

**LAS ACCIONES DEL ART. 1843 Y SU  
RELACIÓN CON EL ART. 1852 DEL  
CÓDIGO CIVIL**

**JOSÉ SAYAS FERRER**

C. Felipe II, 182.184  
08027 BARCELONA  
93.352.58.77  
617.39.36.55  
jsayas@icab.cat

Dirigida por

**Prof. Dr. Pablo Salvador Coderch**

Universitat Pompeu Fabra

Programa de Doctorat en Dret Patrimonial

Barcelona, mayo del 2008



## SUMARIO

<b>Introducción .....</b>	<b>7</b>
<b>Capítulo primero</b>	
<b>La relevación y la cobertura de la fianza en los antecedentes históricos y en el Derecho comparado .....</b>	<b>12</b>
<b>I. Antecedentes históricos del art. 1.843 del Código civil .....</b>	<b>12</b>
<b>II. La relevación y la cobertura de la fianza en el Derecho comparado ..</b>	<b>18</b>
1. En el Código civil francés .....	18
2. En el Código civil italiano .....	20
3. En el Código civil portugués .....	21
4. En el Código civil alemán (B.G.B.) .....	22
<b>III. La aplicación en España del Derecho extranjero; el problema de su prueba en el proceso .....</b>	<b>23</b>
1. Situación bajo el Real Decreto de 3 de febrero de 1881 de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil .....	23
2. Situación actual con la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil .....	24
3. La prueba del Derecho extranjero .....	26
4. Posición del Tribunal Supremo .....	30
4.1. Ideas previas .....	30
4.2. Primera postura del Tribunal Supremo .....	31
4.3. Segunda postura del Tribunal Supremo .....	37
5. Posición del Tribunal Constitucional .....	46
<b>Capítulo segundo</b>	
<b>Las acciones de relevación y garantía en el Código civil y en Derecho foral; la relación con el art. 1852 del Código civil .....</b>	<b>54</b>
<b>I. Fundamento de las acciones del art. 1.843 del Código civil .....</b>	<b>54</b>
<b>II. La naturaleza jurídica de las acciones del art. 1.843 del Código civil ..</b>	<b>60</b>
<b>III. La acción de relevación .....</b>	<b>72</b>
<b>IV. La acción de garantía .....</b>	<b>79</b>
<b>V. Las acciones de relevación y garantía en el Derecho foral .....</b>	<b>90</b>
<b>VI. El ejercicio de las acciones de relevación y garantía .....</b>	<b>91</b>

1. Ideas previas .....	91
2. El ejercicio de las acciones del art. 1.843 del Código civil en la cofianza .....	94
3. El art. 1.843 del Código civil en la fianza constituida sin la intervención del deudor o en contra de su voluntad .....	109
4. El art. 1.843 del Código civil y la fianza remunerada .....	120
5. El art. 1.843 del Código civil y la hipoteca en garantía de deuda ajena	124
5.1. Estado de la cuestión .....	124
5.2. La Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de octubre de 1995	126
<b>VII. La relación entre los arts. 1.843 y 1.852 del Código civil .....</b>	<b>142</b>
1. Análisis del art. 1.852 del Código civil .....	142
1.1. Ideas previas .....	142
1.2. ¿Qué “ <i>hechos del acreedor</i> ” implican la extinción de la fianza? .....	196
1.3. ¿Qué “ <i>derechos, hipotecas y privilegios</i> ” cuya no subrogación por el fiador implican la extinción de la fianza? .....	245
1.4. ¿Cuáles son las condiciones para la extinción de la fianza?	295
1.4.1. Ideas previas .....	295
1.4.2. La relación de causalidad entre el “ <i>hecho del acreedor</i> ” y la pérdida de los “ <i>derechos, hipotecas y privilegios</i> ” ..	296
1.4.3. Que la pérdida de los “ <i>derechos, hipotecas y privilegios</i> ” represente un perjuicio para el fiador .....	298
1.5. La puesta en funcionamiento del art. 1852 del Código civil en el plano procedimental .....	307
1.6. La renuncia del fiador .....	317
2. En cuanto a la relación entre los arts. 1843 y 1852 del Código civil ..	319
3. El art. 1852 del Código civil y las situaciones análogas a la fianza ...	337
3.1. Ideas previas .....	337
3.2. La solidaridad pasiva .....	338
3.3. La cofianza solidaria .....	367
<b>VIII. Análisis de los diversos supuestos contenidos en el art. 1.843 del Código civil .....</b>	<b>376</b>
1. Ideas previas .....	376
2. El supuesto 1º del art. 1.843 del Código civil .....	379

3. El supuesto 2º del art. 1.843 del Código civil .....	390
3.1. Ideas previas .....	390
3.2. El supuesto 2º del art. 1.843 del Código civil bajo la normativa concursal derogada por la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal ..	392
3.3. Análisis del concepto jurídico de la “ <i>insolvencia</i> ” .....	414
3.3.1. Antecedentes históricos .....	414
3.3.2. Configuración jurídica de la “ <i>insolvencia</i> ” .....	425
3.3.3. La configuración jurídica de la “ <i>insolvencia</i> ” en el Derecho actual .....	430
3.3.4. La prueba de la “ <i>insolvencia</i> ” .....	455
3.4. La “ <i>insolvencia</i> ” en el Código civil .....	462
3.4.1. Ideas previas .....	462
3.4.2. La tipicidad de la “ <i>insolvencia</i> ” en cuanto referida a la lesión del derecho de crédito .....	462
3.4.2.1. Ideas previas .....	463
3.4.2.2. El vencimiento anticipado con base a la “ <i>insolvencia</i> ” del deudor .....	463
3.4.2.3. La defensa de la capacidad patrimonial del deudor: la acción pauliana y la subrogatoria ...	473
3.4.2.4. El caso del pago anticipado y su rescisión como acto fraudulento .....	487
3.4.2.5. La delegación pasiva de la deuda .....	492
3.4.2.6. La facultad del vendedor de suspender la entrega de la cosa .....	497
3.4.3. La tipicidad de la “ <i>insolvencia</i> ” como cauce de la recíproca cobertura del riesgo derivado de la misma ..	500
3.4.3.1. Ideas previas .....	500
3.4.3.2. Los supuestos contenidos en los art. 1071, 1.145 y 1.844 del Código civil .....	500
3.4.3.2.1.El supuesto del art. 1.071 del Cc .....	500
3.4.3.2.2.El supuesto del art. 1.145 del Cc .....	503
3.4.3.2.3.El supuesto del art. 1.844 del Cc.....	504
3.4.4. La tipicidad de la “ <i>insolvencia</i> ” como hecho integrado en el marco contractual .....	506

3.4.4.1. Ideas previas .....	506
3.4.4.2. El supuesto del art. 1.529 del Código civil: la venta del crédito .....	507
3.4.4.3. El art. 1.700 y art. 1.732 del Código civil: la extinción de la relación contractual .....	516
3.5. La “ <i>insolvencia</i> ” como presupuesto objetivo de la declaración de concurso según el nuevo régimen introducido por la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal .....	517
3.6 La fianza y la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal .....	532
3.6.1. Ideas previas .....	532
3.6.2. La comunicación de los créditos del acreedor y fiador .....	538
3.6.3. El derecho del fiador a tomar parte en el concurso	547
3.6.4. Las acciones de relevación y cobertura en el Concurso .....	551
3.6.5. Las relaciones entre la comunicación del fiador y acreedor en el concurso: beneficios y perjuicios; el art. 1.852 del Código civil .....	555
3.6.6. La calificación de los créditos del acreedor y fiador en el concurso .....	558
3.6.7. Los efectos de la declaración de concurso sobre el crédito afianzado .....	580
3.6.8. Efectos del convenio concursal en la fianza ...	583
4 .El supuesto 3º del art. 1.843 del Código civil .....	589
5. El supuesto 4º del art. 1.843 del Código civil .....	594
6. El supuesto 5º del art. 1.843 del Código civil .....	602
<b>Conclusiones .....</b>	<b>610</b>
<b>Lista de Sentencias citadas .....</b>	<b>625</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>629</b>

## ABREVIATURAS EMPLEADAS

art.	Artículo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOE	Boletón Oficial del Estado
BOCG	Boletón Oficial Congreso de los Diputados
Cc	Código civil
Cco.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
D.	Digesto
ed.	edición
Exp. Mot.	Exposición de Motivos
Fasc.	Fascículo
Fuero Nuevo	Compilación de Derecho civil foral de Navarra
Ley Concursal	Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal
Llei Concursal	Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal
LC	Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal
LEC	Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
núm.	número
RDP	Revista Derecho Privado
RCDI	Revista crítica de Derecho inmobiliario
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
p.	página
sts.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional

TSJ  
vol.

Tribunal Superior de Justicia  
volumen

## Introducción

Como norma general las acciones que traen causa de la relación jurídica de la fianza son establecidas en el Código civil a favor del fiador una vez haya satisfecho la obligación garantizada. En este sentido, el art. 1843 del Código civil supone una excepción a esta norma general al regular una serie de acciones, relevación y garantía, que podrá ejercitar el fiador contra el deudor aun antes de haber satisfecho cantidad alguna; siempre que se den los supuestos tasados en la norma.

Este trabajo tiene como eje central el análisis del art. 1843 del Código civil; para ello se ha dividido en dos grandes capítulos. Se inicia, el primero, con el estudio de los antecedentes históricos de las acciones de relevación y cobertura, especialmente haciendo mención al Anteproyecto belga de LAURENT y al Code. También se hace referencia a como son reguladas estas acciones antes del pago en el Derecho comparado; así en el Derecho francés, italiano, portugués y en el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Para el supuesto caso que una norma de conflicto efectúe la correspondiente remisión a un Derecho extranjero, se ha procedido a analizar someramente la aplicación de dicho ordenamiento extranjero en España; especialmente cual es la postura al respecto del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

En el segundo capítulo del trabajo se entra de lleno en el análisis de los supuestos y acciones contenidas en el art. 1843 del Código civil. Ambas acciones, relevación y garantía, presentan idéntica finalidad, es decir, la de amparar los intereses del fiador ante la concurrencia de los supuestos tasados que contempla la norma, si bien cada una de dichas acciones tiene sus propios objetivos; en un caso liberar al fiador de la fianza prestada y, en el otro caso, prestar una garantía que asegure el derecho de regreso del fiador a ejercitar después de satisfacer la obligación garantizada. Se hace referencia también a que la naturaleza cautelar de las acciones contenidas en el art. 1843 del Código civil sólo debería ser preconizada con respecto a la acción de garantía, verdadera acción cautelar que tiende a asegurar el derecho de regreso del fiador una vez

satisfecha la obligación garantizada, especialmente para el caso de insolvencia del deudor. En cuanto a la acción de relevación, en cuanto tiende exclusivamente a la liberación de la fianza, es decir, al no pago de la obligación garantizada, no parece compartir dicha naturaleza de cautelar.

También se ha hecho referencia a como es regulado supuesto normativo en el Derecho foral. En este sentido, se menciona la ley 530 del Fuero Nuevo de Navarra que faculta al fiador para solicitar judicialmente que se impida la enajenación o gravamen de bienes del deudor y la práctica de la anotación preventiva en el Registro correspondiente, salvo que el deudor preste caución suficiente en garantía de la futura acción de reembolso del fiador tras el pago.

En cuanto al concreto ejercicio por parte del fiador de dichas acciones antes del pago, se ha hecho referencia al mismo en los supuestos de cofianza, de fianza constituida sin la intervención del deudor o en contra de su voluntad (*“prohibente debitoris”*), en la fianza remunerada y, finalmente, a la aplicación del art. 1843 del Código civil con respecto a la hipoteca en garantía de deuda ajena; para lo cual se ha procedido a analizar el contenido de la Sentencia de Tribunal Supremo del 6 de octubre de 1995.

Una de las acciones que puede ejercitar el fiador tras el pago es la acción de subrogación (art. 1839 del Código civil). A fin de garantizar que dicha acción no quede vacía de contenido el art. 1852 del Código civil establece una causa específica de extinción de la fianza siempre que por algún hecho del acreedor no pueda el fiador, tras el pago, subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor. A pesar de que el art. 1843 del Código civil se refiere a situaciones anteriores al pago por parte del fiador de la obligación garantizada y el art. 1852 del Código civil, en cambio, se refiere a situaciones tras el pago, se ha procedido a relacionar ambos preceptos, a fin de analizar si el no ejercicio de las acciones de relevación o garantía podría ser causa de la no extinción de la fianza vía art. 1852 del Código civil.

Para ello se ha procedido en el presente trabajo a efectuar un análisis exhaustivo del contenido del art. 1852 del Código civil; tanto en lo que refiere al concepto *“hecho del acreedor”*, en el sentido de poder incluir en el mismo tanto los hechos positivos como los negativos, así como en cuanto al estudio de los *“derechos, hipotecas y privilegios”*

cuya no subrogación traen como efecto la extinción de la fianza. Para dicho análisis se ha estudiado como es tratada dicha figura jurídica en el Derecho comparado, así como la solución que se da a cada uno de los problemas planteados por parte de la doctrina española y extranjera. Especialmente se ha efectuado amplio examen de la jurisprudencia de los últimos 10 años, tanto del Tribunal Supremo como la menor de las Audiencias Provinciales, con respecto a cada uno de los problemas que el art. 1852 del Código Civil plantea.

La última parte del trabajo se ha dedicado al estudio de cada uno de los supuestos tasados contenidos en el art. 1843 del Código civil que facultan al fiador a ejercitar las acciones antes del pago; en especial se ha tratado ampliamente el supuesto habilitante segundo (“*quiebra, concurso e insolvencia*”).

Con respecto a dicho supuesto se ha procedido, en primer lugar, a analizar el concepto jurídico de la “*insolvencia*”, tanto en los antecedentes histórico como en el Derecho actual, y en especial su acepción más utilizada referida a la lesión del derecho de crédito. También se aprovecha para examinar como queda el contenido de dicho supuesto segundo (“*quiebra, concurso*”) tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. De esta forma, y a la vista que el art. 61 de la Ley Concursal establece la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, al contrario de la situación concursal derogada que implantaba el vencimiento anticipado, se ha procedido a un análisis exhaustivo de la relación jurídica de la fianza con respecto a la nueva situación concursal instaurada por la Ley 22/2003, ya que, previsiblemente, al resultar, tanto la acción de relevación como la de garantía del art. 1843 del Código civil, infructuosas al tener el deudor concursado las facultades de administración y disposición intervenidas y/o suspendidas por la Administración concursal, la única actuación válida que podrá efectuar el fiador antes del pago será insinuar su derecho de reembolso condicionado en el concurso del deudor.

En resumen, partiendo del art. 1843 del Código civil, y concretamente de los supuestos tasados en el contenidos, se han ido estudiando los diferentes problemas planteados aprovechando, en algún caso, para profundizar más en determinados asuntos. Así, se podría considerar que, haciendo honor al título de la tesis (*Las acciones del art. 1843 y su relación con el art. 1852 del Código civil*), se ha efectuado un amplio estudio de la

causa extintiva de la fianza contenida en el art. 1852 del Código civil, así como se ha procedido ampliamente a analizar el concepto jurídico de la “*insolvencia*” contenido en el supuesto segundo del art. 1843 del Código civil; siendo ambos los que más ampliamente han sido tratados en la presente tesis, y sobre los que se ha efectuado una mayor investigación jurisprudencial.



## Capítulo primero

### La relevación y la cobertura de la fianza en los antecedentes históricos y en el Derecho comparado

SUMARIO: I. Antecedentes históricos del art. 1.843 del Código civil. II. La relevación y la cobertura de la fianza en el Derecho comparado. 1. En el Código civil francés. 2. En el Código civil italiano. 3. En el Código civil portugués. 4. En el Código civil alemán (B.G.B.). III. La aplicación en España del Derecho extranjero; el problema de su prueba en el proceso. 1. Situación bajo el Real Decreto de 3 de febrero de 1881 de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Situación actual con la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. 3. La prueba del Derecho extranjero. 4. Posición del Tribunal Supremo. 5. Posición del Tribunal Constitucional.

#### I. Antecedentes históricos del art. 1.843 del Código civil

El art. 1.843, integrado en la sección segunda (“*De los efectos de la fianza entre el deudor y fiador*”) del Código civil, dentro del capítulo II (“*De los efectos de la fianza*”) del título XIV (“*De la fianza*”) y libro IV (“*De las obligaciones y contratos*”), disciplina los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador, estableciendo dicho precepto un remedio mediante el cual se trata de proteger al fiador y le faculta para que pueda eludir el riesgo inherente a las situaciones, que de una manera taxativa, contempla. El mencionado precepto sanciona una excepción a la regla general, según la cual todos los efectos que la fianza produce entre el deudor y fiador dependen exclusivamente de un hecho: el pago de la obligación afianzada al acreedor por parte del fiador. Así, en virtud del principio “*favor fideiussoris*”, presente en la evolución del tratamiento de la fianza, se impone la necesidad de que se arbitren medios que permitan al fiador ponerse a cubierto del riesgo de no poder resarcirse de los perjuicios que sufra por la garantía prestada, una vez satisfecha la obligación garantizada al acreedor.

