimientos pertinentes en cada supuesto, en muchas ocasiones costoso, de larga duración y resultado problemático. El mismo autor se pregunta hasta qué punto se puede responsabilizar al acreedor por no perseguir bienes designados del deudor cuya realización exige el ejercicio de acciones para reintegrarlos a su patrimonio o para anular los efectos de los negocios en cuya virtud salieron del mismo, manteniendo el autor que el artículo 1833 del Código civil no admite una interpretación afirmativa generalizada<sup>26</sup>. Sin embargo, para ALVENTOSA DEL RÍO hay que distinguir que una cosa es la dificultad en la realización de la excusión de dichos bienes, y otra cosa, muy

distinta, alegar esta dificultad para ni siquiera intentar la excusión; en el primer caso, una vez intentada dicha realización, no se consigue excluir los bienes por la dificultad que entraña su realización, parece que el acreedor debe quedar exento de esta responsabilidad, pero, en el segundo caso, no debe quedar exento de la misma cuando ni siquiera intente la excusión. Mantiene la autora que es conveniente dejar a los Tribunales la posibilidad de resolver cuál es la diligencia procedente y sí, en el caso concreto, existe negligencia en la actitud del acreedor, aunque existen comportamientos del acreedor que de suyo pueden calificarse de negligentes, como la no persecución de los bienes designados, el dejar que otro acreedor realice los bienes con anterioridad a su propia realización, el retraso malicioso en la excusión de los mismos etc.<sup>27</sup>.

Por lo que respecta a la prueba de la negligencia del acreedor, si como hemos comentado anteriormente los presupuestos para que el acreedor sea responsable de la insolvencia del deudor son, por una parte, que el fiador haya opuesto el beneficio de excusión luego el acreedor le requiera para el pago, señalando bienes del deudor realizables en territorio español y suficientes para el pago de la deuda, y, por otra parte, que el acreedor haya sido negligente en la excusión de los bienes del deudor, dando lugar con ello a la insolvencia del deudor, habría que probar, por tanto, la diligencia del fiador como del acreedor en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

Correspondería al fiador probar que los bienes del deudor designados para la excusión son realizables en territorio español y suficientes para el pago de la deuda.

Sin embargo, se discute si corresponde al fiador o al acreedor probar la negligencia del acreedor en la persecución de los bienes y que la insolvencia del deudor es consecuencia de dicha negligencia. Para SCAEVOLA<sup>28</sup> la prueba corresponde al fiador con base en la STS de 29 de mayo de 1897 que mantuvo la negligencia del acreedor por no ejercitara una tercera a fin de que se le pusiera en posesión de la cantidad producida por la venta de los bienes del deudor y que hubiera disminuido la cuantía de los compromisos del fiador. Igualmente para ALVENTOSA DEL RÍO, siguiendo la doctrina francesa estima que la prueba de la negligencia en la actitud del acreedor ha de recaer sobre el fiador y que parece deducirse de la STS de 31 de marzo de 1927 en cuanto señala que no cabe imputar al acreedor dicha negligencia pues no se ha tratado de combatir con elementos adecuados y eficaces, teniendo que realizar esta demostración los fiadores<sup>29</sup>. En cambio, GUILARTE ZAPATERO mantiene que «corresponde al acreedor acreditar que actuó con la diligencia debida en la excusión y que, si esta resultó infructuosa, tal consecuencia no fue debida a su comportamiento, o bien probar que si no desenvolvió ninguna actividad fue porque, aun en el caso de haber intentado la realización de los bienes señalados, este hubiera resultado ineficaz»<sup>30</sup>.

El que el acreedor incurra o no en la responsabilidad que establece el artículo 1833 Código civil está relacionada con los bienes designados por el fiador. Así, pueden ocurrir distintas situaciones, una primera situación es cuando el fiador designa bienes del deudor que no son idóneos para su ejecución, el acreedor en este caso no incurre en la responsabilidad del artículo 1833 del Código civil, pudiendo el acreedor reclamar el pago contra el fiador, aunque el deudor tenga otros bienes diferentes a los designados por el fiador al oponer el beneficio de excusión; una segunda situación es cuando habiendo el fiador designado bienes idóneos del deudor y habiendo el acreedor intentado la excusión de los mismos, el deudor resulte insolvente antes de la realización de dichos bienes, en este

caso no podemos hablar de conducta negligente del acreedor y, por lo tanto, no es responsable de la insolvencia del deudor; pudiendo el acreedor exigirle el pago de la deuda al fiador; una tercera situación es cuando habiendo el fiador designado bienes idóneos del deudor para su realización, el acreedor negligente no los persigue, perdiendo dichos bienes para con su ejecución cobrar la deuda, y consecuentemente resulta el deudor insolvente, en este caso el acreedor incurre en la responsabilidad del artículo 1833 del Código civil, quedando responsable de dicha insolvencia; y una cuarta situación es cuando habiendo el fiador designado bienes idóneos del deudor, el acreedor persigue otros bienes del deudor distintos de los designados por el fiador, en este caso, si el acreedor no cobra completamente la deuda, incurre en la responsabilidad del artículo 1833 del Código civil si el deudor resultase insolvente por la negligencia del acreedor en la excusión de los bienes designados por el fiador, pudiendo alegar el fiador que la designación de bienes está hecha si el acreedor se dirige al fiador para cobrar el resto de la deuda.

En todos los casos en que el acreedor resulta responsable conforme al artículo 1833 del Código civil, el acreedor responde de aquella insolvencia del deudor producida por su conducta negligente en la persecución de los bienes designados por el fiador<sup>31</sup>. En la misma medida que el acreedor se hace responsable de la insolvencia del deudor, el fiador queda liberado, total o parcialmente, del pago de la deuda<sup>32</sup>.

*F) Supuestos en los que no tiene lugar el beneficio de excusión*

El artículo 1831 del Código civil establece que «La excusión no tiene lugar: 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. 4.º Cuando este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino».

Tampoco tendrá lugar la excusión cuando, según el artículo 1832 del Código civil, el fiador no cumpla con los requisitos que dicho artículo establece (anteriormente analizados), es decir: que el fiador no oponga el beneficio de excusión al acreedor luego que este le requiera para el pago, y que no señale bienes del deudor realizable dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.

Además de estos casos, hemos de ver si el beneficio de excusión tiene o no lugar en la fianza mercantil y en la judicial.

*a) Renuncia del fiador al beneficio de excusión*

El que el fiador no tenga derecho a ejercer el beneficio de excusión depende, en este caso, de la voluntad del fiador que en base al principio de la autonomía de la voluntad ha renunciado a él. El que el beneficio de excusión sea renunciable no es más que una consecuencia del principio general de renuncia a los derechos en la ley reconocidos que recoge el artículo 6.2 del Código civil, cuando la renuncia no vaya en contra del interés o el orden público ni perjudique a terceros.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de julio de 1911 y 8 de mayo de 1916 ha admitido la renuncia al beneficio de excusión, fundamentando la validez de la renuncia en que de esta forma puede el fiador evitar

las mayores cargas y perjuicios que se derivarían de obligar al acreedor a acudir a un procedimiento de excusión.

El artículo 1831.1.<sup>o</sup> del Código civil establece que la renuncia al beneficio de excusión ha de ser expresa, de manera que no cabe la renuncia tácita ni se puede presumir la renuncia por determinados actos del fiador; mientras el fiador no haya renunciado expresamente al beneficio de excusión, tiene derecho a ejercerlo. La renuncia al beneficio de excusión no implica que desaparezca la característica de la subsidiariedad de la fianza, de manera que, el fiador está obligado al pago cuando se demuestre el incumplimiento por parte del deudor.

En cuanto a la forma en que el fiador ha de renunciar expresamente al beneficio de excusión, estima GUILARTE ZAPATERO «que resulta suficiente con que la voluntad de no oponer el beneficio de división sea clara e inequívoca y se desprenda así de la declaración del fiador o del tenor de la obligación»<sup>33</sup>.

Respecto al momento en que el fiador puede renunciar al beneficio de excusión, ya que el Código civil no hace referencia a tal extremo, pero sí dice que la renuncia ha de ser expresa, y teniendo en cuenta el momento en que el fiador puede oponer al acreedor el beneficio de excusión, según si el acreedor requirió de pago extrajudicial o judicialmente al fiador, el fiador puede renunciar a tal beneficio en el mismo momento de constitución de la fianza o en un momento posterior a esta, en el caso de que la renuncia tenga lugar después de la constitución de la fianza, puede tener lugar antes o después del vencimiento de la obligación. Mientras el fiador tenga derecho a ejercer el beneficio de excusión, según las reglas que hemos visto anteriormente, puede renunciar al mismo. Si transcurre el tiempo que tiene el fiador para ejercer el beneficio de excusión sin haberlo ejercitado, esto no implica que haya renunciado tácitamente al mismo, simplemente se trata de la pérdida del derecho a ejercer el beneficio de excusión.

Por su parte, GUILARTE ZAPATERO, mantiene «que el precepto se refiere al caso de renuncia operada en el momento de constitución de la fianza o después de tal momento, pero antes del vencimiento de la obligación principal y que es a estos supuestos a los que se contrae la forma expresa, ya que si no se cuestiona la existencia de la excusión, si el fiador estima que no tiene interés ejercitárla, le resulta suficiente no oponerla, con lo que, en cierta manera, se ha producido también una renuncia tácita, pero a mi modo de ver, impropia»<sup>34</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 3 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, modificado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, les permite a los fiadores que se encuentren en el umbral de exclusión el poder exigir que la entidad (el acreedor) agote el patrimonio del deudor principal, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

b) Cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor

La incompatibilidad existente entre el beneficio de excusión y la fianza solidaria implica que el fiador no tenga derecho a ejercer dicho beneficio cuando se ha obligado solidariamente con el deudor.

En el caso de la fianza subsidiaria, el fiador cumple cuando el deudor no cumple la obligación, de manera que el acreedor se dirigirá contra el fiador en caso de incumplimiento del deudor, el fiador ante esta situación, para eludir el pago de la deuda, puede designar bienes del deudor para satisfacer el interés del acreedor, de aquí que el Código civil conceda el beneficio de excusión al fiador.

En la fianza solidaria no es necesario que el deudor incumpla la obligación para que el acreedor se dirija al fiador reclamándole el pago de la deuda, el acreedor, en este caso, puede dirigirse primero bien al deudor o bien al fiador, estando uno u otro obligado al pago de la deuda, de manera que, en la fianza solidaria, si el acreedor se dirige primero al fiador para el cobro de la deuda, al estar este obligado a pagarla, no cabe el ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador.

La STS de 26 de noviembre de 2019 sostiene que la fianza solidaria implica la inoperatividad del beneficio de excusión (art. 1831.2 CC).

c) En el caso de quiebra o concurso del deudor

Con el vigente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, no existe distinción entre quiebra y concurso, por lo que para que cese el beneficio de excusión tiene que producirse la declaración de concurso del deudor.

Para que el beneficio de excusión cese por concurso del deudor bastaría que se haya dictado auto declarándole en concurso, sin que ni siquiera el auto sea firme, así establece el artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/2020 que «El auto de declaración de concurso producirá de inmediato los efectos establecidos en esta ley y tendrá fuerza ejecutiva aunque no sea firme».

Si como hemos visto antes, para que tenga eficacia el ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador se requiere que este señale bienes del deudor que sean realizables en territorio español y suficientes para cubrir el importe de la deuda, si el deudor ha sido declarado en concurso, es imposible el cumplimiento de dicho requisito al no disponer el concursado de bienes, por lo que el Código civil recoge esta causa entre las que no tiene lugar el beneficio de excusión.

No sería causa por la que cesa el beneficio de excusión la insolvencia del deudor no declarada judicialmente. Solo la declaración judicial de concurso del deudor sería causa por la que cesa el beneficio de excusión.

Si con el ejercicio del beneficio de excusión se pretende averiguar la insolvencia o no del deudor, como la declaración de concurso del deudor implica la insolvencia del mismo, es lógico que la declaración de concurso del deudor sea causa de cese del beneficio de excusión.

Si el deudor ha sido declarado en concurso no procede la excusión, como acabamos de ver, pero si es el fiador el declarado en concurso, según el artículo 263 del Real Decreto Legislativo 1/2020, el crédito del acreedor contra el fiador concursado se reconocerá como crédito contingente (los créditos sometidos a condición suspensiva y los créditos litigiosos) mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión de los bienes del deudor.

d) Cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino

Uno de los requisitos de eficacia para el ejercicio del beneficio de excusión, como hemos visto anteriormente, es que el fiador señale bienes del deudor realizables dentro del territorio español, si el deudor no tiene bienes en territorio español sino que los tiene en el extranjero, pero puede ser demandado judicialmente en España, esto no implica que el fiador no pueda ejercitarse el beneficio de excusión, el fiador puede ejercitarse, sin embargo, al no poder

realizarse los bienes del deudor dentro de España porque se encuentran en el extranjero daría lugar a la ineficacia del mismo. Distinto a este supuesto es cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente en España, tenga o no bienes dentro del territorio español, en este caso el fiador no tendrá la facultad de ejercer el beneficio de excusión, siendo esta la causa que recoge el artículo 1831. 4.<sup>º</sup> del Código civil.

La Sentencia de 1 de junio de 1929 recoge esta causa de cese del beneficio de excusión al mantener: «El Tribunal *a quo* declara probado que en el caso planteado en el pleito existen dos contratos, uno de préstamo con interés entre prestamista y prestatario, y otro de garantía o fianza convencional del primero —por lo menos subsidiaria— entre prestamista y el demandado fiador, y que el prestatario se halla en la isla de Cuba y no ha pagado el capital que recibiera; por tanto, constituido el demandado y recurrente en fiador subsidiario, y teniendo su residencia el deudor principal fuera de España, es patente que la Sala sentenciadora ha aplicado con acierto el número 4 del artículo 1831 del Código civil y en su virtud acertadamente ha condenado al fiador —sin que se haya hecho excusión en los bienes del deudor ni dirigido conjuntamente la demanda contra uno y otro— al pago de la suma prestada y los intereses legales desde la interposición judicial si al ser requerido para que señale bienes del deudor realizable y suficientes dentro del territorio español para cubrir el importe de la deuda no lo verifica eficazmente, sin que quepa apreciar la infracción de los preceptos citados».

El que el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino es una cuestión de competencia de los tribunales españoles que da lugar a que cese el beneficio de excusión, por lo que habrá que tener en cuenta las normas de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (arts. 21 y sigs.) y las normas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 50 y sigs.).

Teniendo en cuenta las normas sobre competencia territorial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sería causa por la que cesa el beneficio de excusión los siguientes casos: si el deudor es persona física con domicilio en España, será juez competente el juez del domicilio del deudor (art. 50.1 LEC); si el deudor es persona física y no tuviere domicilio en España, será juez competente el de su residencia en territorio español (art. 50.1 LEC); si el deudor es persona física y no tiene domicilio ni residencia en España, podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en este y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor (art. 50.2 LEC); si el deudor es persona jurídica con domicilio en España, será demandado en el lugar de su domicilio (art. 51.1 LEC); si el deudor es una persona jurídica sin domicilio en España, será demandado en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiere el litigio haya nacido o deba surtir efectos (en España), siempre que en dicho lugar tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad (art. 51.1 LEC); o si se ha pactado por los interesados la sumisión expresa a los tribunales españoles (art. 55 LEC).

A la vista de estas normas, para considerar como causa de cese del beneficio de excusión el que el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, se requiere que los tribunales españoles no sean competentes, lo que tendría lugar: si el deudor es persona física, cuando no tenga ni haya tenido domicilio ni residencia en España, ni tampoco se encuentre dentro del territorio nacional y, además, que el acreedor no tenga su domicilio en España; y si el deudor es

persona jurídica, cuando no teniendo su domicilio en España, la fianza produzca sus efectos fuera de España.

e) En la fianza mercantil

El Código de Comercio no hace referencia al beneficio de excusión ni al de división cuando regula los afianzamientos mercantiles en los artículos 439 a 442.

La jurisprudencia viene manteniendo que al tener la fianza mercantil carácter solidario, quedan excluidos los beneficios de excusión y de división, por lo que el fiador mercantil carece de dichos beneficios. En este sentido se pronuncia la STS de 15 de abril de 2005, en la misma «se alega infracción del artículo 1137 del Código civil en relación con el 1822 porque la fianza no se constituyó como solidaria, por lo que el avalista —por ende, sus herederos gozan del beneficio de excusión y no se ha reclamado ni demandado a la sociedad deudora que reconoció la deuda. El motivo se desestima por dos razones. La primera, porque se trata de una fianza mercantil; en esta se ha mantenido —aunque no en forma pacífica— que la obligación del fiador tiene carácter solidario, por lo que no goza del beneficio de excusión (art. 1831.2.º, CC); así lo sigue la sentencia recurrida y, pese a ser discutible, lo mantiene la jurisprudencia; la Sentencia de 16 de octubre de 1989 lo dice breve e incidentalmente, la de 7 de marzo de 1992 claramente lo expresa («lo que determina su carácter solidario según la práctica mercantil y la jurisprudencia —Sentencias de 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 25 de abril de 1969 y 16 de junio de 1970—, siendo su consecuencia que el fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y de división de que goza el fiador civil»). Sin que por ello se desconozca cierta corriente jurisprudencial que entiende que la fianza mercantil no goza del carácter de solidaria en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de la corriente casi unánime de la doctrina científica que lo entiende así».

La jurisprudencia justifica que la fianza mercantil goza del carácter de solidaria en nuestro ordenamiento jurídico, como mantiene la STS de 15 de abril de 2005, al amparo del artículo 3 párrafo 1, del Código civil, dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, en materia de seguros, y de las obligaciones extracontractuales), precisamente en beneficio de la seguridad jurídica en la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la complejidad y multiplicadas de variantes en las relaciones jurídicas, tanto dentro del comercio como fuera de él (Sentencia de 20 de octubre de 1989), lo reitera la de 14 de febrero de 1997 («la nueva doctrina jurisprudencial de esta Sala, haya proclamado con base al artículo 3-1 del Código civil, la necesidad de otorgar carácter solidario a las obligaciones derivadas de la contratación mercantil, y con ello añadir una especificidad más al derecho mercantil en relación a su tronco origen del derecho civil») y lo remacha la de 26 de mayo de 2004 («siendo también jurisprudencia de esta Sala, no exenta ciertamente de excepciones, la relativa al carácter solidario de la fianza mercantil (SSTS 4-12-50, 7-12-68, 25-4-69, 16-6-70, 20-10-89 y 7-3-92»).

Si conforme al artículo 439 del Código de Comercio, se reputa mercantil (y, por tanto, solidario) todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante, existe una excepción a esta regla: cuando el fiador fuese una persona física constituida en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional

y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social.

A esta excepción se refiere el Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015, al establecer que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad.

De esta manera, cuando concurren las circunstancias anteriores, el fiador de un contrato mercantil no se ve afectado por la regla general de la solidaridad que rige en el Derecho mercantil, tiene a todos los efectos la condición de consumidor, por lo que le son aplicables los beneficios de excusión y división.

f) En la fianza judicial

El artículo 1856 del Código civil establece: «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».

Según este artículo el beneficio de excusión no tiene lugar en los casos de fianza judicial.

El que el artículo 1856-1.<sup>º</sup> del Código civil niegue al fiador judicial el beneficio de excusión tiene su fundamento en que se trata de una fianza judicial frente a la fianza convencional o a la legal, y además, como mantiene MANRESA «deben ser más fuertes los vínculos y mayores las seguridades en las obligaciones que se contraen en el caso de la fianza judicial que en las otras clases, en consideración a la índole especial de las obligaciones aseguradas con ella»<sup>35</sup>. Razones igualmente aplicables para negar el beneficio de división en la fianza judicial.

G) *El beneficio de excusión en la subfianza*

El Código civil hace referencia a la subfianza en los artículos 1823, 1836, 1846, 1848 y 1856. El artículo 1823.2.<sup>º</sup> establece que la fianza «puede constituirse, no solo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndole este».

Cuando el acreedor, vencida la obligación, se dirige al deudor principal para que cumpla con la misma, en caso de que el deudor principal no la cumpla, el acreedor es cuando se podrá dirigir contra el fiador para que cumpla la obligación. En el caso de subfianza el acreedor podrá dirigirse al subfiador cuando previamente haya reclamado sin éxito el cumplimiento de la obligación al deudor principal y al fiador, es entonces cuando el subfiador puede oponer el beneficio de excusión. Partiendo de esta situación de incumplimiento de la obligación por el deudor principal y por el fiador, el artículo 1836 del Código civil, con idéntica redacción que el artículo 1749 del Proyecto de Código civil de 1851, establece: «El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal».

Al no haber normas específicas para el ejercicio del beneficio de excusión por parte del subfiador, serán de aplicación las normas contenidas en los artícu-

los 1830 y siguientes del Código civil para el ejercicio de dicho beneficio por parte del fiador. No obstante, hay que realizar algunas matizaciones.