El art. 1.843 del Código civil cuenta con numerosos antecedentes históricos. Su precedente inmediato se encuentra en el art. 23 del libro IV del Anteproyecto del Código Civil de 1882, en la sección dedicada la fianza, en el cual se indicaba que:

*“El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal **para que éste le indemnice**:*

- 1. Cuando se ve demandado judicialmente para el pago*
- 2. Cuando el deudor ha hecho quiebra o ha caído en estado de insolvencia.*
- 3. Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y éste ha vencido.*
- 4. Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.*
- 5. Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse antes de cierto tiempo.*

*En estos casos, la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor”.*

Dicho precepto fue modificado al transcribirlo al Código civil, omitiéndose en el art. 1.843 la frase final del primer párrafo *“para que éste le indemnice”* y añadir, a lo dispuesto en el párrafo segundo, el supuesto de *“concurso”* del deudor. Por otro lado, el art. 23 del Anteproyecto del Código civil de 1882 no tuvo como modelo el art. 1.757 del Proyecto isabelino, que cerraba la sección dedicada a los efectos de la fianza entre deudor y fiador indicando que *“El fiador puede, aun antes de haber pagado, reclamar del deudor que le indemnice o releve de la fianza: 1º Cuando el mismo fiador ha sido demandado judicialmente para el pago; 2º Cuando el deudor se declara en quiebra, o hay temores fundados de que se declare, o comience a disipar su fortuna; 3º Si hay temor de que se fuge o quiere dejar el Reino; 4º Cuando se obligó a relevarle de la fianza en un tiempo determinado y éste ha pasado; 5º Cuando la deuda ha llegado a ser exigible por el vencimiento del plazo; en este caso podrá también requerir al acreedor para que proceda contra el deudor, o contra el mismo fiador, admitiéndole el beneficio de excusión; 6º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tenía un término fijo para su vencimiento, con tal que la obligación principal no fuese de tal*

*naturaleza que no pudiera extinguirse antes de un tiempo determinado, como acontece en la tutela. El fiador por título oneroso no puede aprovecharse de la disposición de este número 6º”, optando por traducir, casi literalmente, el art. 2.112 del Anteproyecto belga de Laurent, precepto que a su vez reproduce, con una pequeña diferencia, el art. 2.032 del Código Civil francés en el que se indica que “La caution, même avant d’avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour éter par lui indemniséé: 1º Lorque’elle est poursuivie en justice pour le paiement; 2º Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture; 3º Lorsque le débiteur s’est obligué de lui rapporter sa décharge dans un certain temps; 4º Lorsque la dette est devenue exigible par l’échéance du terme sous lequel elle abatí été contractée; 5º Au bout de dix années, lorsque l’obligation principale n’a point de terme fixe d’échéance, á moins que l’obligation principale, telle qu’une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé”.*

Al respecto, GUILARTE ZAPATERO indica que el art. 1.843 del Código civil toma su contenido del Anteproyecto belga de Laurent, apartándose, en alguna medida, de los precedentes históricos que, siguiendo a los criterios romanos, sancionaban también la medida, y del Proyecto de 1851, que asimismo la recogía en su art. 1.757.<sup>1</sup> Por su parte GARCIA GOYENA señala que el art. 1.757 del Proyecto de 1851 concordaba, salvo ligerísimas variaciones, entre otros, con el art. 2.032 del Código civil francés, siendo sus precedentes la Ley 14, título 12, Partida 5 (“*Por que razones se desata la fiadura, e puede el fiador salir della. Quexar non sedeuen los fiadores a ningún Juez, para apremiar a aquellos que los metieron en la fiadura, que les saquen de la fiadura, fasta que paguen alguna cosa del debdo por que entraron fiadores. Fueras ende por cinco razones. La primera es, si el que entra fiador, fuere condenado a pagar toda la debda, o parte della. La segunda, si ouiesse estado gran tiempo en la fiança. E este tiempo deue ser determinado según aluedio del judgador. La tercera es, si quando el que entra fiador, entiende que se cumple el plazo a que deuia pagar, o por non caer en peña, el, nin aquel a quien fiaua, a aquel a quien entro fiador, le quiere pagar, e el otro non gelo quiere rescebir por alguna razon, o por aventura non es en el logar, e entonce pone aquello que due, en fieldad, en alguna Eglesia, o Monesterio, o en mano de algun ome bueno, ante testigos. La quarta es, si quando entro fiador, señalo dia cierto a aquel*

---

<sup>1</sup>GUILARTE ZAPATERO. V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 241.

*deuiesse sacar de la fiadura, e es passado. La quinta es, si aquel a quien fio comienza a desgastar sus bienes. Ca por qualquier destas razones sobredichas se desata la fiadura; e puede apremiar el fiador a aquel a quien fijo, que le saque della”*), que concuerda con la Ley nº 8 del título 18, Libro 3 del Fuero Real, y las leyes 38 y 56, título 1, libro 17 del Digesto<sup>2</sup>. LACRUZ, por su parte, afirma que el art. 1.843 del Código civil tiene origen romano y raigambre en todos los derechos europeos, llegando al Código civil a través de la doble vía de las Partidas y del Código de Napoleón<sup>3</sup>.

CASANOVAS MUSSONS<sup>4</sup> indica que, a pesar de que el art. 1.843 del Código civil se aparte, formalmente, de sus precedentes castellanos, su contenido no ha variado sustancialmente respecto de éstos; no obstante, las diferencias existentes son significativas y relevantes, por ejemplo en el contenido y el alcance de cada uno de los supuestos que autorizaban al fiador a proceder contra el deudor principal antes del pago.

En el antiguo Derecho español se partía de una regla general: “*el que fuere fiador por otro en alguna cosa, no puede demandar que lo quiete de la fiadura ante que la peche*”, admitiéndose distintas excepciones<sup>5</sup> que, junto con las reconocidas por la jurisprudencia<sup>6</sup>, son adaptadas por GARCIA GOYENA, teniendo en cuenta, en cada regla, lo establecido en otros códigos, como el francés, el austriaco o el prusiano<sup>7</sup>.

En el contenido actual del art. 1.843 Código civil se conservan algunos de los supuestos tradicionales, como la posibilidad de proceder contra el deudor cuando la deuda es exigible por el vencimiento del plazo, pero no se incluye autorización alguna al fiador para requerir al acreedor a fin de que proceda contra el deudor o contra el mismo fiador,

<sup>2</sup> GARCIA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, reimpresión de la edición de Madrid 1952, Barcelona, 1963, p. 160.

<sup>3</sup> LACRUZ BERDEJO. J.L., *La causa en los contratos de garantía*, RCDI, 1981, vol 1, p. 753.

<sup>4</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 100.

<sup>5</sup> 1ª Si el fiador fuere demandado judicialmente a pagar toda la deuda o parte de ella, 2ª Cuando la obligación principal no tenga un término fijo para su vencimiento, 3ª Cuando el fiador, habiéndose cumplido el plazo de la fianza, quiere pagar para no incurrir él ni el deudor en pena, si se puso, y el acreedor rehusa percibir su crédito, 4ª Si cuando se constituyó la fianza el deudor se obligó a relevarle de la misma en un tiempo determinado y éste ha pasado (lo mismo si la fianza se contrajo bajo condición y ésta se ha cumplido) y 5ª Si aquel a quien se fió comienza a malgastar sus bienes.

<sup>6</sup> La jurisprudencia reconocía entre otras, tales como que el fiador tuviera que ausentarse a países remotos y permanecer en ellos mucho tiempo o la enemistad capital entre deudor y fiador, con tal de que no hay dado motivo a ella el fiador o el pacto con el deudor de que aun antes de pagar le eximiese de la fianza.

<sup>7</sup> GARCIA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, reimpresión de la edición de Madrid 1952, Barcelona, 1973, p. 161.

ni la exoneración de responsabilidad por insolvencia del deudor si el acreedor es moroso en proceder después del requerimiento<sup>8</sup>. También se conserva el plazo de 10 años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, pero no se hace referencia expresa al caso de la tutela ni se excluye al fiador a título oneroso del ejercicio de la correspondiente acción. Tampoco se incluye, entre los supuestos del art. 1.843 del Código civil, el hecho de que el deudor comience a disipar su fortuna<sup>9</sup>, limitándose a señalar el número segundo del art. 1.843 del Código civil, como supuestos habilitantes, los casos de quiebra, concurso e insolvencia del deudor. No se incluye tampoco ninguna regla que recoja el supuesto contenido en el número tercero del art. 1.757 del Proyecto de 1851 consistente en el “*temor de que se fuge o quiere dejar el Reino*”. Por ello se puede deducir que en el art. 1.843 del Código civil sólo se da cabida a circunstancias que suponen un peligro real, y no probable, para el fiador.

LAURENT, al comentar el art. 2.112 del Anteproyecto belga, decía que era la reproducción del art. 2.032 del Código civil francés “*avec une explication ajoutée à la fin de l'article*”<sup>10</sup>. En el artículo del Code se autoriza al fiador a proceder contra el deudor “*pour être par lui indemnisé*”, aun antes de haber pagado cuando se produzcan cualquiera de las circunstancias enumeradas del precepto<sup>11</sup>; circunstancias que coinciden, básicamente, con las enumeradas en el art. 1.843 del Código civil. La novedad fundamental se encuentra en los dos párrafos que LAURENT añade en el art. 2.112. El primero de estos dos nuevos párrafos dice que “*l'action de la caution, dans ces divers cas, tend à obtenir la décharge du cautionnement, ou une indemnité qui la garantisse des poursuites du créancier et du danger de l'insolvabilité du débiteur*”<sup>12</sup>. La falta de precisión del art. 2.032 del Code<sup>13</sup> dió lugar a que se discutiera entre los comentaristas si el juez podía obligar al fiador a aceptar en lugar de la indemnización,

<sup>8</sup>Regla 5ª del art. 1757 del Proyecto de 1851.

<sup>9</sup>Regla 2ª del art. 1757 del Proyecto de 1851.

<sup>10</sup> Con una explicación añadida al final del artículo.

<sup>11</sup> Art. 2032 del CC francés: “La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée: 1º Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement; 2º Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture; 3º Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps; 4º Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée; 5º Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir éteinte avant un temps déterminé”.

<sup>12</sup> La acción de la caución en estos casos diversos tiende a obtener la liberación de la fianza o una indemnidad que lo garantice de la persecución del acreedor y del peligro de la insolvencia del deudor.

<sup>13</sup> Art. 2032 Code “La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée...”

consistente en el depósito de una suma igual al importe de la obligación garantizada, otra garantía como prenda, hipoteca o una nueva fianza. LAURENT indicó que ello no era posible porque, si se admitía, suponía abandonar tanto el texto como el espíritu de la Ley, es decir que *“La Legge vuole che il fideiussore sia rilevato o indennizzato. Ora una garanzia non è una indennità”*<sup>14</sup>. El segundo de los dos nuevos párrafos disponía que *“la caution peut demander que le montant de l’indennité soit consigné”*, excluyendo así cualquier otra posibilidad que no sea la señalada. Ahora bien en la transcripción del art. 2.112 del Anteproyecto belga a nuestro art. 23 del Anteproyecto de Código civil de 1882 se mantiene el inciso final del párrafo primero (*“para que éste le indemnice”*) pero se traduce la frase (*“ou une indemnité qui la garantisse des”*) como *“o una garantía que le ponga a”*, y se suprime el último párrafo, por lo que, en consecuencia, vuelve a quedar abierta la posibilidad de admitir cualquier forma de garantía que ponga a cubierto el riesgo del fiador. En la redacción definitiva del art. 1.843 del Código civil suprime en el párrafo primero el inciso final (*“para que éste le indemnice”*) y se añade al supuesto segundo el *“concurso”* del deudor.

El legislador español al apartarse de los precedentes históricos, que se encontraban en las Partidas y en el desarrollo de la doctrina anterior al Código, delimita los supuestos en los que el fiador puede dirigirse frente al deudor, aun antes de haber pagado, pero sobre todo no autoriza al fiador a reclamar del deudor que *“ le indemnice o releve de la fianza”*, como lo hacía el art. 1.757 del Proyecto de 1851, sino que se limita a decir en el art. 1.843 del Código civil que el fiador *“puede proceder contra el deudor principal”*, y además, al final del precepto, dispone que *“la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor”* abriéndose de este modo al fiador una doble posibilidad para no salir perjudicado de la fianza, o ejercitar una acción en la que solicite al deudor que le libere de la relación obligatoria de la fianza o exigir que se constituya a su favor una garantía para evitar que el derecho que ostenta como fiador pueda llegar a ser totalmente ineficaz, una vez satisfecha la obligación garantizada al acreedor, al no poder hacer efectiva su acción de regreso posterior al pago contra el deudor principal motivada por su insolvencia.

---

<sup>14</sup> LAURENT, *Principii di Diritto civile*, 2ª ed., vol. XXVIII, Milano, p. 204.

Por su parte, SANTAMARÍA estima que el contrato de fianza presupone en el ánimo del fiador la confianza de que el deudor cumplirá la obligación principal o, en su caso, le responderá de las consecuencias de su incumplimiento; de aquí que cuando esa confianza fracasa, y aun antes de haberse hecho efectiva la obligación por parte del fiador, se conceden a éste acciones de seguridad<sup>15</sup>.

No obstante, se puede anticipar, que la efectividad práctica del art. 1.843 del Código civil, sancionando estas acciones de liberación o de garantía de la fianza prestada, es, en muchos supuestos, incierta, tal como se analizará en la presente tesis.

## **II. La relevación y la cobertura de la fianza en el Derecho comparado**

### ***1. En el Código civil francés***

Tal como más arriba se ha indicado, en el art. 2.032 del Código civil francés se autoriza al fiador para proceder contra el deudor principal para ser indemnizado por éste, aun antes del pago al acreedor, en los términos y supuestos siguientes: *“La caution, même avant d’avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour éter par lui indemnisé: 1° Lorsque’elle est poursuivie en justice pour le paiement; 2° Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture; 3° Lorsque le débiteur s’est obligué de lui rapporter sa décharge dans un certain temps; 4° Lorsque la dette est devenue exigible par l’échéance du terme sous lequel elle abatí été contractée; 5° Au bout de dix années, lorsque l’obligation principale n’a point de terme fixe d’échéance, á moins que l’obligation principale, telle qu’une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir étre éteinte avant un temps déterminé”*.

Por otro lado en el art. 2.039 del Code se proclama que *“La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principale ne décharge point la caution qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement”*, es decir, que la simple prórroga del plazo de la obligación principal concedida al deudor principal por el acreedor no libera al fiador de la fianza prestada; no obstante podrá el fiador, en este caso, perseguir al deudor principal para forzar el pago al acreedor .

---

<sup>15</sup> SANTAMARIA, *Comentarios al Código civil II*, Madrid, 1958, p. 869.

En el art. 2.032 del Code se enumeran cinco hipótesis en las que se faculta al fiador para dirigirse frente al deudor en los términos arriba indicados, que son similares a las del art. 1.843 del Código civil. En el art. 2.039 del Code se permite al fiador apremiar al deudor para que éste efectúe el pago de su deuda, cuando el acreedor prorroga el término establecido en la obligación principal; dicha prórroga, no consentida por el fiador, no le libera de la fianza prestada, sino que le faculta, exclusivamente, para apremiar al deudor principal a efectuar el pago de la obligación principal. Este extremo viene a coincidir con la facultad reconocida en el art. 2.032 del Code al reglamentar la relevación de la fianza, en cambio, dicha coincidencia no se aprecia en nuestro Código civil que en su art. 1.851 se refiere a dicha prórroga indicando que “*la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza*”; es decir se contempla dicha prórroga como una causa específica de extinción de la fianza, dispensando así el Código civil una mayor protección del interés del fiador. De esta forma se podría decir que el art. 1.851 del Código civil concuerda con el art. 2.039 del Code en que se contempla específicamente el supuesto de prórroga de la obligación afianzada sin el consentimiento del fiador, pero difieren, ambos preceptos, en los efectos de dicha prórroga, siendo causa de extinción de la fianza, en el caso de nuestro Código civil y no, en el caso del Code, en el que sólo se faculta al fiador para apremiar el pago al deudor principal.

La doctrina francesa considera que el art. 2.032 del Code es una norma preventiva que tiene como finalidad proteger al fiador de los riesgos de la insolvencia futura del deudor. La mayoría de los autores<sup>16</sup> defienden una concepción restrictiva del precepto que viene impuesta por el carácter excepcional del recurso antes del pago. Sin embargo, un sector doctrinal minoritario propone una interpretación amplia del precepto que autoriza al fiador a obtener, al menos en ciertas hipótesis, un verdadero pago anticipado a su favor<sup>17</sup>. CABRILLAC et MOULY ante la cuestión de si el fiador puede demandar el pago de la totalidad de la deuda o, por el contrario, únicamente puede exigir que se constituya una garantía a su favor que le asegure la acción de reembolso o incluso si, entre estos dos extremos, puede obtener la consignación de una fracción más o menos

---

<sup>16</sup>Por todos, SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., París, 1991, p. 468

<sup>17</sup> Una interpretación amplia permitiría al fiador participar en un procedimiento de liquidación de bienes del deudor y percibir los dividendos correspondientes, solicitar la ejecución forzosa de los bienes del deudor y reembolsarse anticipadamente con las sumas obtenidas mediante el ejercicio de la acción.

grande de la deuda garantizada, estiman que la respuesta no puede ser general al existir argumentos a favor de las diferentes soluciones<sup>18</sup>.

## **2. En el Código civil italiano**

Siguiendo las pautas del Código de Napoleón, el art. 1.919 del Código civil italiano de 1865, precepto idéntico al art. 2.032 del Código civil francés, autorizaba al fiador a proceder frente al deudor, aun antes del pago, para ser relevado de la fianza, pero no precisaba cuáles eran las acciones que el fiador podía ejercitar judicialmente ni el contenido de las mismas.

En vigente art. 1.953 (“*Rilievo del fideiussore*”) del Codice civile italiano se establece que “*Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso, nei casi seguenti: 1° quando è convenuto in giudizio per il pagamento; 2° quando il debitore è divenuto insolvente; 3° quando il debitore si è obbligato di liberarlo dalla fideiussione entro un tempo determinato; 4° quando il debito è divenuto esigibile per scadenza del termine; 5° quando sono decorsi cinque anni, e l’obbligazione principale non ha un termine, purché essa non sia di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato*”, es decir, se permite actuar al fiador indicando textualmente “*perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso*”, señalando así el contenido de las acciones que el fiador puede ejercitar contra el deudor principal antes de haber pagado obligación fiada al acreedor.

De forma unánime los autores italianos afirman que el art. 1.953 del Codice civile italiano no permite al fiador dirigirse directamente frente al deudor solicitando el pago de la deuda garantizada, o en palabras de FRAGALI “*il rilievo per liberazione non configura una fattispecie di surrogazione anticipata*”<sup>19</sup>, pero puede propiciar que el deudor pague al acreedor, evitando así el pago del fiador, o la renuncia a la garantía por el acreedor.

---

<sup>18</sup> CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, París, 1990, p. 185

<sup>19</sup> FRAGALI, “*Della fideiussione*” *Comentario del Codice civile*, Libro IV – Delle obbligación, art. 1936 a 1959, Bologna-Roma, 1968, p. 416.

El fiador podrá actuar, en cualquiera de los cinco supuestos contenidos en el art. 1.953 del Codice civile italiano, contra el deudor para que éste preste una garantía (“*garanzie*”) suficiente para asegurar su derecho de regreso. La acción de relevación (“*liberazione*”) de la fianza, que tiene como finalidad común con “*la garanzie*” la tutela del interés del fiador, no tiene, en cambio, idéntica naturaleza jurídica, pues en palabras de FRAGALI la acción de “*rilievo per liberazione*” pretende impedir la lesión y la de “*rilievo por cauzione*” pretende evitar los efectos de la lesión<sup>20</sup>.

### 3. En el Código civil portugués

El Código civil portugués, influenciado por el art. 506 del Code des obligations suisse, que establece “*Rapports entre la caution et le débiteur –a) Droit à des sûretés et à la libération. La caution peut requérir des sûretés du débiteur et, si la dette est exigible, réclamer sa libération: 1°) lorsque le débiteur contrevient aux engagements qu’il a pris envers elle, notamment à sa promesse de la faire libérer dans un délai donné; 2°) lorsqu’il est en demeure ou ne peut être recherché que dans des conditions sensiblement plus difficiles parce qu’il a transféré son domicile dans un autre Etat; 3°) lorsque, en raison des pertes qu’il a subies, ou de la diminution de la valeur de sûretés, ou encore d’une faute par lui commise, la caution court des risques sensiblement plus grands qu’au moment où elle s’est engagée*”, otorga en su art. 648 al fiador el derecho a exigir la liberación de la fianza o una caución indicando que “*É permitido ao fiador exigir a sua liberação, ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor, nos casos seguintes: a) Se o credor obtiver contra o fiador sentença executiva; b) Se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente; c) Se, após a assunção da fiança, o devedor se houver colocado na situação prevista na alínea b) do artigo 640; d) Se o devedor se houver comprometido a desonerar o fiador dentro de certo prazo ou verificado certo evento e já tiver decorrido o prazo ou se tiver verificado o evento previsto; e) Se houverem decorrido cinco anos, não tendo a obrigação principal um termo, ou se, tendo-o, houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes*”.