Por lo que respecta al cumplimiento de los requisitos de eficacia para el ejercicio del beneficio de excusión por parte del subfiador, son los mismos que establece el artículo 1832 del Código civil, si bien el fiador opone el beneficio de excusión al acreedor señalando bienes del deudor, y en el caso del subfiador, este puede oponer al acreedor dicho beneficio señalando bienes del fiador y del deudor. Sobre este particular, GUILARTE ZAPATERO, distingue tres casos, dependiendo de que el subfiador disponga del beneficio de excusión solo respecto del deudor principal, solo respecto del fiador, o respecto del deudor principal y del fiador.

Si el subfiador dispone del beneficio de excusión solo respecto del deudor principal, el incumplimiento de la obligación de este autoriza al acreedor para actuar contra el fiador y contra el propio subfiador, por ello tan pronto como sea requerido de pago deberá oponer el beneficio y señalar los bienes del deudor principal objeto de excusión. En este mismo caso, el fiador puede disponer del beneficio de excusión o carecer del mismo contra el deudor principal. Si el fiador dispone del beneficio, es dudoso si el subfiador puede alegar dicho beneficio cuando ya ha sido opuesto infructuosamente por el fiador. Si el fiador no dispone del beneficio, el subfiador podrá ejercitarlo.

Si el subfiador dispone del beneficio de excusión solo respecto del fiador, también hay que distinguir dos situaciones, según que el fiador disponga o no del beneficio de excusión contra el deudor principal. Si el fiador dispone del beneficio, las cosas discurrirán como cuando el subfiador dispone del beneficio respecto del deudor principal y del fiador (como ahora veremos). Si el fiador no dispone del beneficio de excusión contra el deudor principal, producido el incumplimiento del deudor principal, el acreedor está facultado desde tal momento para dirigirse contra el subfiador, quien podrá alegar el beneficio.

Si el subfiador dispone del beneficio respecto del deudor principal y del fiador, cuando el acreedor le reclame al subfiador el cumplimiento de la obligación deberá oponer la excusión y designar simultáneamente bienes de ambos deudores, sin que sea válido el señalamiento sucesivo de estos<sup>36</sup>.

Por lo que respecta a los supuestos en los que según el artículo 1831 del Código civil no tiene lugar el beneficio de excusión y su aplicación a la subfianza, en relación a las dos primeras causas, es decir, que el fiador haya renunciado expresamente a la excusión y que el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor, hemos de señalar, siguiendo a GUILARTE ZAPATERO<sup>37</sup>, las distintas posibilidades que pueden darse:

1.<sup>a</sup> Que el fiador no haya renunciado a la excusión ni se haya obligado solidariamente con el deudor principal, y que el subfiador no haya renunciado a la excusión ni se haya obligado solidariamente con el fiador. En este supuesto el subfiador puede oponer el beneficio de excusión en relación a los bienes del deudor principal como del fiador.

2.<sup>a</sup> Que el fiador haya renunciado a la excusión o que se haya obligado solidariamente con el deudor principal, y que el subfiador no haya renunciado a la excusión ni se haya obligado solidariamente con el fiador. En este supuesto el subfiador puede oponer el beneficio de excusión en relación a los bienes del fiador, pero no sobre los del deudor principal. Sin embargo, ALVENTOSA DEL RÍO mantiene que el beneficio de excusión del subfiador con respecto a los bienes del deudor no se excluye cuando ha renunciado el fiador a él, ni cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor principal, sino cuando

es el subfiador quien ha renunciado al mismo o el subfiador se haya obligado solidariamente con el deudor principal<sup>38</sup>.

3.<sup>a</sup> Que el fiador no haya renunciado a la excusión ni se haya obligado solidariamente con el deudor principal, y que el subfiador haya renunciado a la excusión o se haya obligado solidariamente con el fiador. En este supuesto el subfiador puede oponer el beneficio de excusión en relación a los bienes del deudor principal, pero en relación a los del fiador.

4.<sup>a</sup> Que el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor principal, y que el subfiador se haya obligado solidariamente con el fiador. En este caso el subfiador no puede oponer el beneficio de excusión ni en relación a los bienes del deudor principal ni de los del fiador.

En cuanto a las causas por las que no tiene lugar el beneficio de excusión recogidas en el artículo 1831 3.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup> del Código civil y su aplicación a la subfianza, el subfiador no podrá oponer la excusión sobre los bienes del deudor principal cuando este haya sido declarado en concurso o no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, y tampoco podrá oponer el beneficio de excusión sobre los bienes del fiador cuando este es el que haya sido declarado en concurso o no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

Respecto a la aplicación del artículo 1833 del Código civil a la subfianza, el acreedor será responsable por su conducta negligente en la excusión de los bienes del deudor principal o de los del fiador, en relación a los bienes señalados por el subfiador, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor principal o del fiador que por aquel descuido resulte.

En cuanto a la aplicación del artículo 1834 del Código civil a la subfianza, si el acreedor demanda al deudor principal y al mismo tiempo cita al fiador y al subfiador, quedará siempre a salvo el beneficio de excusión a favor del subfiador, aunque se dé sentencia contra los tres, en relación a los bienes del deudor principal o a los del fiador, según a quien se refiera la excusión. En el caso de que el acreedor demande conjuntamente al fiador y al subfiador, si se diera sentencia contra los dos, quedará a salvo el beneficio de excusión a favor del subfiador en relación a los bienes del fiador.

Finalmente hay que destacar que el subfiador judicial no puede pedir la excusión de bienes ni del deudor principal ni del fiador (art. 1856.2 CC).

### 3. BENEFICIO DE DIVISIÓN

#### A) Antecedentes históricos

En el Derecho romano existieron cronológicamente en el tiempo distintos criterios en cuanto a la responsabilidad de los cofiadores. En el antiguo Derecho romano la responsabilidad de los cofiadores era solidaria. En la época clásica, las formas de garantía personal eran la *sponsio* y la *fideipromissio*, aplicándose a ambas figuras la *Lex Furia*, siglo II a.C, según la cual el acreedor estaba obligado a dividir por partes iguales la deuda entre los cofiadores que vivieren en el momento en que la misma fuera debida. Esta Ley, como podemos ver, transforma la responsabilidad solidaria de los cofiadores en una responsabilidad por cuotas, constituyendo a juicio de MANZANARES SECADE en «el primer antecedente del beneficio de división en casos de cofianza»<sup>39</sup>. En el Derecho Justiniano se suprimió la *sponsio* y la *fideipromissio* quedando como única forma de garantía personal la *fideiussio*. Para la *fideiussio*, en el supuesto de varios *fideiussores*,

la responsabilidad de los mismos era solidaria. «Sin embargo, a partir de una epístola Hadriani, los *cofideiussores* gozaban frente al acreedor de un *beneficium divisiones*, en cuya virtud el acreedor venía obligado a distribuir el importe de la deuda entre los fiadores que fuesen solventes al tiempo de la reclamación»<sup>40</sup>.

En el Derecho histórico castellano la cofianza se recogía: En las Leyes 8, 10 y 11 del título XII de la Partida 5.<sup>a</sup>. Las Leyes 8 y 10 hacían referencia a las relaciones entre acreedor y cofiadores, estableciendo, en principio, la solidaridad si los cofiadores se han obligado por toda la deuda; no obstante la solidaridad, el acreedor no podría reclamar toda la deuda a uno, sino a cada uno su parte, pero en caso de insolvencia de uno de los cofiadores, esta era asumida por los demás. Si por el contrario, los cofiadores no se hubieran obligado por el todo sino por partes, el acreedor solo puede reclamar de cada uno de ellos su parte correspondiente, pero si alguno de ellos fuera insolvente, lo otros están obligados a pagar la parte del insolvente. En el Fuero Real, la ley IV del título XVIII del libro III establecía que «cuando alguno tomare dos fiadores o más por alguna cosa quier diga cada uno por todo, quier no, en su voluntad sea de demandar a todos de consumo o a cualquiera dellos». Para MUCIUS SCAEVOLA el Fuero Real «abrazó francamente la doctrina de la presunción legal de la solidaridad por el mero hecho de aparecer conjuntamente varios fiadores a responder de una deuda»<sup>41</sup>. Como podemos apreciar, el régimen de la cofianza en las Leyes de Partidas y en el Fuero Real era muy semejante al del Derecho romano justiniano. También se recogía en la Nueva Recopilación, la cofianza se recogía en la Ley 1.<sup>a</sup>, título IV, libro V. Según GUILARTE ZAPATERO, «los comentaristas de la Nueva Recopilación entendieron comúnmente que si los cofiadores se obligaban *in solidum*, cada uno de ellos podía ser demandado por la totalidad del crédito, sin que pudiera oponer el beneficio de división, mientras que si se obligaron en forma simple no precisaban de este, ya que la propia ley determinaba la responsabilidad de cada uno por su propia cuota»<sup>42</sup>. Finalmente, en la Novísima Recopilación se regulaba en la Ley 10.<sup>º</sup> del título I del libro X. La Ley 10.<sup>a</sup> establecía que si dos o más personas se obligasen simplemente por contrato para hacer cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligado cada uno por su parte, salvo si en el contrato se dijera que cada uno de ellos sea obligado *in solidum*. Como podemos observar, la Novísima Recopilación, a diferencia de las Leyes de Partidas y el Fuero Real que establecían la presunción legal de solidaridad, establece la presunción legal de la divisibilidad de la deuda. La Novísima Recopilación negaba el beneficio de división a los cofiadores, porque si se habían obligado solidariamente cada uno de ellos ha de pagar el todo, y si se obligaron simplemente no necesitan pedir el beneficio de división ya que solo están obligados a pagar su parte, no estando obligados a asumir la insolvencia de los demás cofiadores.

El Proyecto de GARCÍA GOYENA, en lo que respecta a las relaciones entre acreedor y cofiadores, establecía el artículo 1750: «Siendo muchos los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno de ellos responde de toda la deuda. Pero el reconvenido para el pago del todo podrá exigir que el acreedor divida su acción entre los fiadores y la reduzca a la parte y porción de cada uno de ellos. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal». Y en el artículo 1751: «El fiador que reclama el beneficio de división responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de los otros fiadores, pero no de la posterior a la división. Tampoco responde de la anterior cuando el acreedor dividió su acción voluntariamente y sin reclamarlo el fiador». A la vista de estos artículos, el

Proyecto de 1851 no sigue la regulación de la Novísima Recopilación, recogiendo la regulación del Código civil francés de los artículos 2025 y siguientes, semejante con la del Derecho romano justiniano y con la de las Leyes de Partidas. El Proyecto de 1851 establecía la responsabilidad solidaria de los cofiadores, pero suavizando dicha responsabilidad ya que podían exigir al acreedor que dividiese la acción entre los cofiadores y su reducción a la porción de cada uno de ellos. Sin embargo, no era posible reclamar el beneficio de división en los mismos casos que no era posible reclamar el de excusión, en cuanto se produciría perjuicio al acreedor. En cuanto a las relaciones de los cofiadores entre sí, el artículo 1758 del Proyecto de 1851, siguiendo con algunas variaciones al Código civil francés, establecía: «Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le quepa. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de este recae sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago a virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de quiebra».

El Código civil en el artículo 1837 establece: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal». El primer párrafo del artículo 1837 no recoge el contenido del artículo 1750 del Proyecto de Código civil de 1851, sino que sigue lo dispuesto en la Novísima Recopilación, en cambio, el segundo párrafo recoge el último párrafo del artículo 1750 del Proyecto de 1851, cesando el beneficio de división en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.

Como el beneficio de división se da cuando existe cofianza, veamos en primer lugar la cofianza y posteriormente el beneficio de división.

#### *B) Concepto y naturaleza de la cofianza*

El Código civil no establece cuándo estamos ante un caso de cofianza, presupone su concepto en los artículos 1837 y 1844 cuando dice «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos». Sin embargo, el primer problema que se plantea es si toda pluralidad de fiadores, sin más requisitos, es cofianza o sería necesario la concurrencia de otros requisitos.

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 pueden hacer asumiendo obligaciones independientes unos de otros. Es necesario para que estemos ante un caso de cofianza que todos los fiadores asuman conjuntamente la garantía.

También se ha configurado la cofianza como un supuesto de obligación cumulativa siempre «que todos los cofiadores se encuentren en el mismo plano frente al acreedor, ya que cabe también hablar de obligaciones cumulativas en las que tal circunstancia no se da: la propia obligación del fiador es una obligación cumulativa, se añade a la del deudor principal y, sin embargo, no está en el mismo plano que esta cuando existe el beneficio de excusión»<sup>43</sup>.

Estaríamos ante la confianza, siendo de aplicación el régimen jurídico que establecen los artículos 1837, 1844, 1846, 1850 y 1852 del Código civil, cuando existiendo una pluralidad de fiadores que garanticen a un mismo deudor y por una misma deuda, todos los fiadores se encuentren en el mismo nivel frente a la obligación que están garantizando, asumiendo todos los fiadores conjuntamente la garantía, lo que produce los mismos efectos para los cofiadores entre sí mismos y para todos los cofiadores con el acreedor<sup>44</sup>.

En cambio, no estaríamos ante supuestos de cofianza y consecuentemente no se aplicaría el régimen jurídico de la misma recogido en el Código civil, en los siguientes casos: cuando el fiador se obliga ignorando la existencia de otros fiadores, ya que falta la asunción conjunta de la garantía; cuando existan varias fianzas autónomas o independientes por una misma deuda; cuando los fiadores garantizan deudas distintas de un mismo deudor a pesar de que todas ellas fueran respecto a un mismo acreedor; cuando cada uno de los fiadores garantiza a cada uno de los distintos deudores por una misma deuda y respecto al mismo acreedor; si todos los cogarantes no se han obligado personalmente, sino que unos se han obligado personalmente mediante la fianza y otros mediante una garantía real; cuando solo existe un fiador y un subfiador o subfiadores, ya que el fiador garantiza la obligación principal y el subfiador garantiza la obligación del fiador; cuando algunos cofiadores han renunciado al beneficio de excusión y otros no porque todos los cofiadores no se encuentran en el mismo nivel frente a la obligación principal garantizada, ya que los cofiadores que no han renunciado al beneficio de excusión siguen respondiendo subsidiariamente de la obligación principal, a diferencia del deudor principal y los cofiadores que han renunciado a dicho beneficio; tampoco estamos ante un caso de cofianza, por no encontrarse los cofiadores en el mismo nivel respecto de la obligación principal garantizada, cuando algunos cofiadores se han obligado solidariamente con el deudor y otros no, ya que los que no se han obligado solidariamente siguen respondiendo subsidiariamente de la obligación principal, frente a los que se han obligado solidariamente con el deudor principal.

La STS de 13 de abril de 2016 afirma que «el régimen aplicable a un supuesto de pluralidad de fiadores va a depender de la configuración negocial que las partes establezcan al respecto. En este sentido, resulta indiscutible que las partes pueden configurar una pluralidad de fianzas independientes entre sí, y ajenas al régimen de la fianza solidaria. Caso del fiador que se obliga ignorando la existencia de otros fiadores o del fiador que acuerda la garantía con independencia de otros posibles fiadores. Aunque no se trata propiamente de un supuesto de pluralidad de fiadores, también ocurre lo mismo en el caso en que un fiador garantiza la deuda mediante la fianza y otro mediante la dación de una garantía real».

### *C) Configuración de la cofianza en el Código civil*

Una vez determinados los requisitos para poder establecer cuándo estamos ante la cofianza, y qué supuestos no son de cofianza, debemos preguntarnos si el Código civil configura la cofianza como una obligación solidaria o como una obligación mancomunada.

Cuando el artículo 1837 del Código civil establece 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», parte de que los cofiadores

responden, en principio, mancomunadamente, salvo que hayan pactado expresamente la solidaridad.

Si el Código civil configura la cofianza como una obligación mancomunada, ello implica que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte de la deuda que le corresponde pagar. No obstante, por voluntad expresa de los interesados, la cofianza se puede configurar como una obligación solidaria, estando el cofiador, a quien el acreedor le reclame el pago de la deuda, obligado a pagar el importe total de la misma. Por lo tanto, la cofianza puede estar configurada o como una obligación mancomunada o como una obligación solidaria si, esta última, así se ha pactado expresamente.

Sin embargo, no hay que confundir la cofianza solidaria, en la que los cofiadores están obligados solidariamente entre sí, y la fianza solidaria, en la que el fiador o cofiadores están obligados solidariamente con el deudor.

Teniendo en cuenta que la cofianza puede ser mancomunada o solidaria y que todos los cofiadores pueden estar obligados con el deudor de forma solidaria o no, las distintas situaciones que podrían surgir serían:

1.<sup>a</sup>. Los cofiadores no se han obligado solidariamente con el deudor y se han obligado mancomunadamente entre sí. Esto implica, por una parte, que en caso de que el acreedor se dirija a los cofiadores reclamándoles el pago de la deuda, los cofiadores pueden oponer el beneficio de excusión; y, por otra, que en el caso de que el deudor incumpla su obligación de pago, el acreedor solo puede reclamar de cada uno de los cofiadores la parte que le corresponda pagar a cada uno, que por aplicación del artículo 1138 del Código civil, si del texto de la obligación no resulta otra cosa, la deuda se presumirá dividida en tantas partes iguales como deudores haya.

2.<sup>a</sup>. Los cofiadores se obligan solidariamente con el deudor y solidariamente entre ellos. En este caso, el acreedor se puede dirigir para el cobro de la deuda, bien al deudor, bien a cualquiera de los cofiadores, por el importe total de la deuda, sin posibilidad por parte de los cofiadores de oponer el beneficio de excusión ni de ejercer el beneficio de división al estar los cofiadores obligados solidariamente con el deudor.

3.<sup>a</sup>. Los cofiadores se obligan solidariamente con el deudor y mancomunadamente entre ellos. En este supuesto, el acreedor se puede dirigir, para el cobro de la deuda, indistintamente al deudor o a los cofiadores. Los cofiadores no pueden oponer al acreedor el beneficio de excusión al estar obligados solidariamente con el deudor, cesando, por esta misma causa, el beneficio de división.

4.<sup>a</sup>. Los cofiadores no se obligan solidariamente con el deudor, pero se obligan solidariamente entre ellos. En este caso, si el acreedor se dirige a los cofiadores para el pago de la deuda, los cofiadores pueden oponer el beneficio de excusión. Vencida e incumplida la deuda por parte del deudor, el acreedor puede dirigirse a cualquiera de los cofiadores reclamándoles el importe total de la deuda, estando el cofiador obligado a pagárselo.

5.<sup>a</sup>. Los cofiadores no se han obligado todos solidariamente con el deudor, pero asumiendo conjuntamente la garantía, unos cofiadores se obligan solidariamente y otros mancomunadamente entre sí. En este caso, cada uno de los cofiadores responderá según la naturaleza de la obligación que cada uno haya contraído, solidaria o mancomunadamente. Si algunos de los cofiadores se han obligado solidariamente con el deudor y otros no, como hemos dicho antes, no estamos ante la cofianza al no estar todos los cofiadores en el mismo nivel respecto a la reclamación del acreedor.

D) *Regulación del beneficio de división en el Código civil*

Cuando el artículo 1837-1.<sup>º</sup> del Código civil dispone: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad», lo que hace es establecer *ex lege* la división de la deuda entre todos los cofiadores, sin que el acreedor pueda reclamar toda la deuda a uno de los cofiadores, salvo que se hubiera pactado la solidaridad entre los cofiadores<sup>45</sup>. De esta forma, el párrafo coincide con la regla general de la responsabilidad mancomunada recogida en los artículos 1137 y 1138 del Código civil.

El segundo párrafo del artículo 1837 recoge el último párrafo del artículo 1750 del Proyecto de 1851, cesando el beneficio de división en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal. Si el artículo 1837-2.<sup>º</sup> del Código civil dice que el beneficio de división cesa, del mismo se deduce que los cofiadores tienen que tener tal beneficio. ¿Realmente lo tienen?, ¿en qué situaciones?

El artículo 1750 del Proyecto de 1851 sí que recogía el beneficio de división, estableciendo la responsabilidad solidaria de los cofiadores, pero al cofiador a quien el acreedor le hubiera exigido el pago total de la deuda podía oponer al acreedor el beneficio de división exigiéndole que dividiera su acción entre los cofiadores y la redujera a la parte que cada uno de ellos tuviera; cesando el beneficio de división por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.

Sin embargo, el artículo 1837 del Código civil no parte de una responsabilidad solidaria de los cofiadores, sino de una responsabilidad mancomunada, salvo que se haya pactado expresamente la solidaridad. Si esto es así, ¿cómo es posible hablar de beneficio de división de los cofiadores cuando la división de la deuda viene ya impuesta *ex lege*?

El beneficio de división tiene sentido cuando partiendo de una responsabilidad solidaria de los cofiadores, esto es, de una posición gravosa en cuanto que uno de ellos debe pagar íntegramente la deuda, el ejercicio del beneficio de división los sitúa en una posición más favorable ya que cada cofiador debe pagar su parte de la deuda<sup>46</sup>. De manera que, si el artículo 1837 no parte de una responsabilidad solidaria de los cofiadores, sino de una responsabilidad mancomunada, es arriesgado decir que el Código civil recoge el beneficio de división en la cofianza<sup>47</sup>.

¿Es posible conciliar los dos párrafos del artículo 1837 para poder hablar de beneficio de división en la cofianza?