El art. 648 del Código civil portugués está redactado en términos más precisos que el art. 844 del Código de 1867, y además ofrece al fiador mayor protección al incluir como

<sup>20</sup> FRAGALI, “*Della fideiussione*” *Comentario del Codice civile*, Libro IV –Delle obbligazioni, art. 1936 a 1959, Bologna-Roma, 1968, p. 416.

uno de los supuestos en los que se permite actuar a fiador si “*se os riscos da fiança se agravaren sensivelmente*”, lo que puede suceder por cualquier causa con independencia de que sea imputable al deudor<sup>21</sup>.

#### **4. En el Código civil alemán (B.G.B)**

En el parágrafo 775 del Código civil alemán (B.G.B) se establece que “*(1) Hat sich der Bürge im Auftrag des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen: 1). wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben; 2). wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist; 3). wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist; 4). Wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat. (2) Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten*”; es decir, se autoriza al fiador a exigir al deudor principal la liberación (“*Befreiung*”) de la fianza únicamente cuando media entre ambos una relación jurídica previa de mandato o de gestión de negocios sin mandato<sup>22</sup>. Asimismo, en el mismo parágrafo 775 del Código civil alemán (B.G.B), después de enumerar los cuatro supuestos en los que el fiador puede pedir al deudor principal la liberación de la fianza<sup>23</sup>, faculta al deudor para, si la obligación principal aun no está vencida, poder sustituir la dicha liberación de la fianza por una garantía (“*Sicherheit*”) a prestar por el deudor principal.

---

<sup>21</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 6ª ed., vol. II, Coimbra, 1995, p. 499

<sup>22</sup> En el art. 775 B.G.B: se indica que “*Si el fiador ha afianzado en un mandato del deudor principal o si le corresponden, según las disposiciones sobre la gestión de negocios sin mandato, a causa de la asunción de la fianza, los derechos de un mandatario contra el deudor principal, puede exigir de éste la liberación de la fianza*”.

<sup>23</sup> En el parágrafo 775 B.G.B. se establecen las siguientes circunstancias: “*1. Si han empeorado notablemente las relaciones patrimoniales del deudor principal; 2. Si la persecución en juicio contra el deudor principal se ha dificultado notablemente a consecuencia de un cambio de domicilio, de establecimiento industrial o del lugar de residencia del deudor principal, ocurrido después de la asunción de la fianza; 3. Si el deudor principal está en mora en el cumplimiento de su obligación; 4. Si el acreedor ha obtenido contra el fiador una sentencia ejecutiva para el cumplimiento*”.

La disposición contenida en el párrafo 775 del Código civil alemán (B.G.B) es considerada por la doctrina como una excepción al régimen general contenido en los párrafos 257, 669 y 771 del Código civil alemán (B.G.B), justificándose dicha norma en que, en las circunstancias enumeradas en el párrafo 775, el derecho de repetición del fiador que ha satisfecho la obligación garantizada se pone en peligro y, en consecuencia, el fin de la garantía asumida se ve seriamente amenazado<sup>24</sup>.

### **III. La aplicación en España del Derecho extranjero; el problema de su prueba en el proceso**

#### ***1. Situación bajo el Real Decreto de 3 de febrero de 1881 de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil***

Hasta la entrada en vigor<sup>25</sup> de la vigente Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (LEC), el tratamiento procesal, tanto de la costumbre como de la prueba del derecho extranjero, no había generado grandes polémicas doctrinales, encontrándose regulado en los art. 1.3 del Código civil, “*la costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*”, y en el art. 12.6 del Código civil, “*los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español. La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas*”. Asimismo, se debía tener en cuenta el art. 8.2 del Código civil el sentido de que “*las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España*”.

<sup>24</sup> ULMER, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht*, Besonderer Teil 2, Halddand (657-853), München, 1980, p. 791 a 796.

<sup>25</sup> Según su disposición final núm. 23 entraba en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Fue publicada la LEC en BOE núm. 7 de 8 de enero del 2000 y sendas correcciones de errores en BOE núm. 90 de 14 de abril y núm. 180 de 28 de julio del 2001.

De esta forma el tratamiento procesal del derecho extranjero no provocaba grandes polémicas procesales, no encontrándose, por otro lado, en la Ley de Enjuiciamiento civil, aprobada por Real Decreto 3 de febrero de 1881, ningún precepto relativo a la prueba del derecho extranjero.

De esta forma, con la anterior regulación a la nueva Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, con respecto a la prueba del derecho extranjero se preveía un régimen igual al de los “hechos”; así se había de alegar por la parte invocante y acreditar tanto su contenido y vigencia, de manera que los Tribunales españoles no tuvieran ninguna duda con respecto a su aplicación al supuesto concreto; en caso de duda los Tribunales aplicarían el derecho nacional. Ello implicaba que la falta de alegación del derecho extranjero, o de su prueba, comportaba la no aplicación del mismo.

## ***2. Situación actual con la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (LEC)***

La nueva LEC ha procedió, en su disposición derogatoria única, a derogar la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto del 3 de febrero de 1881, con algunas excepciones que en su apartado 1º, 2º y 3º se relacionan, y por lo que aquí interesa, el segundo párrafo del art. 12.6 del Código civil (“*la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas*”), así como el apartado 2º del art. 8 del Código civil (“*las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que haya de realizarse fuera de España*”).

La nueva regulación de la prueba del derecho extranjero en el proceso se encuentra, en la actualidad, contenida en el art. 281 de la LEC en el que se indica que “*La prueba tiene como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso. También serán objeto de prueba la costumbre y el*

*derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuvieren conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecto a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesario para su aplicación. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. No será necesario probar los hechos de goce de notoriedad absoluta y general”;* asimismo el art. 8.2 del Código civil, derogado por la disposición derogatoria única de la LEC, es sustituido por el art. 3 LEC *“con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”*.

En la nueva LEC, a la vez que se colman ciertos vacíos legislativos, se procede a recolocar sistemáticamente diversas normas de naturaleza procesal que hasta su entrada en vigor venían recogidas en el Código civil; hecho que, desde el punto de vista sistemático, parece acertado. En concreto, por lo que aquí interesa, el segundo párrafo del art. 12.6 del Código civil, que pasa a ser el art. 281 LEC y el art. 8.2 del Código civil que pasa al art. 3 de la LEC.

A la vista del contenido del apartado primero del art. 281 de la LEC (*“La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”*) se puede deducir que el objeto de la prueba pueden no ser, exclusivamente, los “hechos”, ni siquiera los “datos” alegados por las partes; así en ocasiones la actividad probatoria puede referirse al “derecho” y, también, a las “máximas de la experiencia”<sup>26</sup>. Consecuentemente con ello en el segundo apartado del

---

<sup>26</sup> Se trata de un término (*“Erfahrungssatz”*) debido a FRIEDICH STEIN que FITTING había sustituido por el de “reglas de la vida” (*“Lebensregel”*). COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 478, lo define como “normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numeros casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”. F. STEIN, *El conocimiento privado del juez* (traducción de Andrés de la Oliva Santos), editorial Temis, Bogotá, 1988, p. 188, indica que “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. Para CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 646, son *“las extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la*

art. 281 de la LEC se indica que “ *También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero*”. MONTERO AROCA, en respuesta a la pregunta sobre qué recae la prueba, distingue, como lo hace el art. 281 de la LEC, entre, “objeto de la prueba”, que son las realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia también jurídica, y “tema o necesidad de prueba”, haciendo referencia con esta expresión a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el tribunal declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. Afirma el citado autor que, en general, el objeto de la prueba son los “hechos”, pero que es más correcto decir que lo que debe probarse son las “afirmaciones” efectuadas por las partes sobre los hechos, aunque, indica, que puede admitirse, para simplificar, que normalmente el objeto de la prueba serán los “hechos”, si bien existe alguna excepción referida al “Derecho”<sup>27</sup>.

Una vez afirmados en el art. 281 de la LEC los distintos objetos de la prueba, el análisis de los específicos regímenes en relación con la prueba de la “costumbre” y del “derecho extranjero” desvela la existencia de importantes diferencias entre uno y otro. En cuanto a la regulación de la prueba de la “costumbre”, prevista en el apartado 2º del art. 281 LEC, está plenamente de acuerdo con el contenido del art. 1.3 del Código civil (“*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*”) añadiendo la LEC que la prueba de la costumbre no es necesaria “*si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público*”. En cuanto a la prueba del “Derecho extranjero” su régimen jurídico es distinto y mucho más complejo en comparación al de la prueba de la “costumbre”.

### **3. La prueba del Derecho extranjero**

Establece expresamente el 2º apartado del art. 281 de la LEC que el Derecho extranjero “*deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”. A

---

*conciencia pública...*”. Por su parte la jurisprudencia ha asumido el concepto de “máximas de la experiencia” en STS 6.5.1994, 22.1.1996, 25.5.1996, 7.3.1997 y 23.12.1991, entre otros, definiéndola como “deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, también calificadas como juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia”.

<sup>27</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Valencia, 2000, p. 620.

primera vista parece que el modelo incorporado en la nueva regulación de la LEC reproduce, a grandes rasgos, la solución que recogía el derogado párrafo segundo del art. 12.6 del Código civil (*“La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”*); no obstante un análisis más pormenorizado pone de manifiesto la presencia de ciertas modificaciones de interés.

Así, frente a la solución recogida en el derogado párrafo segundo del art. 12.6 del Código civil, el art. 281 LEC introduce la importante novedad de obviar cualquier referencia a la necesidad de invocación del Derecho extranjero por la parte que propugne su aplicación (*“La persona que invoque el derecho extranjero ....”*). De esta forma, una interpretación literal del art. 281 de la LEC podría servir de apoyo a la tesis de que las partes no están obligadas a alegar el Derecho extranjero para su aplicación; incluso se podría concluir que ni siquiera ellas deben ser, necesariamente, las encargadas de iniciar el proceso de prueba del mismo (*“.... pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”*).

La desaparición, en el art. 281 de la LEC, de la mención de la necesidad de alegación del Derecho extranjero por las partes implica un importante relectura del modelo español de aplicación y/o introducción del Derecho extranjero en el proceso. La obligación que el párrafo primero del art. 12.6 del Código civil (*“Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”*) impone al juez español de aplicar “de oficio” la norma de conflicto española se verá, de esta forma, liberada de la cortapisa que suponía la exigencia de alegación del Derecho extranjero por las partes, prevista en el derogado párrafo segundo del art. 12.6 del Código civil. Es decir, si el juez español está obligado a aplicar “de oficio” la norma de conflicto española, necesariamente deberá también tomar en consideración el Derecho extranjero a que aquélla le remita, sin necesidad de esperar a que las partes aleguen la aplicabilidad de éste, para cual podrá, en virtud de lo establecido en el art. 281.2 de la LEC, *“valerse ... de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”*.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que el juez español no tiene obligación de conocer el Derecho extranjero invocado por la norma de conflicto española; es ahí donde la actuación de las partes va a ser esencial, dado que de conformidad a lo establecido en el art. 281 de la LEC es a las partes a quien compete probar su “*existencia y contenido*” en el momento procesal oportuno y por los medios procesales adecuados.

En este punto el art. 281 de la LEC reproduce la solución mantenida en el derogado segundo párrafo del art. 12.6 del Código civil, reflejando la tensión clásica entre la consideración del Derecho extranjero como un mero “hecho” o como un auténtico “derecho”, tensión que, tanto en el nuevo régimen de la LEC como en el anterior del art. 12.6 del Código civil, afecta directamente a su tratamiento procesal, generando así una cierta especialidad en el mismo. De esta forma, con la nueva regulación introducida en el art. 281 de la LEC, el legislador español opta por no conducir a sus últimas consecuencias la consideración del Derecho extranjero como mero “hecho”. Ello se observa en las serias dudas que plantea la posibilidad de la admisión de la doctrina de los “hechos admitidos”, y en las consecuencias que conlleva la insuficiente prueba del “*contenido y vigencia*” del Derecho extranjero.

Una interpretación estricta de la falta de prueba del “hecho” alegado (en este caso del Derecho extranjero) podría conducir directamente a la desestimación de la demanda planteada, al no contar el juzgador con elementos suficientes para resolver el litigio planteado. Sin embargo, la especial naturaleza que acompaña al Derecho extranjero hace que nuestros tribunales, en última instancia, opten, en muchos casos, por aplicar el Derecho español en lugar del derecho extranjero invocado por la norma de conflicto española y que no ha sido suficientemente probado por las partes; así, en la práctica, la norma de conflicto se puede convertir en una norma facultativa.

Lo cierto es que del contenido del art. 281 de la LEC se podrían sacar las siguientes conclusiones: primera, que el Derecho extranjero no es un “hecho procesal” y, en consecuencia, no se puede aceptar la doctrina de los “hechos admitidos”; segunda, que se ha de probar el “*contenido y vigencia*” del Derecho extranjero; y tercera, que el

tribunal podrá valerse de “.. *cualesquiera medios de averiguación...*” que estime conveniente para la aplicación del Derecho extranjero.

En consecuencia, con la anterior regulación de la prueba del Derecho extranjero se preveía un régimen similar al de los “hechos”, y como tal, se había de alegar por la parte invocante y acreditar su vigencia y contenido, de manera que los tribunales españoles no tuvieran ninguna duda respecto a su aplicación; en caso de duda los tribunales aplicaban el Derecho español. Esta regulación implicaba que la falta de alegación por la parte comportaba la no aplicación del Derecho extranjero. En la nueva regulación, que se introduce en el art. 281 de la LEC, no se resuelve la cuestión de la falta de prueba del Derecho extranjero.

Es decir, la cuestión a resolver es ¿qué ha de hacer el órgano judicial cuando el “Derecho extranjero” no se prueba?. Ante esta cuestión, y las diferentes tesis que la rodean como pueden ser la de la inadmisión de la demanda, la retroacción de la actuaciones procesales al momento en que se había de probar el Derecho extranjero o la aplicación de oficio del Derecho extranjero, el Tribunal Supremo ha mantenido dos posturas que al final han quedado resueltas por el criterio que finalmente ha mantenido el Tribunal Constitucional al respecto.

Por un lado, al respecto, en el derogado párrafo segundo del art. 12.6 del Código civil ya se establecía que “*Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas*”. Dicho precepto fue inicialmente interpretado de una forma muy restrictiva por la jurisprudencia, que atribuyó al juez un papel puramente pasivo en relación con la prueba del Derecho extranjero. Así, no sólo carecía de capacidad para aplicar el Derecho extranjero que pudiera conocer de una forma personal y que no hubiera sido probado por las partes, sino que, además, veía limitada al máximo su capacidad de auxilio, reduciéndose a una mera facultad canalizada a través de la vía de las “diligencias para mejor proveer” previstas en el art. 340 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; de otra forma, se decía, se violaría el principio general de que los tribunales han de fallar “*justa allegata et probata*”. Posteriormente esta interpretación se vió notablemente flexibilizada, primero por la jurisprudencia de los

tribunales de instancia y, más tarde, por la del Tribunal Supremo, así como por el Tribunal Constitucional, reconociendo un papel mucho más activo, en este punto, al órgano jurisdiccional español; así, el juez se ve instado a adoptar una posición activa sobre la verificación del contenido del Derecho extranjero, llegándose a admitir no sólo la posibilidad de que pueda aplicar un Derecho extranjero que, por razones diversas, pueda conocer, sino que, llegado el caso, puede actuar “de oficio” e investigar la norma extranjera aplicable.

En este entorno entra en vigor el nuevo art. 281 de la LEC estableciendo que “ .... *El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación ...*”; precepto que, prácticamente, reproduce el tenor del derogado párrafo segundo del art. 12.6 del Código civil (“.. *sin embargo para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas*”). No obstante, el art. 281 de la LEC se verá condicionado en su interpretación y aplicación por la práctica jurisprudencial posterior en este punto; así se incidirá, además de con respecto a la desaparición en la nueva regulación de la mención de alegar el Derecho extranjero tal como se indicaba en el derogado párrafo segundo del art. 12.6 del Código civil (“*La persona que invoque el derecho extranjero ...*”), en la desaparición de la referencia (“... *dictando las providencias oportunas...*”) contenida en el citado precepto derogado, lo que ha llegado a ser interpretado por alguno autor en el sentido de afirmar que en la nueva regulación del art. 281 de la LEC no se limitan los medios de averiguación de los que pueda valerse el tribunal para la aplicación del Derecho extranjero.

#### ***4. Posición del Tribunal Supremo***

##### ***4.1. Ideas previas***

Ante la falta de prueba en el proceso del Derecho extranjero, y ante las diferentes tesis que podrían defenderse como, entre otras, la “inadmisión” de la demanda, la “retroacción de las actuaciones procesales” al momento en que se había de probar el Derecho extranjero, la aplicación “de oficio” del derecho extranjero o la aplicación subsidiaria del “derecho nacional”, el Tribunal Supremo ha mantenido dos posturas que

han quedado resueltas por el criterio que finalmente ha mantenido el Tribunal Constitucional.

#### **4.2. Primera postura del Tribunal Supremo**

Entiende el Tribunal Supremo que quien tiene la carga de la prueba es la parte que introduce una pretensión en el proceso fundada en el Derecho extranjero. En consecuencia, si no se prueba la “vigencia y contenido” del Derecho extranjero aplicable, la demanda debería ser “desestimada”, en atención a que las facultades de averiguación del juez son complementarias y no suplen la inactividad de la parte.