Los dos párrafos del artículo 1837 del Código civil son de difícil conciliación, en este sentido mantiene MANZANARES SECADE que «tienen raíces históricas distintas y se refieren a situaciones completamente opuestas, por lo que son, por naturaleza, incompatibles... la norma del artículo 1837,2.<sup>º</sup>, no tiene ningún sentido en un Código como el nuestro, que parte del principio de división de derecho de la deuda entre los distintos cofiadores, de acuerdo con los artículos 1137 y 1138»<sup>48</sup>.

Además, la difícil conciliación entre los dos párrafos del artículo 1837 se pone de manifiesto cuando partiendo el párrafo primero de la responsabilidad mancomunada de los cofiadores, estos tienen que asumir la insolvencia de un cofiador declarado en concurso según el párrafo segundo de dicho artículo. De manera que la responsabilidad mancomunada de los cofiadores se agrava en caso

de declaración de concurso de uno de ellos, mientras la responsabilidad mancomunada de los codeudores no se agrava si alguno de ellos resultare insolvente, ya que según el artículo 1139 del Código civil no están los demás obligados a suplir su falta.

Sin embargo, a pesar de la difícil conciliación de ambos párrafos, la conciliación entre ellos es la única solución que vemos para hablar del beneficio de división en la cofianza. No se trata de que el párrafo 1.<sup>º</sup> del artículo 1837, por sí mismo, esté reconociendo el beneficio de división, sino que por la conciliación de los dos párrafos del artículo 1837 sería posible el beneficio de división cuando habiéndose obligado los cofiadores mancomunadamente entre sí, el acreedor reclama a uno de ellos el importe total de la deuda o una porción superior a la que le correspondería satisfacer.

El beneficio de división consistiría en la facultad que tiene el cofiador para obligar al acreedor, que le reclama el importe total de la deuda o una mayor parte de la que le corresponde, a que divida la acción exigiendo a cada uno de los cofiadores solo la parte que se han obligado a garantizar.

Lo que establece, por tanto, el artículo 1837 del Código civil es, en su primer párrafo, la división de la deuda como regla general y, en su segundo párrafo, la división de la acción del acreedor.

#### *E) Forma de ejercerse el beneficio de división*

Si hemos considerado el beneficio de división como una facultad del cofiador demandado por el acreedor exigiéndole el pago de la totalidad de la deuda o una parte superior a la que le corresponde, según las reglas de la división, es a dicho cofiador a quien corresponde ejercitárla.

El artículo 1837 del Código civil no establece la forma de ejercerse el beneficio de división, solo dispone que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer.

En cuanto al momento para su ejercicio, un sector de la doctrina recurre a la aplicación analógica con el beneficio de excusión<sup>49</sup>, estableciendo el artículo 1832 del Código civil que debe oponerlo al acreedor luego que este le requiera para el pago. Para DÍEZ-PICAZO «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»<sup>50</sup>. Sin embargo, para RAMÓN FERNÁNDEZ «no debemos limitarnos solo al momento de la contestación de la demanda, tal y como, para el beneficio de excusión, impone el artículo 1832 del Código civil, pues, de forma excepcional, podría haber cuestiones nuevas, preguntándonos si podría ser una audiencia previa del juicio ordinario»<sup>51</sup>.

Por nuestra parte, mantenemos que el momento en el que el cofiador debe ejercer el beneficio de división es cuando el acreedor le requiera para el pago de la totalidad de la deuda o de una parte superior a aquella que le corresponde pagar. Como el requerimiento de pago del acreedor al cofiador puede tener lugar extrajudicial o judicialmente, si el requerimiento es extrajudicial debe de oponerlo inmediatamente a dicho requerimiento, y si el requerimiento es judicial debe oponerlo en el momento de contestar a la demanda.

Cuando el cofiador demandado por el acreedor para el pago de la totalidad de la deuda o de una mayor parte de la que le corresponde ejercita el beneficio de división, lo que tiene que indicar es la parte de la deuda de la que él responde, no siendo necesario que indique las partes de los demás cofiadores, ya que la finalidad

del cofiador al ejercer el beneficio de división es que se divida la acción del acreedor y que a él solo se le reclame la parte que le corresponde<sup>52</sup>.

*F) Supuestos en los que no tiene lugar el beneficio de división*

El párrafo 2.<sup>º</sup> del artículo 1837 del Código civil establece: «El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal».

En primer lugar, como mantiene GULLÓN BALLESTEROS «No es exacta la expresión «contra los cofiadores» porque el beneficio no se opone más que por el cofiador frente al acreedor que reclame el todo, no entre los cofiadores»<sup>53</sup>.

La remisión que hace el párrafo 2.<sup>º</sup> del artículo 1837, cuando dice «y por las mismas causas que el de excusión», es al artículo 1831 del Código civil, donde se recogen las causas por las que no tiene lugar la excusión, estas son: 1.<sup>º</sup> Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella; 2.<sup>º</sup> Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor; 3.<sup>º</sup> En caso de quiebra o concurso del deudor; y 4.<sup>º</sup> Cuando este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

Dicha remisión no implica identidad, en cuanto son muchas las diferencias entre los beneficios de excusión y de división, en relación a los sujetos, requisitos y funciones de uno y otro, por lo que habrá que adaptar las causas al beneficio de división. De esta forma, la tercera y cuarta causa en vez de estar referidas al deudor, han de estarlo, en el beneficio de división, a uno o varios de los cofiadores<sup>54</sup>.

En consecuencia, las causas por las que cesa el beneficio de división, por la remisión que hace el párrafo 2.<sup>º</sup> del artículo 1837 al artículo 1831 del Código civil, serían:

- 1.<sup>a</sup>. Cuando el cofiador haya renunciado expresamente a él.
- 2.<sup>a</sup>. Cuando los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor.
- 3.<sup>a</sup>. En caso de quiebra o concurso del cofiador.
- 4.<sup>a</sup>. Cuando el cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

Además de por estas causas, hemos de ver si el beneficio de división tiene o no lugar en la fianza judicial, y en cuanto a la fianza mercantil, al tener carácter solidario, queda excluido el beneficio de división, como hemos visto para el beneficio de excusión, con la salvedad que hemos apuntado al tratar el mismo. Analicemos cada una de dichas causas.

*a) Renuncia del cofiador al beneficio de división*

El que el cofiador pueda renunciar al beneficio de división no es más que una consecuencia del principio general de renuncia a los derechos en la ley reconocidos que recoge el artículo 6.2 del Código civil, cuando la renuncia no vaya en contra del interés o el orden público ni perjudique a terceros.

El Código exige que la renuncia al beneficio de división sea expresa. En cuanto al momento en que ha de tener lugar esta renuncia expresa, el cofiador puede renunciar a tal beneficio en el mismo momento de constitución de la fianza o en un momento posterior. Si la renuncia tiene lugar después de la constitución de la fianza, puede ser antes o después del vencimiento de la obligación. Mientras el cofiador tenga derecho a ejercer el beneficio de división puede renunciar al

mismo. Si transcurre el tiempo que tiene el cofiador para ejercer el beneficio de división sin haberlo ejercitado, esto no implica que haya renunciado tácitamente al mismo, simplemente se trata de la pérdida del derecho a ejercer el beneficio de división.

No se requiere que la renuncia sea un acto conjunto de todos los cofiadores<sup>55</sup>.

b) Que los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor

La segunda causa por la que cesa el beneficio de división no es porque los cofiadores se hayan obligado solidariamente entre sí, motivo que excluye la división de la deuda según el artículo 1837.1.<sup>º</sup> del Código civil, sino porque los cofiadores se hayan obligados solidariamente con el deudor, artículo 1831.2.<sup>º</sup> del Código civil.

En el supuesto de que los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor y solidariamente entre sí, el acreedor se puede dirigir indistintamente al deudor o a cualquiera de los cofiadores exigiéndoles el importe total de la deuda.

En el supuesto de que los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor, sin que entre los cofiadores hayan pactado la solidaridad, el acreedor podrá dirigirse indistintamente al deudor por la totalidad de la deuda y a los cofiadores por la parte de cada uno de ellos, en aplicación de las normas sobre la mancomunidad. Sin embargo, en este supuesto, al estar los cofiadores obligados solidariamente con el deudor, además de no tener el beneficio de excusión, cesaría el beneficio de división, según la remisión del artículo 1837.2.<sup>º</sup> al 1831, de manera que el cofiador a quien el acreedor le reclama la deuda no podría dividirla, sino que tendría que pagarla en su totalidad.

c) Quiebra o concurso del cofiador

Al no existir distinción entre quiebra y concurso con arreglo al vigente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, el cese del beneficio de división se produciría por la declaración de concurso de algún cofiador.

Para que cese el beneficio de división por concurso de algún cofiador sería suficiente que se haya dictado auto declarándole en concurso, sin que ni siquiera el auto sea firme, en este sentido el artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/2020 dispone que «El auto de declaración de concurso producirá de inmediato los efectos establecidos en esta ley y tendrá fuerza ejecutiva aunque no sea firme».

Una interpretación restrictiva del párrafo 2.<sup>º</sup> del artículo 1837 sobre las causas por las que cesa el beneficio de división, nos conduce a no comprender como causa por la que cesa tal beneficio la insolvencia del cofiador no declarada judicialmente. Solo la declaración judicial de concurso de algún cofiador sería causa por la que cesa el beneficio de división en la cofianza. La declaración de concurso del cofiador implica la insolvencia del mismo por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Al quedar afectos todos los bienes del cofiador a un concurso, para no perjudicar al acreedor en el cobro de una deuda garantizada con una cofianza, en la que cada uno de los cofiadores solo responde de su parte, el legislador hace cesar el beneficio de división por la declaración de concurso del cofiador, de modo que los demás cofiadores han de responder, además de su parte, de la parte del

cofiador concursado. De esta forma, tal acreedor no depende de lo que resulte del concurso, frente a otros acreedores cuyos créditos no están garantizados con una cofianza.

Sin embargo, la STS de 29 de abril de 1931 no reconoce como causa de cese del beneficio de división la quiebra o concurso del cofiador, ya que aplica literalmente el artículo 1831, de manera que para ella la causa por la que cesa el beneficio de división es la quiebra o concurso del deudor. Según dicha sentencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1837 del Código civil, «el fiador no solidario no viene obligado para con el acreedor a responder subsidiariamente, por insolvencia de un cofiador, de toda o de parte de la porción de la fianza correspondiente a este, ya que no existe en el mencionado Código precepto alguno que modifique aquella regla general establecida por el citado artículo de dicho Cuerpo legal, aplicable siempre que la fianza no esté comprendida en alguno de los casos en los que cesa el beneficio de división» (Considerando 1.<sup>º</sup>). Y sigue diciendo que «la insolvencia de uno de los fiadores no solidarios, no produce la cesación del beneficio de división, subsistiendo, en su consecuencia, aunque esa insolvencia se produzca y acrechte, la limitación ya expresada de la obligación de los fiadores solventes, que, respecto al acreedor, responden exclusivamente de la parte de la fianza a ellos correspondiente» (Considerando 2.<sup>º</sup>).

Esta sentencia no es aceptable en cuanto que si el artículo 1837.2.<sup>º</sup> remite al artículo 1831, lo que hay que hacer es una adaptación de las causas por las que no tiene lugar el beneficio de excusión para saber las causas por las que cesa el beneficio de división. En la cofianza y en las relaciones entre acreedor y cofiadores el concurso del deudor no tiene sentido alguno en relación al beneficio de división, pero sí en el beneficio de excusión.

Aunque la declaración de concurso de un cofiador hace cesar el beneficio de división, como hemos visto anteriormente, esta causa de cese hay que matizarla. La declaración de concurso de un cofiador causa el cese del beneficio de división siempre y cuando el cumplimiento de la obligación asumida por el cofiador declarado en concurso no esté garantizada con una subfianza, si está garantizada con una subfianza, la declaración de concurso de un cofiador no hace cesar el beneficio de división, ya que según establece el artículo 1846 del Código civil: «El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable a los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador».

Según este artículo, la responsabilidad del subfiador estaría condicionada a la insolvencia del cofiador garantizado y en los mismos términos que lo estaba dicho cofiador. Respecto a la insolvencia del cofiador garantizado, entendemos tanto la declarada por concurso como la no declarada por concurso por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Y en cuanto a que el subfiador queda responsable a los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el cofiador, se refiere a la forma en que estaba obligado dicho cofiador, por una parte, con los restantes cofiadores, esto es, mancomunada o solidariamente, y, por otra, con el deudor principal, solidariamente o no.

Para que la declaración de concurso de uno solo de los cofiadores no cause el cese del beneficio de división se requiere:

1.<sup>º</sup>. Que el cumplimiento de la obligación asumida por el cofiador declarado en concurso esté garantizado con una subfianza.

2.<sup>º</sup>. Que el subfiador no sea declarado en concurso y pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

3.º. Que el cofiador declarado en concurso no se haya obligado solidariamente con el deudor ya que como el subfiador queda responsable en los mismos términos que lo estaba el cofiador; si este estaba obligado solidariamente con el deudor sería una causa por la que cesa el beneficio de división.

4.º. Que el cofiador declarado en concurso se haya obligado mancomunadamente con el resto de cofiadores. Si se hubieran obligado solidariamente entre sí quedaría excluida la división de la deuda según el artículo 1837.1.º del Código civil.

d) Cuando un cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino

Se trata de una circunstancia subjetiva de un cofiador que produce el cese del beneficio de división, con independencia de que tenga o no bienes en territorio español.

Es una cuestión de competencia de los tribunales españoles la que da lugar a que cese el beneficio de división al no poder ser el cofiador demandado judicialmente dentro de España, para ello hay que tener en cuenta las normas de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (arts. 21 y sigs.) y las normas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 50 y sigs.).

Teniendo en cuenta las normas sobre competencia territorial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sería causa por la que cesa el beneficio de división en los siguientes casos: si el cofiador es persona física con domicilio en España, será juez competente el juez del domicilio del cofiador (art. 50.1 LEC); si el cofiador es persona física y no tuviere domicilio en España, será juez competente el de su residencia en territorio español (art. 50.1 LEC); si el cofiador es persona física y no tiene domicilio ni residencia en España, podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en este y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor (art. 50.2 LEC); si el cofiador es persona jurídica con domicilio en España, será demandado en el lugar de su domicilio (art. 51.1 LEC); si el cofiador es una persona jurídica sin domicilio en España, será demandado en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiere el litigio haya nacido o deba surtir efectos (en España), siempre que en dicho lugar tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad (art. 51.1 LEC); si se ha pactado por los interesados la sumisión expresa a los tribunales españoles (art. 55 LEC).

Por lo tanto, para considerar como causa por la que cesa el beneficio de división que un cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, se requiere que los tribunales españoles no sean competentes, lo que tendría lugar: si un cofiador es persona física, cuando no tenga ni haya tenido domicilio ni residencia en España, ni tampoco se encuentre dentro del territorio nacional y, además, que el acreedor no tenga su domicilio en España; y si un cofiador es persona jurídica, cuando no teniendo su domicilio en España, la cofianza produzca sus efectos fuera de España.

e) La fianza judicial

El Código civil en su artículo 1856 establece: «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». Según este artículo el beneficio de excusión no tiene lugar en los casos de fianza judicial, pero lo que no está claro es si el beneficio de división tiene o no lugar en la fianza judicial.

Para DÍEZ-PICAZO «cuando la fianza judicial se hubiese constituido con varios fiadores, según una regla que cuenta con claros antecedentes en el antiguo Derecho francés, y que en nuestro Derecho se desprende del artículo 1837, no se da entre los fiadores judiciales el beneficio de división»<sup>56</sup>. A pesar de la opinión de este autor, lo cierto es que el artículo 1856 de Código civil no se pronuncia al respecto, y es muy chocante que dedicándole el Código civil un capítulo a la fianza legal y judicial, niegue el beneficio de excusión tanto al fiador como al subfiador en la fianza judicial, y no haga mención al beneficio de división.

¿Se remite el artículo 1837-2.<sup>º</sup> del Código civil al artículo 1856, siendo esta la razón por el que el artículo 1856 no menciona el beneficio de división? El artículo 1837-2.<sup>º</sup> del Código civil establece que el beneficio de división cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión, de aquí que, según nuestra opinión, cuando dice «por las mismas causas» que el de excusión se está remitiendo a las causas por las que la excusión no tienen lugar según el artículo 1831 del Código civil, con las adaptaciones que ya hemos visto; y que a la expresión «en los mismos casos» que el de excusión, se remite al artículo 1856, de manera que el cofiador en los mismos casos que no tiene lugar el beneficio de excusión, tampoco tiene el de división, y un caso es en la fianza judicial, según el párrafo primero del artículo 1856. Además, en apoyo de nuestra postura, el párrafo segundo del artículo 1856 del Código civil establece que el subfiador, «en el mismo caso» no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal ni del fiador, y la expresión «en el mismo caso» se está refiriendo a la fianza judicial.

En conclusión, en nuestra opinión, el cofiador judicial no tiene el beneficio de división por la remisión que hace el artículo 1837-2.<sup>º</sup> del Código civil al artículo 1856, cuando aquel establece que el beneficio de división cesa en los mismos casos que el de excusión, y un caso por el que no tiene lugar el beneficio de excusión es en la fianza judicial.

Sin embargo, para GUILARTE, «de la regulación del Código no deriva que el cofiador, en la fianza judicial, esté privado del beneficio de división o de los efectos de esta... En mi opinión, tiene una mayor transcendencia 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 implícita alusión que pudiera considerar existente en el apartado 2.<sup>º</sup> del presente precepto (1837), 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... Por lo demás, creo que la aplicación *favor fideiussoris* que debe informa la interpretación de esta materia, según la opinión común, lleva al mismo resultado de mantener el beneficio de división en la fianza judicial, a no ser que expresamente se renuncie al mismo»<sup>57</sup>.

#### *G) Consecuencias del cese del beneficio de división*

Cuando el beneficio de división cesa por renuncia del mismo por parte de los cofiadores o porque los cofiadores se han obligado solidariamente con el deudor, la consecuencia para el cofiador a quien el acreedor le reclama toda la deuda es pagar íntegramente la misma.

Cuando el beneficio de división cesa por concurso de un cofiador o cuando el cofiador no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino, las consecuencias para el cofiador o cofiadores que no se encuentren entre dichos supuestos son, además de pagar la cuota que les corresponda, la de pagar proporcionalmente la cuota de quienes se encuentren en alguno de dichos supuestos. «Ahora bien, esto no implica, como mantiene GUILARTE, la conversión de su obligación de garantía en una obligación solidaria, por lo que, en todo caso, deberá mantenerse 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 a pretexto de la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 1831, ni siquiera la cuota íntegra del insolvente o insolventes»<sup>58</sup>.

Las consecuencias para aquel cofiador que ha pagado la deuda, vienen recogidas en el artículo 1844 del Código civil, al establecer: «Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponde satisfacer. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de este recaerá sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra»<sup>59</sup>.

La STS de 13 de octubre de 2009 afirma «que en la cofianza, constituida bajo el régimen de solidaridad, el artículo 1844 del Código civil permite a cualquiera de los cofiadores que haya pagado, total o parcialmente, sin exigirse que haya pagado la deuda en su totalidad, reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer, como dispone dicha norma; de lo contrario, se daría el contrasentido de que el fiador que paga o le embargan bienes, tiene que esperar a que el pago sea completo, lo que le dañaría a él y beneficiaría a los otros».

Puede ocurrir que el acreedor reclame a todos y cada uno de los cofiadores su parte correspondiente, haciendo caso omiso de que alguno o algunos de los cofiadores se encuentren en concurso. En tal supuesto, mantiene GUILARTE que «el acreedor no podrá ampararse luego en el beneficio que la cesación de la división le hubiera deparado y habrá de soportar las consecuencias de la insolvencia de quienes lo sean»<sup>60</sup>.

Distinto del supuesto anterior es cuando el acreedor demanda solo a un cofiador reclamándole su parte de la deuda o la reciba voluntariamente de este, pero sin tener en cuenta si alguno de los demás cofiadores se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 1831 por los que cesa el beneficio de división. Para este supuesto, como sostiene GUILARTE, «el acreedor deberá asumir la parte de los cofiadores insolventes que no fue pagada por los que ante la actuación de aquel se limitaron a la entrega de su cuota estricta. Se trata, en definitiva, de una liberación o renuncia parcial por hecho propio del acreedor que no debe afectar a los restantes cofiadores»<sup>61</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

I. La fianza se define como una garantía personal por la que una tercera persona, fiador, se compromete a cumplir una obligación principal, cuando el deudor no la cumple.

II. Las características de la obligación del fiador son, por una parte, la accessividad, porque al ser la fianza una obligación de garantía no puede entenderse

sin la existencia de una obligación principal, y, por otra, la subsidiariedad, que supone que el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación, siendo consecuencia de la subsidiariedad el beneficio de excusión del fiador.