En este sentido el Tribunal Supremo en la Sentencia (Sala de lo Social) de 25 de mayo del 2001, en recurso de casación para unificación de doctrina núm. 556/2000 (ponente, Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez), RJ 2001/8698, indica en su fundamento de derecho quinto que *“a través del segundo motivo del recurso ... citando como infringido el art. 14 de la Constitución Española, pretende el recurrente que, al no estar acreditado el contenido del Derecho extranjero (que es el que ahora se estima como prioritaria aplicable) se aplique el Derecho español, en vez de acudir, como hizo la sentencia recurrida, a la solución de desestimar la demanda. Como sentencia de contraste (ante el silencio del recurrente al requerimiento que se le hizo para que eligiera una de las dos resoluciones referenciales citadas por el motivo) tuvo la Sala por tácitamente seleccionada, al ser la más moderna de las invocadas en el escrito de formalización del recurso, la pronunciada el día 19 de febrero de 1998 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a cuya resolución asimismo atribuyen la parte recurrida y el Ministerio Fiscal falta de contradicción con la recurrida. Enjuició esta sentencia referencial el supuesto de un ciudadano español que fue contratado en Estrasburgo por el Ministerio español de Asuntos Exteriores para trabajar como oficial administrativo en la Representación Permanente de España en el Consejo de Europa con sede en dicha ciudad europea. A este trabajador se le comunicó en su día el Ministerio empleador que debería cesar por haber cumplido la edad de jubilación forzosa prevista en el Convenio Colectivo del citado Ministerio de Asuntos Exteriores. Partiendo de la base de que procedía en aquel caso la aplicación del Derecho francés en virtud del principio “lex loci laboris” – cosa que nadie puso en duda -, y al no estar probado el contenido de dicho Derecho, se aplicó el español, declarándose*

*improcedente el cese, ya que el aludido convenio no era aplicable al personal que prestara servicios en el extranjero. Ciertamente, existe alguna diferencia entre las situaciones de hecho respectivamente contempladas, consistente en que en un caso el trabajador era de nacionalidad suiza, contratado en Suiza para trabajar en España, con cláusula acerca de la aplicación del Derecho suizo, mientras que en el otro se contrató en Francia por el Ministerio Español de Asuntos Exteriores a un ciudadano español para trabajar en la representación permanente de España en el Consejo de Europa, y esta diferencia puede ser relevante a la hora de dar solución a uno u otro caso, dado lo que disponen los art. 2, 4 y 6 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, al que se adhirió España por Convenio de 18 de mayo de 1992, ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1993, publicado en el BOE de 19 de julio del mismo año. Tal como se señala en nuestra Sentencia de 22 de los corrientes (RJ 2001, 6477) (Recurso 2507/2000, F. 2º), a la que después haremos referencia más detallada, “no puede olvidarse que la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que impone el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral no se refiere, en principio y como norma general, a los fundamentos de las sentencias confrontadas sino a los fundamentos de las pretensiones ejercitadas en cada litigio. Y es indudable que la disparidad fáctica antes indicada, objetivamente considerada, sí tiene trascendencia; téngase en cuenta que si el referido Convenio de Roma se toma en consideración en estos dos casos (y tal criterio no es en absoluto descabellado ni desdeñable, dado lo que prescribe el art. 2 del mismo), una de las reglas básicas para la determinación de la ley aplicable, según los art. 6.2 y 4.1, es la vinculación más estrecha del contrato con el país de que se trate; de ahí que la distinta nacionalidad de los actores puede constituir una divergencia importante, justificadora de la adopción de pronunciamientos distintos”. Ello no obstante y dado que, aun cuando la contradicción existiera de manera clara, procedería la desestimación, en cuanto al fondo, de este motivo del recurso, considera la Sala conveniente exponer su reciente doctrina al respecto, como se hace a continuación”. Siguiendo en su fundamento de derecho sexto “La doctrina en la materia ya está unificada en el momento presente, por nuestra reciente Sentencia de fecha 22 del corriente mes de mayo (Recurso 2.507/2000), votada en Sala General, cuyo criterio procede seguir ahora, por elementales razones de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española), y también por resultar ello*

*conforme con la naturaleza y finalidad del recurso de casación unificadora. En el 5º fundamento jurídico de dicha resolución se razona en los siguientes términos:*

*“1.- El art. 12.6 C.c. – vigente en el supuesto que aquí se examina – pese a su derogación por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – establece que los “Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho Español” y añade que “la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba de la ley española”, previendo, sin embargo, que para la aplicación del Derecho extranjero “el juzgador podrá valerse, además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”. El precepto citado no contiene ninguna previsión específica para el supuesto de que quien tiene la carga de probar el Derecho extranjero aplicable, según la regla de conflicto, no lo pruebe. En principio, son posibles distintas soluciones, de las que cabe destacar, por su importancia, las dos siguientes. La primera consiste en desestimar la demanda, porque el que tiene la carga de probar la norma jurídica que debe fundamentar necesariamente la pretensión, de acuerdo con la norma de conflicto, no lo ha hecho y en consecuencia debe soportar las consecuencias de esa falta de prueba de las normas que habrían de servir. La segunda solución consiste en aplicar el Derecho nacional. No desconoce la Sala que la reciente sentencia de 16.3.1999 (RJ 1999, 4411) se ha inclinado por la segunda solución, citando una reiterada doctrina de la Sala 1ª de este Tribunal (las sentencias 11.5.1989, 21.5.1989, 23.3.1994, a las que pueden añadirse las de 25.1.1999, 5.6.2000 y 13.12.2000) a tenor de la cual cuando a los tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, juzgarán entonces según el derecho nacional. Pero esta Sala, valorando las especialidades del ordenamiento laboral, y mantuvo posición distinta en la sentencia de 19.2.1990, en un caso en el que, de acuerdo con la norma de conflicto española, era aplicable el Derecho extranjero y el demandante – como ha sucedido en el presente caso – se limitó a citar determinadas normas españolas, sin alegar, ni acreditar el Derecho extranjero. La sentencia razona que “la falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida*

*de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa”.*

*2.- Esta es la solución que se impone en el presente caso, porque la parte demandante ha fundado su pretensión en el Derecho español y, al no resultar aplicable éste, aquélla ha de ser desestimada, pues carece de fundamento. Esta conclusión no puede obviarse por una aplicación indirecta del Derecho nacional como consecuencia del fracaso en la prueba del Derecho extranjero. En primer lugar, porque, como ya se ha dicho, la parte no ha tratado en ningún momento de probar el Derecho extranjero, sino de excluir la aplicación de éste a favor de su tesis favorable a la del Derecho nacional y esta posición lleva a la desestimación de la pretensión deducida. En segundo lugar, porque las reglas de la carga de la prueba no juegan en el mismo sentido en el caso de hechos que de normas que han de ser imperativamente aplicadas. En efecto, aquí no se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta perjudica a la parte que fundamentaba en él su pretensión o resistencia, sino de una norma o conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, porque así lo dispone una regla que es imperativa. Por ello, no puede decirse que el Derecho nacional se aplica si no se prueba el Derecho extranjero por la parte que está interesada en esa aplicación. Por el contrario, lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida. Esto no está suficientemente claro en el art. 12.6.2º C.c., que señala que es “la persona que invoque el derecho extranjero” la que tiene el deber de probarlo. Pero la recta inteligencia del precepto parte de que tiene obligación de acreditar el Derecho extranjero quien ha de fundar su demanda en él por ser el Derecho necesariamente aplicable. Hay una tercera razón que impone esta conclusión y es que, como ha señalado la doctrina científica, la norma del párrafo 1º del art. 12.6 C.c. es imperativa y establece con claridad que los órganos judiciales españoles tiene que aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español. Pues bien, si la norma de conflicto española establece que el Derecho aplicable es el extranjero, esta conclusión imperativa no puede desplazarse como consecuencia de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes en el proceso, porque esto convertiría es disponible algo que no lo es y favorecería además las conductas estratégicas, como la presentación de demandas fundadas en un Derecho notoriamente inaplicable con la expectativa de que la inhibición probatoria del*

*demandante y el eventual fracaso de la prueba por el demandado pudieran llevar a la aplicación de un Derecho que resulta más conveniente para los intereses del primero. Esto se advierte con claridad en el presente caso, en el que la parte que tendría que haber probado el Derecho aplicable para resolver su pretensión no sólo no lo ha hecho, sino que ha tratado en todo momento de cuestionar la prueba de la contraria. La tesis del recurso al Derecho nacional por falta de prueba del extranjero conduce además a la inseguridad jurídica, pues se desconoce cuál es el Derecho aplicable al ser éste un mero resultado de la prueba que ha de realizarse en el proceso. Y, por último, esa tesis conduce a consecuencia que pueden resultar contrarias a la propia lógica de las reglas de conflicto cuando como consecuencia del resultado - siempre contingente - de la prueba pudiera resultar aplicable un Derecho que, como sucedería en este caso, está completamente al margen de los elementos de conexión que ponderará la norma de conflicto para establecer la regla substantiva que ha de ser aplicada. Por lo demás, esta conclusión no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pues la parte ha tenido oportunidad a lo largo del proceso de probar el Derecho aplicable y las dificultades que esta prueba pudiera plantear no justifican en ningún caso la exclusión del Derecho aplicable según la norma de conflicto. La reciente sentencia 10/2000 (RTC 2000,10) del Tribunal Constitucional no sólo no establece conclusión contraria a la anterior, sino que la corrobora, pues la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que en ella se aprecia lo es no por la falta de aplicación del Derecho español, sino en no haber permitido a la parte la prueba del Derecho extranjero”.*

En la citada sentencia se pretende por el recurrente que al no estar acreditado el contenido del Derecho extranjero aplicable, se aplique el Derecho español, en vez de acudir, como lo hizo la sentencia recurrida, a la solución de desestimar la demanda. Se indica en la misma que la doctrina sobre el derogado art. 12.6. del Código civil ya está unificada por la sentencia del 22 de mayo del 2000, cuyo criterio también sigue en este supuesto por razones de seguridad jurídica. Así, la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba de la ley española, no obstante para aplicación del Derecho extranjero el juzgador podrá valerse, además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando las providencias oportunas. Se indica que el derogado art. 12.6 del Código civil no contiene

ninguna previsión específica para el supuesto de que quien tiene la carga de probar el Derecho extranjero aplicable, según la regla de conflicto, no lo pruebe. Así en la sentencia se analizan las posibles soluciones, entre otras; la primera, es la que consiste en “desestimar” la demanda, porque el quien tiene la carga de probar la norma jurídica que debe fundamentar necesariamente la pretensión, de acuerdo con la norma de conflicto, no lo ha hecho, y en consecuencia debe soportar las consecuencias de esa falta de prueba; y la segunda, consistiría en aplicar el “Derecho nacional”. Si bien en la sentencia se hace mención de otra Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1999, sobre reiterada doctrina de la Sala, en la que se inclina por la solución de aplicar el “Derecho nacional”, la presente Sentencia se inclina por la primera solución, es decir el “desestimamiento” de la demanda, ya que la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero no puede conducir a la aplicación del “Derecho nacional”, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de la prueba, posiblemente deliberadamente querida, de la norma extranjera, cuando la aplicación de la norma nacional se considerase más beneficiosa que la del derecho extranjero. Así, en la presente Sentencia la parte no ha tratado en ningún momento de probar el Derecho extranjero, sino de excluir la aplicación de éste a favor de su tesis a la aplicación del Derecho nacional, llevando dicho hecho a la conclusión, indica la Sentencia, de “desestimar” la pretensión. También fundamenta la Sentencia la solución de “desestimación” en que las reglas de la carga de la prueba no juegan en el mismo sentido en el caso de hechos que de normas que han de ser imperativamente aplicadas, es decir, que no se trata de la aportación de un hecho al proceso, sino de una norma o conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, en virtud de una norma de conflicto imperativa. Por ello, razona a Sentencia, que no puede decirse que el Derecho nacional se aplica si no se prueba el Derecho extranjero, por el contrario, lo que sucede es que, si el derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese derecho para que su pretensión sea acogida. Continúa la Sentencia indicando que esto no está suficientemente claro en el derogado art. 12.6 del Código civil, pero la recta inteligencia del precepto parte de que tiene obligación de acreditar el derecho extranjero quien ha de fundar su demanda en él. Además, teniendo en cuenta que la norma de conflicto, a la que se refiere el primer párrafo del art. 12.6 del Código civil, es imperativa, dicha imperatividad, en el caso de que invoque el Derecho extranjero, no puede desplazarse como consecuencia de la mayor o menor diligencia

probatoria de las partes en el proceso, ya que esto convertiría en disponible algo que no lo es y favorecería las conductas estratégicas. Concluye la Sentencia que la solución del “desestimamiento” no puede considerarse contraria a la tutela judicial efectiva, ya que la parte ha tenido oportunidad en el proceso de probar el Derecho extranjero y las dificultades de la prueba no justifican en ningún caso la exclusión del Derecho extranjero aplicable según la norma de conflicto. A estos efectos cita la Sentencia del Tribunal Constitucional (10/2000) en la que la lesión a la tutela judicial efectiva que en ella se aprecia lo es, no por la falta de aplicación del Derecho español, sino en no haber permitido a la parte la prueba del Derecho extranjero.

#### ***4.3. Segunda postura del Tribunal Supremo***

En sentencias posteriores el Tribunal Supremo ha mantenido que, si el “*contenido y la vigencia*” del Derecho extranjero, aplicable según la norma de conflicto, no ha sido probado, se ha de aplicar, subsidiariamente, el Derecho nacional; tanto para huir del vacío normativo como para respetar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española.

En estos términos se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de noviembre del 2004, recurso de casación para la unificación de la doctrina núm. 2652/2003 (ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez), RJ 2005/1056, indicando en su fundamento jurídico cuarto que “*la cuestión que ha de resolverse entonces en este recurso, tal y como se ha planteado, consiste en determinar los efectos jurídicos que han de anudarse a la inexistencia de prueba del derecho extranjero cuando, como ocurre en este caso, la norma de conflicto señala que éste es el que resulta aplicable. Se trata de un problema jurídico no sencillo, en el que esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya se había pronunciado en su sentencia de 19 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1116), en la que se venía a sostener que la “falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la Ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la Ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa”*. Así se recuerda en una sentencia más reciente, dictada en Sala General, cuya fecha es de 22 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6477) (recurso 2507/2000), en la que, aunque se desestimó el recurso de casación para

*la unificación de doctrina por falta de contradicción entre las sentencias comparadas, dada la importancia del asunto se venía a sentar la misma doctrina anterior de 19 de febrero de 1990, insistiendo en que la ausencia de prueba del derecho extranjero ha de conducir a la desestimación de la pretensión pues en tales casos “... no se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundaba en él su pretensión o resistencia, sino de una norma o conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, porque así lo dispone una regla que es imperativa. Por ello, no puede decirse que el Derecho nacional se aplica si no se prueba el derecho extranjero por la parte que está interesada en esa aplicación. Por el contrario, lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida...”.*

*Esta doctrina, reiterada en nuestra Sentencia de 25 de mayo de 2001(RJ 2001, 8698) (Recurso 556/2000), aunque también en un supuesto en que se desestimó el recurso por falta de contradicción, vino a dejar sin efecto la opuesta doctrina anterior de la Sala, precisamente la de la sentencia que hoy se invoca como contradictoria, de 16 de marzo de 1999(RJ 1999, 4411), en la que, a su vez, se recogía la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la sentencias 11.5.1989, 21.5.1989, 2.3.1994, 25.1.1999, 5.6.2000 y 13.12.2000. En suma: la doctrina de la sentencia de contraste ha sido abandonada por esta Sala en las dos sentencias que se acaban de citar, razonándose en ellas el cambio de criterio adoptado”.*

*En el fundamento quinto se indicaba “por otra parte, el Tribunal Constitucional ha abordado recientemente en tres ocasiones el problema de fondo que hoy aquí se suscita. La primera de ellas dio lugar a la STC 10/2000 de 17 de enero (RTC 2000,10), la segunda a la STC 155/2001 de 2 de julio (RTC 2001,155) y la tercera a la STC 33/2002 de 11 de febrero (RTC 2002,33).*

*En la primera – única anterior a la SSTS, Sala 4º, de 22 (RJ 2001, 6477) y 25 de mayo de 2001 (RJ 2001, 8698) antes citadas – el Tribunal Constitucional, dejando claramente sentado que se trataba de un supuesto de características muy específicas y singular, viene a otorgar amparo a la recurrente, de nacionalidad Armenia, que*

*pretendía la aplicación del derecho de su país en el pleito de separación matrimonial que mantenía en España frente a su esposo, de la misma nacionalidad. Partiendo de la aplicabilidad, admitida por todos, del derecho armenio, el Juzgado de 1ª instancia desestimó la demanda de separación al no considerar suficientemente acreditado el Derecho extranjero aplicable como consecuencia de la falta de fiabilidad de la traducción privada del mismo. La Audiencia Provincial en fase de apelación había acordado tramitar la petición de la recurrente dos comisiones rogatorias para que quedara constancia procesal fehaciente de la existencia y vigencia del derecho extranjero aplicable, pero a la vista de la tardanza y las dificultades surgidas en su tramitación, no esperó a que se cumplimentase debidamente dicho trámite y dictó sentencia, desestimando la pretensión de la actora por no haber acreditado el Derecho extranjero aplicable al caso. El Tribunal Constitucional otorga el amparo en este caso, porque la actuación de la Audiencia no sólo frustró la práctica de una prueba decisiva para el sostenimiento de la pretensión de la recurrente en amparo, sino que, además, le había causado indefensión (art. 24.1 CE), pues de esa ausencia de prueba del derecho extranjero se dedujo la desestimación de la demanda. Se achaca entonces a la Audiencia Provincial la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, teniendo en cuenta esa específica actuación procesal de no concluir las diligencias de averiguación o constatación acordadas. Todas esas circunstancias llevan al TC a precisar que en supuestos como el presente “.. y teniendo en cuenta sus singulares circunstancias, la acreditación del Derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones, que, indudablemente, es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios..”. No hay, sin embargo, en esta sentencia doctrina constitucional alguna que determine la necesidad de aplicar la lex fori en caso de ausencia de prueba del derecho extranjero, cuando la norma de conflicto exige su aplicación. Por esta razón nuestra sentencia de 22 de mayo del 2001 antes citada (recurso 2607/2000), dice en un inciso final que la doctrina del STC 10/2000 no contradice la que se contiene en ella, sino que la corrobora.*

*La segunda STC de las antes enunciadas es la 155/2001. Resulta conveniente decir que ésta se viene a otorgar el amparo a las mismas trabajadoras que se vieron afectadas (reclamando otros períodos de diferencias) por la sentencia invocada como*

*contradictoria en este recurso, la STS de 16 de marzo de 1999 (RJ 1999/4411) (recurso 1962/98). Se trata, como se dijo al describir antes su contenido a efectos de saber si es contradictoria con la sentencia recurrida, de dos trabajadoras de nacionalidad española que habían sido contratadas en Pekín para prestar servicios en la Oficina Comercial de España que el Ministerio de Economía y Hacienda tenía en dicha ciudad que reclamaban las diferencias retribuidas producidas, en su opinión, porque la retribución pasó a abonárseles unilateralmente en dólares cuando se había pactado el pago en marcos. El Juzgado entendió que no se había acreditado la existencia y vigencia del Derecho chino, aplicable al caso, pero estimó las demandas aplicando supletoriamente el Derecho español. Sin embargo la Sala de lo Social al resolver el recurso de suplicación planteado por la Administración, partiendo de la aplicabilidad del Derecho chino, la ausencia de su prueba y vigencia, determinaba la desestimación de la demanda, no la aplicación del Derecho interno. En sede constitucional el TC afirma en la sentencia que comentamos que “... la cuestión que se suscita desde la perspectiva constitucional que no es propia consiste en determina, “ex art. 24.1CE”, si la Sentencia dictada en suplicación carece o no de suficiente motivación al haberse limitado a declarar la aplicabilidad del Derecho chino y la exigencia de su prueba por la parte actora, pero sin llegar a razonar, fundamentar o justificar en modo alguno el porqué de su decisión revocatoria de la Sentencia de instancia (que, reconociendo tales circunstancias, aplicó subsidiariamente la legislación laboral española con base en la propia doctrina del Tribunal Supremo)..”. Y de ello se extrae la conclusión de que el ..”el órgano judicial impidió a la parte actora conocer la “ratio decidendi” de su resolución, es decir, las razones por las cuales se revocó la anterior decisión judicial, denegándole su derecho al cobro de las diferencias salariales pretendidas en su contra, no sólo del reconocimiento de tal derecho efectuado por el Juez “a quo”, sino también del propio reconocimiento efectuado por la parte demandada de la existencia de la deuda contraída con las actoras, y todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de un reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta*