III. Cuando el acreedor se dirige al deudor para el cumplimiento de la obligación principal y el deudor la incumple, el acreedor ha de dirigirse al fiador para que cumpla por el deudor. Ante la reclamación del acreedor al fiador, el fiador tiene el beneficio de excusión o de orden, de forma que puede eludir el cumplimiento de la obligación hasta que el acreedor no haya perseguido los bienes del deudor que el fiador ha designado; y también, el beneficio de división, por el cual el fiador puede dividir el pago de la deuda cuando el acreedor le reclama la totalidad de la misma o una cantidad mayor de la que le corresponde.

IV. Para que el ejercicio del beneficio de excusión sea eficaz es necesario que el fiador lo oponga al acreedor cuando este le requiera para el pago y señale bienes del deudor que sean realizables en territorio español suficientes para cubrir la deuda.

V. En cuanto al momento oportuno para oponer el beneficio de excusión dependerá de cómo haga el acreedor el requerimiento de pago al fiador: si el requerimiento de pago es extrajudicial, debe oponerlo el fiador inmediatamente a dicho requerimiento; si el acreedor demanda judicialmente solo al fiador, este deberá oponerlo en el momento de contestar a la demanda; si demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente y el fiador comparece en juicio y opone, tendrá que oponerlo en la contestación a la demanda, y si el fiador no comparece en juicio, podrá oponerlo cuando se dirijan contra el fiador los trámites de ejecución de la sentencia, sentencia recaída contra el deudor principal y el fiador.

VI. Cuando el fiador oponga al acreedor el beneficio de excusión tiene que señalar bienes del deudor que sean realizables en territorio español y suficientes para cubrir la deuda. El que los bienes sean realizables en territorio español significa que pertenezcan en propiedad al deudor principal y que no se encuentren gravados, de manera que sea posible la ejecución de los bienes por parte del acreedor. En cuanto a que los bienes señalados por el fiador sean suficientes para pagar la deuda, dicho señalamiento supone una designación de bienes concretos y determinados, en la que se hagan referencia a aquellos elementos necesarios para determinar las circunstancias jurídicas en que se encuentran y su localización dentro del territorio español.

VII. En cuanto a los efectos del ejercicio del beneficio de excusión, una vez opuesto por el fiador, el acreedor ha de dirigirse al deudor en base a la designación de bienes del deudor que el fiador ha hecho, si estos bienes designados son suficientes para el pago de la deuda, esta quedará extinguida totalmente, igualmente quedará extinguida la obligación del fiador; en el caso de que no existan bienes suficientes para el pago de la deuda, esta quedará extinguida parcialmente, quedando el fiador obligado al pago de la parte restante, siempre y cuando se haya acreditado la insolvencia del deudor, pudiendo posteriormente el fiador ejercer las acciones que le pudieran corresponder contra el deudor para el cobro de la parte de deuda satisfecha.

Un efecto específico del beneficio de excusión tiene lugar cuando, opuesto el beneficio de excusión en tiempo y cumpliendo todas las condiciones, el acreedor es negligente en la excusión de los bienes señalados por el fiador, en este caso el acreedor es responsable, hasta donde los bienes alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquél descuido resulte.

VIII. El beneficio de excusión no tiene lugar, en primer lugar, cuando el fiador haya renunciado expresamente al mismo, no cabe la renuncia tácita ni se puede presumir la renuncia por determinados actos del fiador; en segundo lugar, cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor; en tercer lugar, por la declaración judicial de concurso del deudor, no siendo causa de cese la insolvencia del deudor no declarada judicialmente; en cuarto lugar, cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino porque los tribunales españoles no sean competentes; en quinto lugar, cuando la fianza sea mercantil por el carácter solidario de la misma, salvo cuando el fiador fuese una persona física constituida en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, y, en sexto lugar, en la fianza judicial.

IX. En el caso de subfianza, el subfiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal.

X. La cofianza tiene lugar cuando existiendo una pluralidad de fiadores que garanticen a un mismo deudor y por una misma deuda, todos los fiadores se encuentren en el mismo nivel frente a la obligación que están garantizando, asumiendo todos los fiadores conjuntamente la garantía, lo que produce los mismos efectos para los cofiadores entre sí mismos y para todos los cofiadores con el acreedor.

XI. El Código civil configura la cofianza como una obligación mancomunada, lo que implica que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte de la deuda que le corresponde pagar.

XII. El cofiador debe ejercer el beneficio de división cuando el acreedor le requiera para el pago de la totalidad de la deuda o de una parte superior a aquella que le corresponde pagar, si el requerimiento es extrajudicial debe oponerlo inmediatamente a dicho requerimiento, y si el requerimiento es judicial debe oponerlo en el momento de contestar a la demanda.

XIII. Cuando el cofiador demandado por el acreedor para el pago de la totalidad de la deuda o de una mayor parte de la que le corresponde ejerce el beneficio de división, lo que tiene que indicar es la parte de la deuda de la que él responde, no siendo necesario que indique las partes de los demás cofiadores, ya que la finalidad del cofiador al ejercer el beneficio de división es que se divida la acción del acreedor y que a él solo se le reclame la parte que le corresponde.

XIV. El beneficio de división cesa: cuando el cofiador haya renunciado expresamente a él; cuando los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor; en caso de quiebra o concurso del cofiador; cuando el cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino; y cuando se trate de un cofiador judicial.

XV. En cuanto a las consecuencias del cese del beneficio de división, en los supuestos en los que el beneficio de división cesa por renuncia del mismo por parte de los cofiadores o porque los cofiadores se han obligado solidariamente con el deudor, la consecuencia para el cofiador a quien el acreedor le reclama toda la deuda es pagar íntegramente la misma, aunque podrá reclamar de cada uno de los otros cofiadores la parte que proporcionalmente les corresponde satisfacer. En los supuestos en los que el beneficio de división cesa por concurso de un cofiador o cuando el cofiador no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino, las consecuencias para el cofiador o cofiadores que no se encuentren entre dichos supuestos son, además de pagar la cuota que les corresponde, la

de pagar proporcionalmente la cuota de quienes se encuentren en alguno de dichos supuestos.

## V. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 29 de mayo de 1897
- STS de 5 de julio de 1911
- STS de 29 de octubre de 1915
- STS de 8 de mayo de 1916
- STS de 22 de noviembre de 1916
- STS de 31 de marzo de 1927
- STS de 1 de junio de 1929
- STS de 29 de abril de 1931
- STS de 7 de octubre de 1933
- STS de 4 de diciembre de 1950
- STS de 25 de febrero de 1958
- STS de 6 de marzo de 1961
- STS de 25 de febrero de 1968
- STS de 5 de junio de 1968
- STS de 7 de diciembre de 1968
- STS de 25 de abril de 1969
- STS de 30 de junio de 1969
- STS de 16 de junio de 1970
- STS de 15 de marzo de 1972
- STS de 7 de abril de 1975
- STS de 17 de junio de 1985
- STS de 3 de octubre de 1985
- STS de 31 de enero de 1986
- STS de 16 de octubre de 1989
- STS de 20 de octubre de 1989
- STS de 29 de octubre de 1991
- STS de 7 de marzo de 1992
- STS de 14 de febrero de 1997
- STS de 20 de enero de 1999
- STS de 21 de febrero de 2003
- STS de 26 de mayo de 2004
- STS de 15 de abril de 2005
- STS de 20 de febrero de 2008
- STS de 13 de octubre de 2009
- STS de 13 de abril de 2016
- STS de 27 de enero de 2020
- STS de 12 de noviembre de 2020
- SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 1999
- SAP de Toledo de 7 de octubre de 2020
- Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011), *Derecho civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.<sup>º</sup>, Madrid.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996), Consecuencias jurídicas del pago de la deuda por un cofiador, *Revista de Derecho Privado*, 370-396.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988), *La fianza: Ámbito de responsabilidad*, Granada: COMARES.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972) La garantía patrimonial y sus formas, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 561-592.
- CARRASCO PERERA, A. (1992), *Fianza, accesoriiedad y contrato de garantía*, LA LEY
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1984), *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: BOSCH CASA EDITORIAL,
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.<sup>a</sup> ed., Madrid: REUS.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.<sup>a</sup>, (2007), *Efectos del contrato de fianza: relaciones entre el acreedor, deudor principal y fiador*, Thomson-Aranzadi.
- CRISTÓBAL MONTES, A. (2003), El beneficio de la división en la cofianza, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, 887-918.
- DE DIEGO, F.C., *Instituciones de Derecho civil español*, T. II,
- DELGADO ECHEVERRÍA, J (1986), *Elementos de Derecho civil*, T. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.<sup>º</sup>, *Contratos y cuasicontratos*, de Lacruz Berdejo, J. L., Barcelona.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, Madrid: EDERSA.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Comentario del Código civil*, Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial BOSCH.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1995), *Principio de Derecho civil*, T. tercero, Contratos, Madrid: Trivium,
- MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los Artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 735-786.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., (1985), *Solidaridad en la fianza*, Editorial Aranzadi.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2005), *Los efectos de la fianza entre los cofiadores*, Valencia: Tirant lo Blanch,
- SCAEVOLA, Q. M. (1901), *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XVIII, Madrid, 609.
- (1953) *Código civil comentado y concordado*, redactado por E. Vázquez Gudín, tomo XVIII, Madrid, 596.

## NOTAS

<sup>1</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, Madrid: EDERSA, 6.

<sup>2</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.<sup>a</sup> ed., Madrid: REUS, 763.

<sup>3</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 481.

<sup>4</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (1995), *Principio de Derecho civil*, T. tercero, Contratos, Madrid: Trivium, 399.

<sup>5</sup> AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972) La garantía patrimonial y sus formas, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 570 y 571. En parecido sentido, CASANOVAS MUSSONS, A. (1984), *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: Bosch casa editorial, 63 y 64.

<sup>6</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Comentario del Código civil*, Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial BOSCH, 117.

<sup>7</sup> Mantienen esta posición, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.<sup>a</sup> ed., Madrid: REUS, 763 y 764; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007) *Compendio de Derecho Civil*, 13.<sup>a</sup> ed., EDISOFER, 315 y 316: Junto a la fianza normal, en la que el fiador se obliga *subsidiariamente* (en defecto del deudor). Es posible, también, que se oblique *juntamente* con el deudor —fianza llamada *solidaria*—. En cuyo caso (1831, 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup>, y 1856, 1.<sup>º</sup>) el acreedor puede dirigirse *directamente* contra el fiador —y este no puede oponerle la excusión—, como si fuera deudor principal. Tal tipo de fianza es posible porque la esencia de la fianza es la garantía del acreedor, garantía que también se obtiene (y más fuertemente que la fianza normal) con la fianza solidaria. Así, pues, la *subsidiariedad* de la obligación del fiador es solo normal, pero no esencial.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., (1985), *Solidaridad en la fianza*, Editorial Aranzadi, 93: afirma que la responsabilidad del fiador tiene como presupuesto necesario el incumplimiento del deudor tratándose de una consecuencia del carácter accesorio que reviste siempre la obligación de garantía y no de la subsidiariedad.