*aplicable, también puede ofrecer en un situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige...”. En esta sentencia del TC, prácticamente coetánea a la de Sala Cuarta del TS pero posterior a la misma, ya se dice de forma clara que es más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva aplicar el Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero y se actúa en consecuencia otorgando el amparo a las mismas personas que lo habían obtenido en nuestra sentencia de 16.3.1999, sentencia que fue aportada por las demandantes al recurso de amparo una vez iniciada su tramitación y unida a las actuaciones, tal y como consta en decimosexto de los antecedentes de hecho.*

*La tercera de las SSTC a que venimos haciendo referencia es la 33/2002 de 11 de febrero, en la que ha venido a decidir un caso en el que se debatía el mismo problema jurídico y en una situación de hecho prácticamente idéntica a la que en el presente recurso de ha resolver ahora. Una trabajadora inglesa, contratada en Inglaterra, fue despedida y accionó en Madrid frente a esa decisión extintiva ante el Juzgado de los Social, que, una vez afirmada sus propia competencia, ante la falta de prueba del derecho extranjero por la demandante, desestimó la demanda por despido. Esa decisión fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la hora de resolver el recurso de suplicación que frente a aquélla se interpuso. Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la demandante por falta de identidad entre la sentencia recurrida y la que se ofreció como contradictoria.*

*El Tribunal Constitucional en la referida sentencia estima que tales decisiones judiciales de instancia y suplicación son contrarias al art. 24 CE, derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo de la pretensión articulada. El TC razona al respecto afirmando que “... ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la “lex fori”, es decir, de la legislación laboral española. Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que*

*había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente art. 12.6 del Código civil (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil). A pesar de ello le fue exigida a la parte actora su prueba, sin darle en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo a través de los cauces procesales oportunos, y ligando a falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés la desestimación de su pretensión (en el caso del Juzgado) y la inadmisión de la demanda, aunque a través de la Sentencia (en el caso del Tribunal Superior de Justicia). Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión (en forma semejante al caso enjuiciado en la STC 10/2000 de 31 de enero)”.*

*Analizando la doctrina que se contiene en la sentencia que se acaba de transcribir se observa que no se estima constitucionalmente aceptable que el Tribunal del Orden Jurisdiccional Social no lleve a cabo un pronunciamiento de fondo cuando no queda acreditada la legislación extranjera, en caso de que, como aquí ocurre, la norma de conflicto la señala como aplicable, pues en tal caso ha de aplicarse subsidiariamente la “lex fori”, la legislación laboral española. Esta es la verdadera razón de decidir de la sentencia constitucional, al margen de las argumentaciones complementarias que en la sentencia se formulan sobre la circunstancia concreta de que en este supuesto no debía hacerse recaer sobre la demandante los efectos desestimatorios de su pretensión por no acreditar la existencia y alcance de una norma extranjera, cuya aplicación ni siquiera invocó tal aplicabilidad, la empresa demandada. No obstante, el problema, como se ha dicho, no se resuelve por el TC aplicando los principio de la carga de la prueba y sus consecuencias sobre la pretensión, sino que la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva se aprecia al no haber suplido la Sala de lo Social del TSJ la realidad de la falta de la prueba del Derecho extranjero con el Derecho español para resolver la controversia.*

Del mismo modo en su fundamento de derecho sexto se concluye que “concluyendo, la doctrina del Tribunal Constitucional – máximo intérprete de la Constitución Española y del alcance de los derechos fundamentales (art. 53.2 y 161 CE) – se muestra abiertamente opuesta a la que el Pleno de esta Sala adoptó en la sentencia antes citada

*de 22 de mayo de 2001, y ante tal situación procede rectificar la referida doctrina y ajustarla a los razonamientos del TC antes recogidos y a los que nos debemos remitir. Por ello, si la sentencia recurrida ante la ausencia de prueba del derecho extranjero desestimó la demanda de despido, infringió el art. 24 CE al no aplicar supletoriamente la legislación laboral española, ante la falta de prueba sobre la realidad y vigencia del Derecho inglés, para resolver el caso controvertido.*

*Pudo también el TSJ o el propio Juzgado de lo Social en su día antes de resolver sobre las pretensiones planteadas utilizar las facultades de averiguación que en este punto y de forma potestativa le confiere el número segundo del art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se dice que “el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”, pero esa naturaleza potestativa de la utilización de tales facultades de indagación determina que ahora no pueda entenderse que se haya producido la infracción del referido precepto, aunque se recuerde de esta forma la existencia de tal posibilidad como alternativa querida por el Legislador para resolver esos casos ..... “.*

El núcleo central de esta Sentencia consiste en determinar los efectos jurídicos que se derivan de la falta de la prueba en el proceso del “*contenido y vigencia*” del Derecho extranjero aplicable por estar invocado por la norma de conflicto española; problema que la propia Sentencia cataloga de “*no sencillo*”.

Como antecedentes de doctrina jurisprudencial la resolución hace referencia a dos sentencias de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo (19 de febrero de 1990 y 22 de mayo del 2001) en las que se resolvía que la falta de prueba en el proceso del derecho extranjero aplicable conducía a la “desestimación” de la pretensión. Ello lo fundamentaba, entre otros motivos, porque no se trata de una aportación de un hecho al proceso cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundamenta en él su pretensión o resistencia, sino de una norma o conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, por disposición de una norma de conflicto imperativa, motivo por el cual no podía aplicarse el Derecho nacional en el caso de no probarse el Derecho extranjero aplicable; la parte que formula la pretensión tenía que alegar y probar ese Derecho extranjero para

que su pretensión fuera acogida. Asimismo se indicaba en la Sentencia que dicha doctrina ha dejado sin efecto, y por lo tanto ha abandonado, la tesis opuesta sostenida por la Sentencia, también de la Sala de lo Social, de 16 de marzo de 1999, que a su vez recogía la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (STS. 11.5.1989, 21.5.1989, 2.3.1994, 25.1.1999, 5.6.2000 y 13.12.2000).

Como fundamentación de la nueva doctrina jurisprudencial (“Derecho nacional” o “lex fori”), el Tribunal Supremo en la Sentencia hace referencia al hecho de que el Tribunal Constitucional ha abordado en tres ocasiones el fondo del presente problema. En el primer supuesto, se trataba de un pleito de separación matrimonial entre dos nacionales armenios que se seguía ante los tribunales españoles, siendo indubitado la aplicación del derecho armenio; no obstante tanto en primera como en segunda instancia se “desestima” la demanda al no quedar acreditado el “*contenido y vigencia*” del Derecho armenio. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo en base a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española), por no concluirse en la Audiencia Provincial las diligencias de averiguación o constatación del Derecho extranjero acordadas. No obstante dicho amparo, es de advertir que en esta Sentencia no se advierte ninguna doctrina constitucional que determine la necesidad de aplicar la “*lex fori*” en caso de ausencia de prueba del derecho extranjero invocado por la norma de conflicto.

En la segunda Sentencia del Tribunal Constitucional referida, se trataba de dos trabajadoras de nacionalidad española contratadas en Pekín para prestar sus servicios laborales en la Oficina Comercial de España que el Ministerio de Economía y Hacienda tenía en dicha ciudad. En primera instancia el juzgado aplicó el “Derecho español” al no haberse acreditado el “*contenido y vigencia*” del Derecho chino aplicable. La Sala de lo Social, al resolver en suplicación, partiendo de la aplicación del Derecho chino y de la ausencia de prueba de su “*contenido y vigencia*”, determinó la “desestimación” de la demanda, y la no aplicación del Derecho interno. El Tribunal Constitucional otorga el amparo indicando que es más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española) aplicar el “Derecho español” ante la falta de prueba del derecho extranjero invocado por la norma de conflicto.

En la tercera Sentencia, se trata de una trabajadora inglesa, contratada en Inglaterra, que fué despedida y accionó ante los Tribunales de Madrid. En primera instancia, ante la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable, se “desestimó” la demanda; decisión que fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. También lo fue por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo pero por otros motivos que no atañen al fondo del asunto. El Tribunal Constitucional estimó que las decisiones de instancia y suplicación eran contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española) en su vertiente de derecho de acceso al proceso en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo de la pretensión. El presente problema no se resuelve por el Tribunal Constitucional aplicando los principios de la carga de la prueba y sus consecuencias sobre la pretensión, sino sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española) al no haber suplido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia la falta de prueba del “*contenido y vigencia*” del Derecho extranjero con el “Derecho español” para resolver la controversia. Es decir, no se estima, por el Tribunal Constitucional, aceptable que no haya un pronunciamiento de fondo cuando no queda acreditado el “*contenido y vigencia*” del Derecho extranjero invocado por la norma de conflicto, pues en tal caso ha de aplicarse, subsidiariamente, la “*lex fori*”, la legislación española.

En base a esta doctrina jurisprudencial (“Derecho nacional” o “*lex fori*”) estima el Tribunal Supremo en esta Sentencia, que dicha doctrina se muestra abiertamente opuesta a la doctrina adoptada por el Tribunal Supremo referida en STS del 22 de mayo del 2001 (“desestimación”) y por ello procede rectificar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ajustándola a los razonamientos del Tribunal Constitucional (“Derecho nacional” o “*lex fori*”).

En este sentido, también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 20 de julio del 2007, ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, cuando indica que “... *pero hay que indicar, como también señala la sentencia recurrida, que en este caso el Derecho español se aplicaría también en esta segunda hipótesis, pues esta Sala en su sentencia de 4 de noviembre del 2004, acordada por el Pleno, ha rectificado su doctrina anterior sobre los efectos de la falta de prueba del Derecho extranjero para adaptarla a la doctrina del Tribunal Constitucional. Esa falta de prueba ya no*

*determina la desestimación de la demanda por no haberse probado las normas que fundamentan la pretensión por quien tenía la carga de hacerlo, sino que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la falta de prueba del Derecho extranjero lleva a la aplicación del Derecho interno...”, no obstante indicar que “... esta Sala acata esta doctrina, aunque no la comparte...”.*

En conclusión, si, ante la ausencia de prueba del “*contenido y vigencia*” del Derecho extranjero, se procediera a desestimar la demanda por el juzgador se estaría infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española al no aplicar supletoriamente el “Derecho español”.

### **5. Posición del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional al respecto de la aplicación y/o prueba del derecho extranjero en el proceso español se ha pronunciado concretamente en la Sentencia 33/2002 de 11 de febrero, Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por D. Tomás S. Vives Antón, Presidente, D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Guillermo Jiménez Sánchez, Dña. Elisa Pérez Vera y D. Eugeni Gay Montalvo, Magistrados; Sentencia a la que se ha hecho referencia en la segunda postura anterior del Tribunal Supremo.

Así, en su fundamento jurídico cuarto indica que “*en último lugar la recurrente imputa a todas las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE) al haberse negado, errónea e irrazonablemente, un pronunciamiento sobre su pretensión de fondo (la declaración de la nulidad o de la improcedencia de su despido), y al haberse causado indefensión, ya que, aun cuando nunca invocó la aplicación del Derecho inglés (cosa que hizo únicamente la parte demandada), los órganos judiciales, tras considerar aplicable al caso la legislación extranjera, decidieron desestimar (o más bien inadmitir) su demanda por no haber sido probada dicha legislación por la actora, cuando lo cierto era que ni a ella le incumbía su prueba, ni se le había dado la oportunidad de poder hacerlo. En consecuencia, la recurrente afirma que las resoluciones judiciales impugnadas le han denegado el acceso a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, ya que se limitaron, basándose en un patente y manifiesto error, a declarar aplicable el Ordenamiento jurídico inglés, haciéndole soportar las consecuencias de su falta de prueba, sin llegar*

*nunca a manifestarse sobre el fondo de la cuestión. Por su parte el Ministerio público entiende que tanto la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social como la pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia han lesionado el art. 24.1 CE al incurrir en el vicio de incongruencia omisiva dada la falta de pronunciamiento en ambas resoluciones judiciales sobre la cuestión jurídica debatida (la calificación del despido de la actora).*

*En tal orden de cosas se hace preciso aclarar en este momento, en contra de lo señalado por el Fiscal, que no nos encontramos ante un supuesto vicio de incongruencia omisiva de las resoluciones judiciales cuestionadas, sino, más correctamente, ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora en su vertiente de su derecho de acceso al proceso en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo de la pretensión articulada. En efecto, es nuestra doctrina que, para que exista el vicio de incongruencia omisiva, es preciso que la Sentencia o resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuzgada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial aun estando motivada (SSTC 16/1998 de 26 de enero, 215/1999 de 29 de noviembre, de 27 de marzo, 156/2000 de 12 de junio), siendo posible incluso la desestimación tácita (por todas STC 86/2000 de 27 de marzo). En el caso de autos resulta fácil constatar que, más allá de un desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, lo que se ha producido, en definitiva, es que, bajo la apariencia de una sentencia desestimatoria, se ha inadmitido la demanda al entender que los órganos judiciales que existía un motivo impositivo para entrar a conocer del fondo del asunto, cual era la falta de la prueba del Derecho extranjero. En consecuencia tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia se apoyaron en la falta de la prueba del Derecho extranjero para evitar entrar a conocer de la pretensión de la actora, evitando así adoptar un pronunciamiento sobre el fondo de la demanda y del recurso planteados”.*

En su fundamento 5º indica el Tribunal Constitucional que “a la vista de lo anterior es necesario recordar que este Tribunal viene afirmando de forma constante que la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva llevada a cabo en el art. 24.1 CE no implica el reconocimiento de un derecho a un pronunciamiento sobre el fondo de la

*cuestión llevada ante los órganos judiciales, pudiendo quedar satisfecho dicho derecho fundamental en el momento del acceso a la jurisdicción con una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia (SSTC 115/1999 de 14 de junio, 157/1999 de 14 de septiembre, 158/2000 de 12 de junio y 94/2001 de 2 de abril). Asimismo también venimos manteniendo que, con carácter general, la decisión sobre la admisión o no de una demanda, así como la apreciación de la concurrencia o no de los presupuestos y requisitos materiales y procesales de ellas son cuestiones de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución compete a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el art. 117.3 CE, siendo facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido (STC 122/1999 de 28 de junio). Ahora bien, se exceptúan de esta regla aquellos supuestos en los cuales la interpretación efectuada por el órgano judicial de la normativa declarada aplicable sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y, cuando del acceso a la jurisdicción se trate, en los casos en los que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y la relevancia de los intereses que se sacrifican (STC 63/1999 de 26 de abril).*

*Efectivamente este Tribunal puede revisar la eventual irrazonabilidad o arbitrariedad de las resoluciones judiciales, puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), no sólo requiere que éstas se encuentren motivadas, es decir, que contengan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, sino, también que tal motivación esté fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 112/1996 de 24 de junio, 119/1998 de 4 de junio, 25/2000 de 31 de enero y 82/2001 de 26 de marzo). De este modo la propia resolución debe evidenciar, de forma incuestionable, que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran aplicables al caso*

*(SSTC 23/1987 de 23 de febrero, 18/1987 de 16 de febrero, 154/1997 de 13 de julio, 147/1999 de 4 de agosto y 109/2000 de 5 de mayo). El art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho que no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (por todas SSTC 116/1986 de 8 de octubre y 75/1988 de 25 de abril). No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas SSTC 22/1994 de 27 de enero, 324/1994 de 1 de diciembre, 24/1999 de 8 de marzo y 10/2000 de 31 de enero). Por lo tanto una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, no es expresión de la administración de Justicia, sino mera apariencia de ésta por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994 de 12 de mayo, 244/1994 de 15 de septiembre, 54/1997 de 17 de marzo y 160/1997 de 2 de octubre).*

Concluye el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico 6º que “*pues bien, trasladando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, procede declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo, en la medida en que, tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia, interpusieron un óbice inexistente que impidió de forma no razonable la adopción de una resolución sobre el fondo de la pretensión. En efecto, ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la “lex fori”, es decir, de la legislación española. Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente art. 12.6 del Código Civil (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil). A pesar de ello le fue exigida a la parte actora su prueba, sin darle en ningún momento la oportunidad*

*de llevarla a cabo a través de los cauces procesales oportunos, y ligando a falta de acreditación del contenido y vigencia de Derecho inglés la desestimación de su pretensión (en el caso del Juzgado) y la inadmisión de la demanda, aunque a través de la Sentencia (en el caso del Tribunal Superior de Justicia). Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión (en forma semejante al caso enjuiciado en STC 10/2000 de 31 de enero). En consecuencia no cabe más que concluir que ambas resoluciones judiciales lesionaron el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la recurrente en amparo.”*

En esta Sentencia la recurrente alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española) al habersele negado el pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, causándole dicho hecho indefensión. Ello ocurrió cuando, a pesar de haber considerado los órganos judiciales aplicable el Derecho extranjero a la pretensión, el “*contenido y vigencia*” de dicho Derecho extranjero no fue probado en el proceso y, a pesar de que la invocación de dicho Derecho extranjero no lo fué por la parte demandante-recurrente, la demanda fue desestimada”. Por ello, la recurrente alega que las resoluciones judiciales impugnadas le han denegado el acceso a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, ya que se limitaron a declarar aplicable el Derecho extranjero, haciendo soportar la falta de prueba del mismo sobre la demandante-recurrente, sin llegar a manifestarse sobre el fondo del asunto.

El Tribunal Constitucional estima que el presente supuesto es un caso de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española) en su vertiente de derecho de acceso al proceso en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo de la pretensión. Continúa indicando que lo que se ha producido en el caso es que, bajo la apariencia de una sentencia “desestimatoria”, se ha inadmitido la demanda al entender los órganos judiciales que existía un motivo impeditivo para entrar a conocer del fondo del asunto, cual era la falta de prueba del Derecho extranjero.

Procede el Tribunal Constitucional, en la propia Sentencia, a concretar su doctrina sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española). Así indica que dicha tutela efectiva no implica el reconocimiento de un derecho a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, pudiendo quedar satisfecho dicho

derecho fundamental en el momento del acceso a la jurisdicción con una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia. Asimismo determina que es facultad propia de la jurisdicción ordinaria, al ser cuestiones de estricta legalidad ordinaria, la decisión de la admisión o no de una demanda, la apreciación de la concurrencia o no de presupuestos y requisitos materiales y procesales, así como determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido, exceptuándose de esta regla aquellos supuestos en los cuales la interpretación efectuada por un órgano judicial de la normativa declarada aplicable sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y, cuando del acceso a la jurisdicción se trate, en los casos en los que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y la relevancia de los intereses que se sacrifican.

Insiste el Tribunal Constitucional en que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española) no sólo requiere que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas, es decir que contengan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, sino también que tal motivación esté fundada en Derecho, es decir, que el fundamento de la decisión sea la aplicación, no arbitraria, de las normas aplicables al caso; si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonable, no podrá considerarse fundada en Derecho, ya que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia. Por lo tanto, no basta con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria, ya que en este caso, no estaríamos ante una expresión de administración de justicia, sino de una mera apariencia de ésta por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo.