Para DÍEZ-PICAZO, L. (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 483: la subsidiariedad no puede considerarse en modo alguno como una característica esencial al concepto de fianza, la subsidiariedad define la forma cómo la fianza se encuentra regulada en el Derecho Positivo del Código civil español. Sin embargo, mantiene que la subsidiariedad no debe identificarse con el beneficio de excusión, pues la subsidiariedad subsiste aunque la fianza se organice con renuncia de dicho beneficio.

<sup>8</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza: Ámbito de responsabilidad*, Granada: COMARES, 88 y sigs.

<sup>9</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 23 y 24. También mantiene esta posición DELGADO ECHEVERRÍA, J (1986), *Elementos de Derecho civil*, T. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.<sup>º</sup>, *Contratos y cuasicontatos*, de Lacruz Berdejo, J. L., Barcelona, 502 y 503.

<sup>10</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código Civil...* op. cit., 159.

<sup>11</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 503.

<sup>12</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.<sup>a</sup> ed., Madrid: REUS, 783.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO, L., (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 503.

<sup>14</sup> DE DIEGO, F.C., *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, 368 y 369

<sup>15</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 160.

<sup>16</sup> En este sentido también se manifiesta ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza: Ámbito de responsabilidad*, Granada: COMARES, 159.

<sup>17</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza...* op. cit., 162. En igual sentido, Guilarte Zapatero, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 196.

<sup>18</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código...* op. cit., 199.

<sup>19</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 199 y 200.

<sup>20</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 200.

<sup>21</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 184, mantiene que «La condición de realizables significa que los bienes deben pertenecer al deudor principal, que tengan el carácter de disponibles y que, por lo mismo, no se encuentran afectados por ninguna traba que impida su embargo y consiguiente ejecución por los trámites legales».

<sup>22</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 182 y 183.

<sup>23</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 199.

<sup>24</sup> De forma que, si el fiador no opone el beneficio de excusión luego que el acreedor le requiera para el pago, o el fiador opone el beneficio, pero no señala bienes del deudor o los señala, pero dichos bienes no son realizables en territorio español o insuficientes para el pago de la deuda, el fiador no podrá descargar la responsabilidad en el acreedor. En este sentido, la STS de 31 de marzo de 1927 mantiene que solamente habiendo observado inmediatamente después de requerido por el acreedor, como indica el adverbio luego, consignado en el artículo 1832, las condiciones expuestas en el mismo, podrá el fiador aspirar a descargar la responsabilidad inherente a la fianza sobre el acreedor. Si este hubiera procedido negligentemente en dirigir su acción con todos los elementos eficaces de que dispusiera contra el deudor, y que, por tanto, la declaración contenida en el artículo 1833 no puede amparar más que a los fiadores que hubieran cumplido la obligación impuesta en el artículo anterior.

<sup>25</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 190, 191 y 192.

<sup>26</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 188 y 189.

<sup>27</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza...* op. cit., 308 y 309.

<sup>28</sup> SCAEVOLA, Q.M. (1953), *Código civil comentado y concordado*, redactado por E. Vázquez Gudín, tomo XVIII, Madrid, 596.

<sup>29</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza...* op. cit., 312 y nota pie 40.

<sup>30</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 191.

<sup>31</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza...* op. cit., 315, se plantea la cuestión de «qué sucede cuando el fiador opone debidamente el beneficio de excusión, y el acreedor no intenta la excusión de los mismos, sin que se produzca la pérdida de dichos bienes y, por tanto, la insolvenza del deudor, y el acreedor vuelve a dirigirse al fiador; parece que no se puede aplicar a este supuesto el artículo 1833, puesto que la negligencia de su comportamiento no determina la insolvenza del deudor y, por tanto, no se puede hacer responsable al acreedor; pero en este caso cabe pensar que el fiador puede oponerle la designación ya realizada».

<sup>32</sup> Cuando el artículo 1833 del Código civil dice que el acreedor es responsable, mantiene CARRASCO PERERA, A. (1992), *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, LA LEY, 52, que la expresión «Es responsable» no sugiere ninguna responsabilidad obligacional por el incumplimiento de una obligación, sino «liberación» del fiador (en todo o en parte) en virtud de una carga que pesa sobre el acreedor.

<sup>33</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 168.

<sup>34</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 168.

<sup>35</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.<sup>a</sup>, *Comentarios al Código civil Español*, Madrid, 1973, 497.

<sup>36</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 218 y 219.

<sup>37</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 216 y 217.

<sup>38</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza...* op. cit., 247.

<sup>39</sup> MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 740.

<sup>40</sup> MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 740.

<sup>41</sup> SCAEVOLA, Q.M. (1901), *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XVIII, Madrid, 609.

<sup>42</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 227.

<sup>43</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 231.

<sup>44</sup> La STS de 13 de abril de 2016 afirma que «el régimen de la fianza solidaria en nuestro Código civil viene presidido por una clara relación de consorcio (consortium) de los fiadores que se proyecta tanto en el régimen de aplicación, en donde los cofiadores

se sitúan en el mismo plano respecto de la obligación garantizada, de forma que una vez realizado el pago por uno de ellos, que directamente libera al resto, nace una acción de reintegro frente a los restantes fiadores (arts. 1844 y 1145 CC), como también en la forma de constituir la garantía, de modo que para su validez se requiere la participación de todos los fiadores, como presupuesto de validez de esta modalidad de garantía. De no ser así, el especial vínculo de solidaridad no surge y, por tanto, no puede ser exigido.

Esta nota del consorcio también queda claramente reflejada en el fundamento de la obligación recíproca de los cofiadores por el riesgo de insolvencia de uno de ellos, en el desenvolvimiento de la acción de reintegro, tal y como la establece el párrafo segundo del artículo 1844 del Código civil: «Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de este recaerá sobre todos en la misma proporción».

<sup>45</sup> En este sentido la Sentencia de 15 de octubre de 1999 de la AP de Pontevedra, Sección 2.<sup>a</sup>, mantiene que: «Dado que en el contrato arrendatario existen dos fiadores, según su estipulación 6.<sup>a</sup>, la obligación de responder de las deudas de la entidad arrendataria se debe dividir entre ellos, de acuerdo con el artículo 1837 del Código civil, al no haberse estipulado la solidaridad de los mismos». También la STS de 6 de marzo de 1961 sostuvo que «al no resultar de la referida obligación pactada fórmula alguna de solidaridad, esta no puede presumirse, conforme se desprende del artículo 1837 del Código civil, y frente a la concurrencia de dos fiadores, es indudable que conforme al invocado precepto del artículo 1837 del referido cuerpo legal, la obligación de responder de la deuda de tal prestatario se divide entre ambos fiadores, no pudiéndose reclamar por el acreedor de cada uno más que la parte que le corresponda». De igual forma se pronunció la STS de 5 de junio de 1968.

<sup>46</sup> La doctrina entiende: 1.<sup>º</sup> Que el beneficio de división presupone siempre la solidaridad o la responsabilidad de cada cofiador por el total. 2.<sup>º</sup> Que, en su virtud, el acreedor debe reducir su acción la parte de cada uno. 3.<sup>º</sup> Que la división de la acción debe materializarla el acreedor solo, entre los cofiadores solventes en el momento de interponer la demanda.

<sup>47</sup> En idéntico sentido se manifiesta GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 229: «es impropio hablar de beneficio de división sino se ha partido del presupuesto de la solidaridad de los cofiadores».

CRISTÓBAL MONTES, A. (2003), El beneficio de la división en la cofianza, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, 887-917, reconoce el beneficio de división en la cofianza en base a, que según él, la primera parte del artículo 1837 hay que entenderla en el sentido de que los varios fiadores han quedado vinculados de manera solidaria, ya que, en otro caso, resultaría por completo anodino y superfluo.

Más tajante es MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los Artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 754-755, al mantener que «en el Código no hay beneficio de división, sino una pluralidad de fiadores organizados bajo el principio de la parcialidad, y donde, por tanto, cada uno de los fiadores responde, por Ley, solamente de su parte de deuda...Y ello en puridad de conceptos significa: a) Que no cabe hablar de beneficio de división, porque este solo se entiende cuando inicialmente los fiadores están obligados solidariamente. b) Que el acreedor no puede reclamar a cada fiador más que la parte de deuda que le corresponde (art. 1837,1.<sup>º</sup>). c) Que puesto que la división de la deuda viene atribuida *ex lege*, el fiador no tiene que oponer ningún beneficio de división a la reclamación del acreedor, y si es que este reclama más de lo que corresponde al fiador, la excepción que este deba oponer es la excepción de *pluspetitio*. d) Que aun —en el caso anterior— si el cofiador no opusiera la excepción de *pluspetitio*, el Juez, de oficio, debería rechazar la reclamación del acreedor en aquella cantidad que excediera la cuota por la que se obligó el deudor».

<sup>48</sup> MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 753. En el mismo sentido se manifiesta GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 229: «La fórmula del artículo 1837 me parece incongruente y, por lo mismo, la armonización de las dos partes que lo integran presenta grave dificultad, así como la solución de muchos de los problemas que tradicionalmente aparecen ligados al beneficio de división».

<sup>49</sup> CASTÁN TOBENAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.<sup>a</sup> ed., Madrid: REUS, 787.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011), *Derecho civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.<sup>o</sup>, Madrid, 886, mantiene que «el momento en el que debe usarse el beneficio de división es el de ser requerido para el pago de parte que exceda de la correspondiente al cofiador de que se trate».

<sup>50</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 518.

<sup>51</sup> RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2005), *Los efectos de la fianza entre los cofiadores*, Valencia: Tirant lo blanch, 288.

<sup>52</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988), *La fianza... op. cit.*, 219.

<sup>53</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Comentario del Código civil*, Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial BOSCH, 138.

<sup>54</sup> En contra de tal adaptación y aplicar las cuatro causas del artículo 1831 del Código civil al beneficio de división: ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996), Consecuencias jurídicas del pago de la deuda por un cofiador, *Revista de Derecho Privado*, 378 y sigs.

<sup>55</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Comentario del Código civil*, Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial BOSCH, 139.

<sup>56</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 519.

<sup>57</sup> GUILLARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 248 y 439.

<sup>58</sup> GUILLARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 246-247.

<sup>59</sup> Sobre el estudio del artículo 1844 del Código civil, ver: ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996), Consecuencias jurídicas del pago de la deuda por un cofiador», *Revista de Derecho Privado*, 370 y sigs.

<sup>60</sup> GUILLARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 247.

<sup>61</sup> GUILLARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 248.