Trasladando la doctrina sobre la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española), el Tribunal Constitucional declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante-recuriente, en su vertiente de acceso a la jurisdicción en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo, al interponer el órgano judicial (Juzgado de lo Social y Tribunal Superior de Justicia) un óbice inexistente que impidió

de forma no razonada la adopción de una resolución sobre el fondo de la pretensión. Es decir, ante la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable, se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora, no aplicando tampoco la “*lex fori*”, la legislación española. Razona el Tribunal Constitucional que tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente pues fue la parte demanda la que invocó el Derecho extranjero, y no la demandante-recurrente, y por lo tanto a quien, según el derogado art. 12.6 del Código civil, correspondía acreditar su “*contenido y vigencia*”; no obstante, sin dar oportunidad procesal alguna a la actora, se cargo a la demandante su falta de prueba al “desestimar” la demanda. Concluye el Tribunal Constitucional que por ello le fue negada a la demandante-recurrente de una forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión.

Tal como se observa en la Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de noviembre del 2004, la verdadera razón de decidir de la Sentencia del Tribunal Constitucional, al margen de argumentaciones complementarias sobre la circunstancia de que no fue el demandante-recurrente quien invocó el Derecho extranjero y que, en cambio, se le cargó con la “desestimación” de la demanda, es que no se estima constitucionalmente aceptable que el órgano jurisdiccional no lleve a cabo un pronunciamiento sobre el fondo cuando no queda acreditado el “*contenido y vigencia*” del Derecho extranjero aplicable, ya que en tal caso ha de aplicarse, subsidiariamente, la “*lex fori*”, es decir, la legislación española.



## Capítulo segundo

### Las acciones de relevación y garantía en el Código civil y en el Derecho foral; la relación con el art. 1852 del Código civil

SUMARIO: I. Fundamento de las acciones del art. 1843 del Código civil. II. La naturaleza jurídica de las acciones del art. 1843 del Código civil. III. La acción de relevación. IV. La acción de garantía. V. Las acciones de relevación y garantía en el Derecho foral. VI. El ejercicio de las acciones de relevación y garantía. 1. Ideas previas. 2. El ejercicio de las acciones del art. 1843 del Código civil en la cofianza. 3. El art. 1843 del Código civil en la fianza constituida sin la intervención del deudor o en contra de su voluntad. 4. El art. 1843 del Código civil y la fianza remunerada. 5. El art. 1843 del Código civil y la hipoteca en garantía de deuda ajena. VII. La relación entre los arts. 1843 y 1852 del Código civil. 1. Análisis del art. 1852 del Código civil. 2. En cuanto a la relación entre los arts. 1843 y 1852 del Código civil. 3. El art. 1852 del Código civil y las situaciones análogas a la fianza. VIII. Análisis de los diversos supuestos contenidos en el art. 1843 del Código civil. 1. Ideas previas. 2. El supuesto 1º del art. 1843 del Código civil. 3. El supuesto 2º del art. 1843 del Código civil. 4. El supuesto 3º del art. 1843 del Código civil. 5. El supuesto 4º del art. 1843 del Código civil. 6. El supuesto 5º del art. 1843 del Código civil.

#### I. Fundamento de las acciones del art. 1843 del Código civil

La finalidad que parece perseguirse en el art. 1.843 del Código civil es dispensar cierta protección al fiador, garantizándole, en la medida de lo posible, sus derechos de reintegro ante las particulares situaciones en las que se pueda encontrar el deudor principal o que puedan surgir de ciertas circunstancias de la obligación principal. Estos mismos términos son los utilizados por la Sentencia del Audiencia Provincial de Cádiz núm. 103/2003 (sección 8ª) de 21 de marzo, Jurisdicción civil, para referirse a la finalidad del art. 1.843 del Código civil, indicando además que *“ello lo justifica la inminente y seria amenaza de que tales situaciones y circunstancias se derivan para los intereses del fiador. Se trataría de poner a cubierto al fiador de la insolvencia del*

*deudor*”; en los mismos términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 428/2003 (sección 3ª) de 17 de julio, Jurisdicción civil, entre otras.

Aunque, normalmente, el pago del fiador no se materializará sino después de la excusión opuesta señalando bienes del deudor, en los términos del art. 1.832 del Código civil, (excepto en el caso de renuncia, solidaridad y demás supuestos contemplados en el art. 1.831 del Código civil) y que las acciones (reembolso y subrogación) contra el deudor principal no nacerán sino desde que el fiador ha verificado dicho pago al acreedor, razones de equidad aconsejan facultar al fiador para anticipar su actuación contra el obligado principal o deudor; la inminente y seria amenaza, que representan las circunstancias o situaciones que se relacionan en el art. 1.843 del Código civil, para los intereses del fiador así lo justifica. Así, observa SANTAMARÍA que *“el contrato de fianza presupone en el ánimo del fiador la confianza de que el deudor cumplirá la obligación o le responderá de las consecuencias de su incumplimiento; de aquí que cuando esa confianza fracasa, y aun antes de haberse hecho efectiva la obligación por el fiador, se conceden a éste acciones de seguridad”*<sup>28</sup>. Sin embargo, como advierte GUILARTE ZAPATERO, la efectividad práctica del art. 1.843 del Código civil sancionando estas acciones de relevación o de cobertura, resulta de dudosa efectividad en múltiples supuestos<sup>29</sup>, tal como se analizará en este trabajo. Así lo estimó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de mayo de 1992, Jurisdicción civil, Rollo de apelación núm. 78/1992, indicando textualmente que *“lo que ocurre, y de ahí la escasa jurisprudencia sobre la materia, es que tales clases de sentencias resultan de difícil ejecución, pues los remedios que, conforme a lo establecido en el apartado final de la norma se conceden al fiador contra el deudor principal, antes de haber pagado, se desdobra en dos acciones con distinto objetivo; una tendente a que le releve de la fianza, y otra a lograr una garantía que le ponga a cubierto de los riesgos que el propio precepto enuncia. Es decir que el deudor debe relevar al fiador, liberándole de la responsabilidad que contrajo frente al acreedor, o debe garantizarle el ejercicio de la acción de regreso, susceptible de ejercitarse tan pronto pague al fiador. El primer remedio, consistente en la relevancia de la garantía asumida, sólo puede lograrla el deudor principal, según afirma Guilarte Zapatero, mediante dos procedimientos: bien*

<sup>28</sup> SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil II*, Madrid, 1958, p. 869

<sup>29</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 242.

*pagando la obligación fiada, bien llegando a un acuerdo con el acreedor para que éste renuncie a la fianza o a su ejercicio. Pero ante la negativa o la imposibilidad del deudor a pagar, la doctrina se muestra contraria a la posibilidad de una ejecución forzosa y específica de la obligación, por entender que el fiador carece de acción directa contra el deudor para imponerle el cumplimiento coactivo de la obligación fiada o para procurar al acreedor tal cumplimiento. La otra posibilidad de exoneración de la fianza es aun más difícil por quedar al margen de la voluntad del deudor, pues precisará siempre de un acuerdo con el acreedor para que éste renuncie a la garantía o se comprometa a no ejercitarla, y no hay que ser muy perspicaz para anticipar que el acreedor no querrá ver disminuida la garantía del cobro de su crédito. En consecuencia la liberación del fiador por este primer remedio cuenta con escasas posibilidades de éxito. Respecto al segundo remedio, con independencia de las dificultades que pueden surgir para el cumplimiento voluntario por parte del deudor de la pretensión del fiador, la cuestión surge cuando el deudor se niega a prestar la garantía solicitada o no la ofrece con las características necesarias para asegurar al fiador. La doctrina entiende que por tratarse de una obligación de hacer no es fácil admitir que pueda ser suplida su voluntad a los efectos de constitución de la garantía, pero observa Cossio que, ante la negativa injustificada del fiador, podrá obtener un embargo preventivo de sus bienes. En suma, entiende la doctrina que ejercitado su derecho por el fiador, corresponde al deudor optar por relevarle de la fianza asumida o por garantizarle, a pero si voluntariamente el deudor no procura ninguno de dichos resultados, la única medida eficaz que asiste al fiador será la de trabar los bienes de aquél mediante el oportuno embargo preventivo”; en este mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de noviembre de 1999 (Sección 5ª).*

En cuanto a las facultades que el art. 1.843 del Código civil otorga al fiador en cada uno de los supuestos que contempla, se podría estimar que se trata de un verdadero y propio derecho que compete al fiador, por el cual puede imponer al deudor la obligación de procurar bien la relevación de la fianza o una garantía o caución<sup>30</sup>. Tal extremo parece confirmarse del tenor literal del supuesto 3 del art. 1.843 del Código civil cuando indica “Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y este plazo ha vencido”; es decir, parece contemplar el derecho del fiador y la

---

<sup>30</sup> RAVAZZONI, *La fideiussione*, 3ª edición, Milano, 1975, p. 164

correlativa obligación del deudor asumidas en tal sentido. Sin embargo, tal como apunta la jurisprudencia, la eficacia de tal derecho del fiador, sobre todo si lo actúa mediante la primera de las fórmulas (relevación de la fianza), es dudosa, ante la dificultad que entraña la ejecución coactiva de la obligación del deudor, ya que, tal como más arriba se ha indicado, la liberación del fiador dependerá de que satisfaga la deuda al acreedor o bien de la renuncia a la fianza prestada por parte del acreedor, cosa que, no estando obligado al no afectarle el art. 1.843 del Código civil, es difícil e improbable que se produzca.

Por otro lado, según el art. 1.843 “in fine” del Código civil, la facultad y/o derecho del fiador para proceder contra el deudor, antes del pago, se desdobra en dos acciones que persiguen, cada una de ellas, un distinto objetivo. Una, la acción de relevación, busca la liberación de la fianza prestada, y la otra, la acción de garantía, lograr una garantía o caución que ponga a cubierto al fiador de los riesgos que, tras el pago de la obligación garantizada al acreedor, pueda suponer una acción de regreso infructuosa por insolvencia del deudor. En consecuencia, el deudor tiene la obligación de relevar al fiador, liberándole de la responsabilidad que contrajo frente al acreedor, o debe garantizarle el ejercicio de la acción de regreso, una vez satisfecha la obligación garantizada al acreedor. Es decir, la facultad y/o derecho que en el art. 1.843 del Código civil se confiere al fiador se desdobra en dos remedios o recursos distintos que plantean, cada uno, una problemática distinta, aunque, ambos, tienen como finalidad común la de amparar los intereses del fiador.

Concurriendo cualquiera de los supuestos contemplados en el art. 1.843 del Código civil, si el fiador decide actuar contra el deudor antes de haber pagado, es probable que para una mejor cobertura, intente conjuntamente que el deudor le releve de la fianza o le garantice el regreso. No obstante, analizando ambas posibilidades, resulta que:

- a) La eliminación de los riesgos para el fiador por medio de la relevación de la fianza asumida, sólo podrá lograrse mediante el pago al acreedor por parte del deudor de la obligación fiada, con la consecuencia de la extinción de la obligación accesoria de la fianza; o bien llegando a un acuerdo con el acreedor para que éste renuncie a la fianza o a su

ejecución. Sin entrar en el teórico y discutido problema de si la acción de relevación de la fianza supone un regreso anticipado<sup>31</sup>, la cuestión de más interés práctico es precisar si, ante la negativa o imposibilidad del deudor a pagar al acreedor, resulta posible la ejecución forzosa y específica de su obligación de relevación. La doctrina muestra su opinión negativa a tal extremo por entender que el fiador carece de acción directa contra el deudor para imponerle el cumplimiento coactivo de la obligación fiada o para procurar al acreedor tal cumplimiento<sup>32</sup>. La otra posibilidad para evitar los riesgos del fiador, precisará de un acuerdo con el acreedor por el cual renuncie a la fianza o se comprometa a no ejecutarla; en consecuencia, tal exoneración de la garantía queda al margen de la voluntad del deudor, al depender exclusivamente el consentimiento del acreedor. Por todo ello resulta que la relevación del fiador a través de este primer remedio (“*relevación de la fianza*”), cuenta con escasas posibilidades de éxito; de una parte, porque dirigida contra el deudor principal dicha acción, exige de éste la realización de una prestación de hacer (el pago) que no es susceptible de ejecución forzosa específica; de otra, porque la facultad y/o derecho de relevación del fiador no le autoriza a imponer coactivamente el pago al acreedor; finalmente, porque el acreedor es un tercero ajeno a la pretensión del fiador y no está obligado a liberar su garantía, no afectándole, y por lo tanto perjudicar, los acuerdos a los que hayan llegado el fiador y el deudor sobre la garantía prestada. Al respecto, señala GUILARTE ZAPATERO que, ante el incumplimiento del deudor de su obligación de relevación de la fianza, el fiador se encuentra asistido por una acción de resarcimiento de daños; sin embargo dicha acción tendrá escasa eficacia práctica, no sólo por la dificultad de concretar y acreditar los perjuicios sufridos por parte del fiador, sino por la propia situación (previsible de insolvencia) en la que deudor se pueda encontrar<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> A favor BAUDRY-LACANTINERIE/WAHL y CAMPOGRANDE y en contra FRAGALI y RAVAZZONI.

<sup>32</sup> FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto*, t. XVIII, 1969, p. 413.

<sup>33</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2º ed., Madrid, 1990, p. 243.

- b) Para que la finalidad perseguida por el art. 1.843 del Código civil no resulte ilusoria en el caso de no poder relevar la fianza, también se faculta al fiador para demandar al deudor una garantía o caución que le asegure la eficacia de su futura acción de regreso, una vez efectuado el pago de la obligación garantizada. Si el deudor se niega a prestar la garantía solicitada o no la ofrece de las características necesarias para asegurar dicho fin al fiador (*“una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor”*), ¿estará el fiador facultado para obtenerla coactivamente?. Estima GUILARTE ZAPATERO que en este caso también es de suma dificultad la imposición coactiva, al tratarse de una prestación de hacer (constitución de garantía o caución); es decir, admitir que pueda ser suplida la voluntad del deudor a los efectos de la constitución de la garantía pretendida<sup>34</sup>. No obstante, en cualquier caso, ante la negativa injustificada del deudor, el fiador siempre podría obtener como medida cautelar el embargo preventivo sobre los bienes del deudor<sup>35</sup> en base al art. 727 y sts de la vigente Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil; en los demás términos y condiciones que a lo largo de este trabajo se analizarán.

En suma, ejercitados por el fiador la facultad y/o derecho reconocidos en el art. 1.843 del Código civil, corresponderá al deudor optar por relevarle de la fianza asumida o por garantizarle en los términos establecidos en el citado precepto. Pero si voluntariamente el deudor no procura ninguno de esos resultados, parece que la única medida eficaz que asiste al fiador será de la trabar los bienes del deudor mediante la medida cautelar de embargo preventivo<sup>36</sup>. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1990, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, RJ 1990/7976, se indica que *“... es la facultad que tiene todo fiador, a tenor de lo dispuesto en el ya mencionado art. 1.843 del Código civil, de obtener, como ya se ha dicho, relevación de la fianza, y en el caso de que esto no sea posible, a conseguir una*

<sup>34</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 244

<sup>35</sup> En este sentido, COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1975, p. 492.

<sup>36</sup> Así, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario a los art. 1822 a 1886 del CC, Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, 2ª edición, Madrid, 1990, p. 244.

*garantía que le salvaguarde de las acciones del acreedor, y , en su caso, de la insolvencia del deudor...”*, o como indica la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, RJ 1997/3872, “... *Esta acción se dirige exclusivamente contra el deudor, y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada, caso de que el acreedor no consienta en relevarle de la garantía, cosa que depende exclusivamente de su voluntad; no hay precepto legal que a ello le obligue... “.*

## **II. La naturaleza jurídica de las acciones del art. 1.843 del Código civil**

Respecto a la naturaleza jurídica de los remedios que el art. 1.843 del Código civil otorga al fiador, existen múltiples opiniones doctrinales, que no aportan excesiva luz a los efectos de resolver los problemas que dichos remedios plantean.

Por un lado, se ha pretendido explicar el remedio del art. 1.843 del Código civil catalogándolo como una acción de naturaleza cautelar<sup>37</sup>; ello podría admitirse cuando la pretensión del fiador va dirigida a la obtención de una garantía o caución que le asegure el derecho de regreso frente al deudor, sin embargo es discutible en el caso de la acción de relevación de la fianza que parece un fin en sí misma<sup>38</sup>. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 858/1995 (Sala de lo Civil) de 6 de octubre, ponente: Excmo Sr. D. Jesús Marina Martínez Pardo, RJ 1995/7022, indica que “... *dice que el art. 1843 contiene supuestos tasados, en los que un fiador puede proceder contra el afianzado “aun antes de haber pagado”, ejercitando una acción cautelar distinta de la acción de reembolso que le confieren los art. 1.838 y 1.839 ...”.*

También se ha pretendido explicar el remedio aproximándolo a la “llamada de garantía”<sup>39</sup>, que, asimismo, se ha pretendido explicar acudiendo a la idea de la excesiva

---

<sup>37</sup> BO, *Nouvo Digesto Italiano*, vol. V, Torino, 1938, p. 1123.

<sup>38</sup> FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto*, T. XVIII, 1969, p. 416.

<sup>39</sup> MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1955, p. 371.

onerosidad de la prestación<sup>40</sup>, o considerándola como una especie de acción subrogatoria<sup>41</sup>.

En cualquier caso, con independencia de la naturaleza jurídica que se atribuya a la facultad y/o derecho que el art. 1.843 Código civil concede al fiador antes del pago, que probablemente será distinta según se trate de relevación de la fianza o de constitución de garantía, el verdadero interés está en encontrar cual es la justificación de la existencia del derecho del fiador frente al deudor, a pesar de que puede no ser parte en el contrato de fianza; no pudiéndose explicar por el hecho del pago, ya que no se ha producido. Así, de todos los supuestos que se contemplan en el art. 1.843 del Código civil sólo el tercer supuesto (“*cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y este plazo ha vencido*”), supone un acuerdo expreso y específico del deudor con el fiador para liberarle de la fianza.

Por otro lado, es opinión unánime en la doctrina<sup>42</sup> que el remedio que se establece en el art. 1.843 del Código civil sólo cabe en los supuestos expresamente previstos en dicho precepto. Se estima que, lo mismo en la hipótesis de fianza “*invito debitore*” que en la “*insciente*” o “*prohibente debitore*”, y ya se trate de garantía otorgada en interés del acreedor o en interés del deudor, el recurso del art. 1.843 del Código civil procede siempre<sup>43</sup>.

Por otra parte, también se argumenta que en la fianza constituida ignorándola el deudor, la acción del art. 1.843 del Código civil no debería proceder ya que no cabe estimar que la garantía, antes del pago por el fiador, haya dispensado alguna utilidad al deudor, es decir los mismos argumentos por los que se conceden los derechos de regreso y subrogación, o que no se comprende como el fiador por un acuerdo llegado con el acreedor (contrato de fianza) tiene mayores derechos que los que propiamente

---

<sup>40</sup> DE MARTÍN, citado por FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto*, T. XVII, 1968, p. 418.

<sup>41</sup> NICOLO, citado por FRAGALI, “*Delle Fideiussione*” *Comentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Libro IV, Delle obbligazioni, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968

<sup>42</sup> En este sentido, BAUDRY-LACANTINERIE/WAHL, *Trattato teorico-practico di Diritto Civile*, t. XXIV, Milano, p. 592.

<sup>43</sup> Así, GUILARTE ZAPATERO. V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 245.

corresponden al acreedor y, sobre todo, que en la fianza constituida con la prohibición del deudor, resulta excesiva la concesión de la facultad del art. 1.843 del Código civil<sup>44</sup>.

Frente a estos argumentos se ofrecen otros para explicar y justificar la procedencia del remedio en todos los supuestos taxativamente enumerados en el precepto, y en cualquiera de las especies de fianza. Así se destaca que la formulación genérica del art. 1.843 del Código civil impide excluir cualquier hipótesis de fianza, lo sea solidaria, simple, ignorada, consentida o prohibida por el deudor; también se argumenta que no se agrava la posición del deudor con la concesión y ejercicio de tal facultad por el fiador, y que aun cuando el deudor no participa, ni siguiera indirectamente, en la constitución de la fianza, deriva de la misma un interés para el deudor; también que si se concede al fiador un derecho de regreso y de subrogación, la necesidad de protegerlos justifica la existencia de las facultades del art. 1.843 del Código civil; por último, que si la oposición del deudor no impide la constitución de la fianza, tampoco debe dificultar la producción de uno de sus efectos típicos<sup>45</sup>.

Los tribunales hacen hincapié en la situación de peligro para el fiador, así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 18/2004 (sección 3ª) de 27 de diciembre, se indica que “... coincidimos con la doctrina que cuestiona la eficacia de las medidas preventivas del art. 1.843 CC puesto que las circunstancias en las que se admite (que están tasadas en dicho precepto en números 1 a 5) están muy acotadas y dan a entender una inmediatez de peligro para el fiador..... El derecho del fiador del art. 1.843 CC debe quedar limitado a los supuestos allí tasados precisamente porque su condición de fiador presupone la asunción de pago de la deuda si el deudor principal no la realiza, debiendo asumir el riesgo que ello comporta, no pudiéndose cubrir a costa del propio deudor en cualquier caso, puesto que de lo contrario carecería de sentido la figura del fiador”. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 103/2003 (sección 8º) de 21 de marzo, se indica que “... el fin de la norma es dispensar protección al fiador, garantizándole, en la medida de lo posible, sus derechos de reintegro ante las particulares situaciones del deudor o que puedan surgir de ciertas circunstancias de la obligación principal. Ello lo justifica la inminente y seria amenaza

---

<sup>44</sup> Cita por GUILARTE ZAPATERO. V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 245.

<sup>45</sup> Por todos, FRAGALI, *Enciclopedia del Derecho*, t. XVII, 1969, pág. 420 y sts.

*que de tales situaciones y circunstancias se derivan para los intereses del fiador. Se trataría de poner a cubierto al fiador de la insolvencia del deudor...”. Incluso se han delimitado los contornos del art. 1.843 del Código civil a los efectos de no incluir dentro de su ámbito a los derechos reales, así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17ª) de 29 de abril del 2002, al indicar que “ ... El artículo 1.843, permite en los supuestos por él contemplados, ejercitar una acción para obtener la relevación de fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Es definitiva, una acción cautelar, de utilidad difícil de imaginar, porque la relevación de fianza requiere consentimiento del acreedor afianzado y la garantía frente a los procedimientos del acreedor no parece razonable extenderla a la hipoteca en que, precisamente, el titular dominical ha enajenado el poder de realización y disminuido el contenido natural de su propiedad, en virtud del contrato de constitución de hipoteca, cuya causa incluso puede ser onerosa y que en todo caso se presume ...”.*

Este ha sido el sentido que también le ha dado el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 858/1995 (Sala de lo Civil) de 6 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo, indicando que “... El pacto de hipoteca genera, partiendo del derecho de dominio, un nuevo derecho real, de menor entidad y cualitativamente distinto, que se transmite o deriva a otro sujeto, el acreedor hipotecario, y cuyo contenido es la adquisición del derecho de realización de valor de la cosa hipotecada, para el supuesto de que el obligado principal no cumpla la obligación. ... El acreedor hipotecario adquiere pues, un derecho real que disminuye el derecho de propiedad de la cosa .... Cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor .... En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no se puede ser considerado garante análogo al fiador ... Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto (si no es solidario) a la “conditio iuris” del impago. El dueño de la cosa hipotecada carece de beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable “erga omnes” ... El art. 1843, permite en los supuestos por él contemplados, ejercitar una acción para obtener la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Es definitiva,

*una acción cautelar, de utilidad difícil de imaginar, porque la relevación de fianza requiere consentimiento del acreedor afianzado y la garantía frente a los procedimientos del acreedor no parece razonable extenderla a la hipoteca en que, precisamente el titular dominical ha enajenado el poder de realización y disminuido el contenido natural de su propiedad, en virtud del contrato de constitución de la hipoteca, cuya causa incluso puede ser onerosa y que en todo caso se presume. La “ratio legis” de la norma, contenida en el art. 1.843.1, no se da en la ejecución hipotecaria, en que no se conoce la cantidad que podrá reclamarse hasta la celebración de la subasta; es posible discutir si el propietario es demandado en el sentido de dicho precepto, y no parece que deba tenerse en cuenta el “periculum in mora”, propio de las medidas cautelares, cuando el propietario conscientemente constituyó el gravamen. La conclusión que se obtiene, carente en absoluto de precedentes jurisprudenciales, salvo el representado por la sentencia de 26 de mayo de 1950, en la que se negó el carácter de fianza a una garantía real..... es la estimación del motivo...”.*

En la figura jurídica del fianza aparecen siempre tres sujetos, el acreedor, el deudor principal y el fiador, creándose entre ellos distintas relaciones jurídicas. Así, la fianza constituye una situación jurídica compleja, caracterizada por un entramado de relaciones jurídicas plurales que vinculan, entre sí y separadamente, a los distintos sujetos, activos y pasivos. El Código civil regula la fianza en el título XIV (“*De la fianza*”), integrado en el libro IV (“*De las obligaciones y contratos*”), y, por lo tanto, configurando a la fianza como un contrato (“*el contrato de fianza*”). Siguiendo la sistemática del Código civil francés, dedica el capítulo II a los “*efectos de la fianza*” y dividiéndolo en dos secciones, la primera “*De los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor*” y la segunda “*De los efectos de la fianza entre deudor y fiador*”, tratando los artículos 1.833 a 1.842 a los efectos después del pago efectuado por el fiador y el art. 1.843 a los efectos de la fianza entre deudor y fiador antes del pago. Quizás desde el punto de vista sistemático hubiera sido preferible tratar primero los efectos de la fianza antes del pago para pasar después a los efectos de la fianza que se derivan del pago<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> En este sentido MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXVIII, Madrid, 1953, p. 616.

Así, el art. 1.843 del Código civil cierra la sección 2ª dedicada a los efectos de la fianza entre el fiador y deudor, ocupándose de la relación que nace “*ex lege*”<sup>47</sup>, entre fiador y deudor, en el mismo momento en que surge la obligación *fideiusoria* y concediendo al fiador, en determinadas circunstancias, y antes del pago, la posibilidad de dirigirse contra el deudor al que afianza para obtener de éste la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto “.. *de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor..*”. CASANOVAS MUSSONS estima, por el contrario, que la relación jurídica entre el deudor y el fiador tiene su origen en el mandato, si ha sido ratificada por el deudor, o en una gestión de negocios sin mandato, si este último no existe, siendo “la gestión oficiosa la que legitima al fiador para dirigirse al titular del interés gestionado en demanda de su liberación”<sup>48</sup>. DIEZ PICAZO, por su parte, afirma que, en la evolución moderna, la idea de gestión ha hecho crisis y se considera esta situación como una situación típica derivada del contrato de fianza<sup>49</sup>.

En realidad, el art. 1.843 del Código civil responde al mismo espíritu que tienen otros preceptos del Código civil en los que el legislador trata de proteger, con carácter preventivo, los intereses de las partes inmersas en una relación jurídica obligatoria<sup>50</sup>. Así, en ocasiones, el Código civil protege el derecho que tienen los acreedores a que se cumpla una prestación, mediante medidas de tutela preventiva del crédito en virtud de las cuales se otorga al acreedor una serie de medios tendentes a ponerle a cubierto de un peligro eventual y/o probable de insatisfacción o lesión de su derecho; así en sede de obligaciones condicionales, en el art. 1.121 del Código civil se establece que “..*el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho..*”, pudiéndose considerar que tal precepto responde al mismo espíritu y finalidad que en el contenido en el art. 1.843 del Código civil (“... *ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de*

---

<sup>47</sup> Así DELGADO ECHAVARRIA, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1979, p. 337.

<sup>48</sup> CASANOVAS MUSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 117.

<sup>49</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 438.

<sup>50</sup> Este carácter preventivo se constata también en otros preceptos de otros Códigos civiles como el art. 2032 del Código civil francés, justificándolo SIMLER en que el legislador ha considerado útil autorizar al fiador a proceder contra el deudor de manera preventiva por ser de equidad en las circunstancias concretas que en el precepto se contienen. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª edición, París, 1991, pág. 466.

*la insolvencia del deudor”*)<sup>51</sup>. También, en sede de obligaciones a término, en el art. 1.129 del Código civil se establece que “*..perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1ª cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda; 2ª cuando no otorgue el acreedor las garantías a que estuviese comprometido; 3ª cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras..*”.

En otros supuestos el Código civil, en cambio, protege al deudor como es el caso del art. 1.132.1 cuando establece, en sede de obligaciones alternativas, que “*..la elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor*”, o en el art. 1.164 cuando se indica que “*el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito liberará al deudor..*”.

El mismo espíritu de tutela anticipada o preventiva de los intereses del fiador, que se recoge en el art. 1.843 del Código civil, se encuentra también el art. 1.852 del Código civil cuando indica que “*los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo*”; obligando, en consecuencia, al acreedor a preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos.

El art. 1.843 del Código civil permite que el fiador pueda proceder contra el deudor, antes del pago al acreedor, si se producen cualquiera de los supuestos que el precepto contempla, con la pretensión de que el deudor le releve de la fianza prestada o, si no es posible, otorgue a su favor caución o garantía a fin de que no resulte perjudicado cuando ejercite la acción de regreso o de subrogación del art. 1.838<sup>52</sup> y 1.839<sup>53</sup> del Código civil, respectivamente. Algunos autores se refieren a “*acciones de seguridad*”, así SANTAMARÍA indica que el contrato de fianza presupone en el ámbito del fiador la confianza de que el deudor cumplirá la obligación o le responderá de las consecuencias

---

<sup>51</sup> MANRESA opina que el art. 1843 CC responde en el fondo a mismo espíritu que, con carácter general, se contiene en el art. 1121 CC. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, ed. 6ª, Madrid, 1973, p. 443.

<sup>52</sup> Art. 1838 del CC: “*El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste...*”

<sup>53</sup> Art. 1839 del CC “*El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor...*”

de su incumplimiento, de ahí que cuando esa confianza fracasa, y aun antes de haberse hecho efectiva la obligación por el fiador, se conceden a éste las referidas acciones de seguridad<sup>54</sup>. Otros autores utilizan la denominación de “*acciones de indemnidad*”; así CASANOVAS que, en un sentido amplio, entiende no sólo la recuperación económica del fiador (indemnización o reembolso del art. 1.838 del Código civil y subrogación del art. 1.839 del Código civil), sino también a la recuperación, puramente jurídica, de su libertad, aunque en un sentido más restringido se opone a la indemnización, en tanto que ésta implica la efectiva producción de un daño; en el art. 1.843 del Código civil se trata de evitar que el daño se produzca, con lo que, en definitiva, se elimina el concepto de indemnización<sup>55</sup>. No obstante, generalmente se las denomina “*acciones de relevación o cobertura*”<sup>56</sup>; en la doctrina italiana “*azioni di rilievo*” y los autores franceses hablan de “*mesures de sauvegarde*”.

En realidad, aunque el art. 1.843 del Código civil habla de “*la acción del fiador*” (en singular), el precepto no recoge una sola acción sino dos acciones distintas (“*la acción de relevación*” y “*la acción de cobertura o garantía*”), que tienen como finalidad común tutelar los intereses del fiador de forma preventiva, tratando de evitar la ineficacia de los derechos que ostenta<sup>57</sup>; en palabras de SCAEVOLA “*es indudable la justificación absoluta de la doctrina de los cinco números contenidos en el precepto, particularmente los casos, en que por verse el fiador amenazado o correr peligro de pagar la deuda, se le otorgan garantías y previsiones en defensa de su situación, incluso por aquello de que más vale prevenir que curar. Bastante suele hacer el fiador en comprometerse con el acreedor, al pago definitivo, aunque tal vez subsidiario, de la obligación ajena, y no sería corresponder a su riesgo o sacrificio negarle, en casos de seria amenaza, los medios de previsión más adecuados*”<sup>58</sup>..

<sup>54</sup> SANTAMARÍA, *Comentario al Código Civil*, Madrid, 1958, p. 856

<sup>55</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 149

<sup>56</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II*, Madrid, 1993, p. 438

<sup>57</sup> Afirman CABRILLAC et MOULY que la justificación de los diferentes recursos es la misma, es decir, evitar que la situación del fiador se agrave y no le sea posible conseguir el reembolso; CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, 1990, p. 184.

<sup>58</sup> SCAEVOLA, *Código Civil*, Madrid, 1953, p. 646. Decía GULLON BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968, p. 444, que el supuesto de aplicación del art. 1843 CC y la razón que justifica la anticipada liberación es el perjuicio que en otro caso se le seguiría al fiador, que puede consistir en la frustración del reembolso o en la excesiva onerosidad que puede significar una excesiva duración de la fianza; En la misma línea CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, pág. 193, afirma que el factor genéricamente determinante de la facultad en

Así, la facultad concedida en el art. 1.843 del Código civil al fiador se desdobra en dos acciones, con un distinto objetivo: una acción para conseguir la relevación de la fianza prestada, y otra acción para conseguir que el deudor constituya una caución o garantía a fin de que no resulte perjudicado cuando ejercite las correspondientes acciones de regreso y/o subrogación frente al deudor, una vez satisfecha la obligación garantizada. La doctrina italiana se alude a ambas acciones refiriéndose al “*rilievo per liberazione*” y al “*rilievo per cauzione*”<sup>59</sup>. Así lo indicó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 103/2003 (sección 8ª) de 21 de marzo, afirmando que “... *el fin de la norma es dispensar protección al fiador, garantizándole, en la medida de lo posible, sus derechos de reintegro ante las particulares situaciones del deudor o que puedan surgir de ciertas circunstancias de la obligación principal. Ello justifica la inminente y seria amenaza que de tales situaciones y circunstancias se derivan para los intereses del fiador. Se trataría de poner a cubierto al fiador de la insolvencia del deudor. .... los remedios que, conforme al apartado final de la norma se conceden al fiador contra el deudor principal, antes de haber pagado, se desdobra en dos acciones con distinto objetivo; una tendente a que le releve de la fianza, y la otra a lograr una garantía que la ponga a cubierto de los riesgos que el propio precepto enuncia ....*”; en este mismo sentido y contenido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 428/2003 (sección 3ª) de 17 de julio.

Ambas acciones tienen, según lo dicho, distinta naturaleza y objetivos diferentes. Mediante la acción de relevación se pretende que el deudor releve al fiador de la relación obligatoria de fianza; tiene como finalidad impedir que el fiador tenga que hacer frente al pago de la obligación principal garantizada y, en consecuencia, no debería ser considerada como una acción cautelar. Por el contrario, mediante la acción de garantía se persigue obtener una cautela a favor del fiador que, probablemente, va a tener que hacer frente al pago al acreedor de la obligación principal afianzada, por lo que en este caso sí estamos ante una medida cautelar. No obstante, la jurisprudencia se viene refiriendo a las acciones del art. 1.843 del Código civil como medidas cautelares

---

cuestión es el perjuicio del fiador, representado por una mayor onerosidad de su obligación. La alteración de las circunstancias iniciales, debida a hechos que ni han sido asumidos por el fiador ni le son imputables, agrava la propia posición jurídica del fiador.

<sup>59</sup>FRAGALI, *Comentario del Codice Civile*, Roma, 1968, p. 412

en su conjunto, así en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 858/1995 (Sala de lo Civil) de 6 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo, cuando indica que “... el art. 1.843, permite en los supuestos por él contemplados, ejercitar una acción para obtener la relevación de fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Es en definitiva, una acción cautelar .... “. En consecuencia, en la primera (“acción de relevación”) trata el fiador de impedir el pago de la obligación afianzada, y mediante la segunda (“acción de garantía”), en cambio, se quieren evitar los efectos negativos que el pago pueda suponer en el patrimonio del fiador, al ejercitarse las correspondientes acciones de regreso y subrogación. En este sentido también la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 966/2003 (Sala de lo Civil, Sección única) de 21 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, delimitando los efectos del art. 1843 del Código civil cuando indica que “... art. 1843 del Código civil contempla, entre los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor, una protección al primero, de los riesgos que se puedan dar en las situaciones que contempla ... y el efecto es que el fiador tiene una doble acción: exigir la relevación de la fianza ... o una garantía., una contrafianza; pero no el que le reembolse, si ha pagado, lo que haya pagado (lo cual sería otra acción) o se le declare una deuda (que todavía no ha nacido)...”, insitiendo “... no permite esta norma, ni la declaración de una deuda ... ni la condena al reembolso ....”.

A la vista del contenido de los cinco supuestos habilitantes del art. 1.843 del Código civil, se desprende que dichas acciones de liberación y de garantía no corresponden de modo indiscriminado en cada uno de los mismos, de forma que, concurriendo cualquiera de los supuestos, la acción pueda dirigirse conjunta o indistintamente a la consecución de una u otra finalidad; así, una vez el fiador ha ejercitado la facultad y/o derecho del art. 1.843 del Código civil, no procederá, en todos los casos, al deudor optar por relevarle de la fianza prestada o por constituir garantía, en los términos establecidos en el precepto, ello dependerá de la circunstancia y/o supuesto que concurra. Dicha opción, a ejercitar por el deudor, es mayoritariamente admitida por la doctrina<sup>60</sup> y por la

---

<sup>60</sup>En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1990, p. 244, indica que “ejercitado su derecho por el fiador, entiende la doctrina comúnmente, que corresponde al deudor optar por relevarle de la fianza asumida o por garantizarle en los términos apuntados”.

jurisprudencia, así la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1990, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, RJ 1990/7976, cuando indica que “... *es la facultad que tiene todo fiador, a tenor de lo dispuesto en el ya mencionado artículo 1.843 del Código civil, de obtener, como ya se ha dicho, relevación de la fianza, y en el caso de que éste no sea posible, a conseguir una garantía que le salvaguarde de las acciones del acreedor, y, en su caso, de la insolvencia del deudor...* “; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros “... *esta acción se dirige exclusivamente contra el deudor, y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada, caso de que el acreedor no consienta en relevarle de la garantía .....* “. Aunque en donde más claramente se indica es en la jurisprudencia menor como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 103/2003 de 21 de marzo, “ ... *En suma entiende la doctrina que ejercitado el derecho por el fiador, corresponde al deudor optar por relevarle de la fianza asumida o por garantizarle ....* “; en el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 428/2003 (sección 3ª) de 17 de julio.

Por otro lado, el derecho referido en el art. 1.843 Código civil “*in fine*” deberá ser ejercitado en vía judicial, caso de que el deudor no cumpla voluntariamente, es decir, que no se produce automáticamente e “*ipso iure*”. Así lo indica el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 958/1994 (Sala de lo Civil) de 31 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, al indica que “ ... *la relevación de la fianza a que se refieren los supuestos que contempla el art. 1.843 CC no se produce automáticamente e “ipse iure”, sino que requiere ineludiblemente, según el propio precepto expresa, que el fiador ejercite contra el deudor la pertinente acción judicial para obtener dicha relevación de la fianza*”. No obstante lo anterior, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1990, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, se aplicó el art. 1.843 del Código civil sin que se ejercitara por parte del fiador ninguna de las acciones en él contenidas; el demandante pedía, en primera instancia, que se le abonara la totalidad de la deuda, cuando sólo había pagado al acreedor parte de ella, no solicitando la liberación de la fianza ni tampoco, de forma alternativa, que se constituyera caución o fianza.

Asimismo, la jurisprudencia se ha encargado de delimitar y diferenciar la acción de reembolso, procedente después del pago, de las acciones, antes del pago, del art. 1.843 del Código civil. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1990, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, se indica que *“... pues el referido precepto indica el otorgamiento de unos delitos para pedir la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor, pero siempre que se den los requisitos del mencionado art. 1.843 del Código civil, y, aun dándose los mismos nunca le fundamentarían el ejercicio de una acción de reembolso sobre unos hipotéticos pagos aun no exigidos ni efectuados...”* ; o en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 966/2003 (Sala de lo Civil) del 21 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’callaghan Muñoz, RJ 2003/7517, afirmando que *“ ... El art. 1.843 del Código civil contempla, entre los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor, una protección al primero, de los riesgos que se puedan dar en las situaciones que contempla ... y el efecto es que el fiador tiene una doble acción: exigir la relevación de la fianza ..... o una garantía, una contrafianza; pero no el que le reembolse, si ha pagado, lo que haya pagado (lo cual sería otra acción) o se le declare una deuda (que todavía no ha nacido) ... pues, como se ha dicho ..... y ha resaltado la jurisprudencia, no permite esta norma, ni la declaración de una deuda ..... ni la condena al reembolso..... “.*

También se ha encargado la jurisprudencia de excluir del ámbito del art. 1.843 del Código civil otro tipo de garantías personales; así, la Sentencia del Tribunal Supremo del núm. 66/1999 (Sala de lo Civil) de 5 de febrero, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, RJ 1999/534, se afirma que *“ ... A diferencia de la fianza, que tiene carácter de garantía accesoria, pues no puede existir sin una obligación principal garantizada (art. 1.824 del Código civil), el aval cambiario aparece legalmente configurado como una garantía objetiva del pago de la letra, pues tiene existencia autónoma e independiente de la obligación garantizada (art. 37 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985), sin que, por tanto, quepa posibilidad legal alguna de que el avalista cambiario, una vez contraída válidamente su obligación en dicho concepto, pueda desligarse o ser relevado anticipadamente de la misma, al no serle, en modo alguno, aplicable el art. 1.843 del Código civil ... “.*

En conclusión, en el art. 1.843 del Código civil se recogen dos acciones distintas (relevación y caución o garantía) que el fiador podrá ejercitar en función del supuesto o circunstancia que concurra. Cada una de dichas acciones tiene un presupuesto distinto y una finalidad diferente, por ello no es procedente que el fiador ejercite la acción del art. 1.843 del Código civil genéricamente cuando concurra cualquiera de los supuestos de hecho de la norma y que sea el deudor el que elija si releva al deudor o le ofrece una caución o garantía<sup>61</sup>, por el contrario, a la vista de los supuestos relacionados en el art. 1.843 del Código civil, en algunos casos procederá la acción de relevación<sup>62</sup>, mientras que en otros lo procedente será el ejercicio de la acción de garantía<sup>63</sup>.

### III. La acción de relevación

Mediante esta acción el fiador se dirige frente al deudor principal a fin de conseguir que éste le libere de la fianza prestada; así con dicha pretensión el fiador quiere evitar tener que cumplir con la obligación accesoria de la fianza, cosa a lo que le faculta el art. 1.843 del Código civil en los supuestos que contempla.

Ahora bien, ¿cómo puede conseguir dicha liberación el fiador teniendo en cuenta que la fianza se presta ante un beneficiario (acreedor) que es un tercero con respecto a los sujetos (fiador – garantizado o deudor) referidos en el art. 1.843 Código civil?; es decir, que la acción de relevación de la fianza presentada por el fiador no vincula al acreedor. Así lo refiere la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, cuando indica que “... *Esta acción se dirige exclusivamente contra el deudor, y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada,*

---

<sup>61</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 215, estima que, a pesar de la formula disyuntiva del art. 1843 in fine CC (“*relevación de la fianza o una garantía*”) el objetivo prioritario del fiador será la obtención de su libertad. La garantía se presenta entonces como una solución de recambio ante el fracaso de las negociaciones dirigidas a aquel fin, entre el deudor y acreedor. La garantía es la alternativa de la liberación. No puede decirse en cambio que el art. 1843 CC establezca una obligación alternativa en el sentido del art. 1131 y sts CC. El carácter subsidiario de la garantía resulta muy claro, por ejemplo, en el supuesto 3 del art. 1843 CC.

<sup>62</sup> Claramente en supuesto 3 (“*Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y este plazo ha vencido*”)

<sup>63</sup> PEREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 265, indica que alguno de los supuestos que recoge el art. 1843 CC reclaman como consecuencia lógica la liberación del fiador (supuestos 3 y 5) y otros requieren de por sí la consecuencia de que el obligado a título principal constituyan una garantía y no la relevación de la fianza (supuestos 1, 2 y 4).

*caso de que el acreedor no consienta en relevarle de la garantía, cosa que depende exclusivamente de su voluntad; no hay precepto legal que a ello le obligue .... “; también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de noviembre de 1999 “ ... pretende obtener del deudor la relevación de la fianza, por lo que sus efectos se limitan a las relaciones deudor-fiador y tan sólo está legitimado pasivamente el deudor por disposición del mencionado precepto (art. 1.843 C.c.), sin que la sentencia que se dicte afecte al acreedor... “; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 525/2004 (sección 19ª) de 16 de julio.*

Una forma de obtener la relevación de la fianza sería conseguir que por parte del deudor realizara la prestación, en que consiste la obligación principal, en favor del acreedor con los efectos extintivos correspondientes y, en consecuencia, extinguir la obligación accesoria de fianza, por efecto del art. 1.847 del Código civil. También podría quedar liberado el fiador si el acreedor renuncia a la fianza prestada, extinguiéndose en este caso la fianza aunque no la obligación principal garantizada. Asimismo, podría aceptar el acreedor un nuevo fiador que sustituya al primitivo fiador u otra garantía (por ejemplo una prenda o una hipoteca), produciéndose en este caso una novación modificativa de la fianza. Del mismo modo se podría hacer efectiva la liberación consiguiendo el deudor principal un compromiso irrevocable del acreedor por el cual se comprometería a no dirigir reclamación frente al fiador por la fianza prestada; dicho compromiso irrevocable podría considerarse una renuncia tácita a la fianza.

De los supuestos de liberación, indicados en el párrafo anterior, (pago del deudor, renuncia a la fianza, incorporación nuevo fiador y promesa irrevocable de no reclamación), salvo el caso del pago por parte del deudor principal, en los demás se requiere el consentimiento del acreedor para que el deudor consiga la relevación de la fianza interesada por el fiador. Es relevante el hecho de que el acreedor no tiene ninguna obligación ni de renunciar a la fianza prestada, ni de aceptar un nuevo fiador en sustitución del fiador accionante, ni de efectuar promesa de no reclamación, al no resultar sujeto obligado de conformidad al art. 1.843 del Código civil. Así lo estableció de una forma clara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 29 de abril del 2002 indicando que “ ... *Es definitiva, una acción cautelar, de utilidad difícil de imaginar, porque la relevación de fianza requiere consentimiento del acreedor*

*afianzado ..... de lo que se infiere que dirigida la acción exclusivamente frente al deudor – STS 7 de mayo de 1997 y 17 de octubre de 1990 – para relevarle de una fianza que ha reconocido anteriormente ... puede declararse que existe la obligación de relevarle de la fianza si bien con efectos inter-partes .....Desde lo razonado en el anterior fundamento no ofrece duda que la acción se plantea entre fiador-deudor, lo cual es perfectamente válido sin necesidad de traer al acreedor, ya que se articula este derecho como garantía frente al deudor, sin que afecte en nada la resolución que se dicta al acreedor ... “.*

Interponiéndose la acción de relevación del art. 1.843 del Código civil el fiador interesará del Juez una sentencia de condena por la que se obligue al deudor a liberarle de la fianza prestada. Pero la satisfacción del interés del fiador no consiste sólo en obtener una sentencia declarativa favorable de condena, sino que precisará, caso de no cumplirse voluntariamente o de que no pueda cumplirse por el deudor, de la efectividad de dicho pronunciamiento, es decir, que realmente quede relevado de la fianza. Ante ello surge la pregunta ¿es ejecutable coactivamente dicha sentencia declarativa de condena?. Según GUILARTE ZAPATERO, dirigida contra el deudor principal la acción (relevación de la fianza) exige de éste la realización de una prestación de hacer que no es susceptible de ejecución forzosa específica y además, indica, que el derecho del fiador no le autoriza a imponer coactivamente el pago al deudor a favor del acreedor<sup>64</sup>. Por otro lado, dicha acción de relevación no permite al fiador exigir el pago de la deuda a su favor ya que dicha acción de relevación no supone un regreso anticipado, ni tampoco puede el fiador subrogarse en los derechos del acreedor y exigir el pago al deudor de la obligación principal<sup>65</sup>. Así, con respecto a que la acción de relevación no supone un regreso anticipado, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1990, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, afirma que “ ... el referido precepto indica el otorgamiento de unos delitos para

---

<sup>64</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2ª edición, Madrid, 1990, p. 268.

<sup>65</sup> Algunos autores han defendido que la liberación puede ser configurada como una subrogación anticipada. Así CAMPOGRANDE, *Fideiussione, Digesto Italiano*, XI, 2, Torino, 1926, p. 504. En contra FRAGALI, *Della fideiussione, Comentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obbligación, (art. 1936 – 1959), Bologna-Roma, 1968, p. 416 y GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2ª edición, Madrid, 1990, p. 298. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª edición, París, 1991, p. 468, en la misma línea, señala que el carácter preventivo del recurso antes del pago no permite exigir “*ni un remboursement anticipé, ni un paiement forcé du créancier*” (“*ni un reembolso anticipado ni un pago forzado del acreedor*”).

*pedir la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor, pero siempre que se den los requisitos del mencionado art. 1.843 del Código civil, y, aun dándose los mismos nunca le fundamentarían el ejercicio de una acción de reembolso sobre unos hipotéticos pagos aun no exigidos ni efectuados...”; en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 966/2003 (Sala de lo Civil) de 21 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, se indica que “ ... no permite esta norma, ni la declaración de una deuda, ..... ni la condena al reembolso .... “.*

Ante tal situación. ¿cuál debería ser la actuación del fiador en orden a hacer efectivo su derecho de relevación del art. 1.843 Código civil?. El fiador podrá, en ejecución de sentencia no dineraria, y en base a lo establecido en el art. 700 de la LEC, solicitar del tribunal medidas de garantía adecuadas para asegurar la efectividad de la condena, pudiéndose acordar también por el tribunal, a instancia del ejecutante, el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y de las costas procesales de la ejecución; dicho embargo se podría alzar si el ejecutado presta la caución, en cuantía suficiente, fijada por el tribunal al acordar el embargo; asimismo, y en base al art. 709 de la LEC, el ejecutante, defendiendo que la relevación de la fianza se trata de un hacer personalísimo incumplido, podría optar, ante el tribunal, entre pedir que siga adelante la ejecución a fin de entregarle un equivalente pecuniario de la prestación de hacer personalísima o solicitar una multa, en términos que se establecen en el precepto; ello estaría condicionado a que el tribunal resolviera favorablemente en el sentido que obligación de relevación de la fianza se trata de un hacer personalísimo. En el supuesto caso de que el tribunal no lo considerase así, en base al art. 706 de la LEC, el ejecutante podría optar entre pedir que se le faculte para encargar la ejecución a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios; siendo evidente que la primera opción es totalmente inviable<sup>66</sup>. En cualquier caso, tanto para determinar el equivalente pecuniario de la ejecución de hacer personalísima como la cantidad

---

<sup>66</sup> Así BOUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Trattato teorico-practico di Diritto Civile*, t XXIV, Milano, p. 1102, indica que ante los argumentos en contra alegados por Guillaouard, que exigía un título ejecutivo a favor del fiador, afirmaban que la sentencia de condena es título suficiente para poder ejecutar los bienes del deudor. Pero, hasta que el Tribunal no reconozca al fiador el derecho a ser indemnizado, el derecho de crédito del fiador no es líquido ni actual, por lo que el fiador no puede alegar la compensación sobre lo que el pueda deber al deudor principal.

correspondiente a los daños y perjuicios, serían de aplicación los art. 712 y sts de la LEC reguladores del procedimiento de alegación, acreditación y/o prueba de los daños y perjuicio y, finalmente, de su determinación. CASANOVAS MUSSONS, teniendo en cuenta los antecedentes del art. 1.843 del Código civil, llega a la conclusión de que, tanto la acción de relevación de la fianza como la acción de garantía, juegan de forma subsidiaria en todos los supuestos recogidos en el precepto<sup>67</sup> y así, en consecuencia, también podría aceptar el fiador, aunque no lo haya solicitado en el “petitum” de la demanda, la constitución de garantía a su favor que le asegure la eficacia de una eventual acción de regreso. No obstante lo anterior, es decir, haber introducido el art. 1.843 del Código civil, con respecto al art. 2.112 del Proyecto belga a cuyo tenor únicamente podía exigir el fiador que la cantidad objeto de la fianza fuera consignada, la prestación de caución o garantía por el deudor principal, ello no debe significar que en todo caso tenga que aceptar el fiador que el deudor constituya una garantía a su favor.

También, previamente, el fiador ha podido instar del tribunal las correspondientes medidas cautelares (art. 721 y sts de la LEC), y entre ellas el embargo preventivo, para asegurar la efectividad de la tutela judicial, tanto en el caso de que utilice la vía del equivalente pecuniario (art. 709 de la LEC) como la del resarcimiento de daños y perjuicios (art. 706 de la LEC).

No obstante la acción de relevación de la fianza, cuyo ejercicio compete al fiador, y los cauces procesales arriba mencionados, GUILARTE ZAPATERO es de la opinión que, ante el incumplimiento del deudor de su obligación de relevar o liberar al fiador, éste, efectivamente, se encuentra asistido de una acción de resarcimiento de daños, pero que dicha acción tendrá, indica, “.. *muy escasa eficacia, no sólo por la dificultad de concretar los perjuicios y acreditarlos, prueba que corresponde al fiador, sino por la propia situación en que el deudor se encuentra..*”<sup>68</sup>; aunque ésta última no tiene porque darse en todos los supuestos del art. 1.843 del Código civil, por ejemplo en el supuesto 3º (“*cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el*

---

<sup>67</sup> En este sentido, CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 215.

<sup>68</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2ª edición, Madrid, 1990, p. 299.

*plazo en que debe satisfacerse*”). No obstante, sin perjuicio de la dificultad de la acreditación de los daños, éstos realmente existen para el fiador, ya que éste, a causa del incumplimiento del deudor principal, se ve obligado a mantener su patrimonio sin poder disponer de la cantidad de dinero suficiente para así poder hacer frente a la fianza. Al respecto CORDERO LOBATO afirma que los daños derivados de la no liberación del fiador coincidirán exactamente con la cuantía del regreso, anticipado, del art. 1838 del Código civil, indicando asimismo su opinión contraria a que mediante un regreso anticipado el fiador pudiera subrogarse (art. 1.839 del Código civil) en las eventuales garantías que asegurasen el cumplimiento de la obligación principal, pues tal efecto sólo podría producirse por el pago<sup>69</sup>.

Por todo ello, a pesar de que el fiador tenga derecho, en virtud de lo establecido en el art. 1.843 del Código civil, a quedar relevado de la fianza en los supuestos que se contemplan, derecho incluso que puede ser reconocido en sentencia declarativa de condena, los daños y perjuicios correspondientes a su incumplimiento, así como el equivalente pecuniario, según el caso, deberán ser acreditados y valorados debidamente, con la dificultad que ello comporta cuando el fiador aun no ha efectuado pago alguno al acreedor y, por lo tanto, no ha sufrido perjuicio alguno en su patrimonio, como no sea, tal como arriba se ha apuntado, el tener que dejar parte de su patrimonio indemne ante la expectativa de que será inminente la ejecución de la fianza, por ejemplo, ante la particular situación de deudor, tanto por incumplimiento de la obligación principal como por insolvencia; es decir, que la inminente ejecución de la fianza por parte del acreedor puede suponer en el fiador un perjuicio consistente en que no pueda disponer de su patrimonio libremente, al menos en la parte correspondiente a la obligación garantizada.

La dificultad del cumplimiento por parte del deudor de su obligación de relevar de la fianza al fiador ha sido reconocida por la jurisprudencia. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 858/1995 de 6 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez –Pardo, indica que “...el art. 1.843, permite en los supuestos por él contemplados, ejercitar una acción para obtener la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de

---

<sup>69</sup> CORDERO LOBATO, E., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, núm. 40, 1996, p. 237 a 254.

*insolvencia del deudor. Es en definitiva, una acción cautelar, de utilidad difícil de imaginar, porque la relevación de la fianza requiere consentimiento del acreedor afianzado ...”*; de una manera más detallada observa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de mayo de 1992 que “...lo que ocurre, y de ahí la escasa jurisprudencia sobre la materia, es que tales clases de sentencias resultan de difícil ejecución pues los remedios que, conforme a lo establecido en el apartado final de la norma se concede al fiador contra el deudor principal, antes de haber pagado, se desdobra en dos acciones con distinto objetivo; una tendente a que le releve de la fianza y la otra a lograr una garantía ... Es decir que el deudor debe relevar al fiador, liberándolo de la responsabilidad que contrajo frente al acreedor, o debe garantizarle el ejercicio de la acción de regreso, susceptible de ejercitarse tan pronto pague el fiador. El primer remedio, consistente en la relevancia de la garantía asumida, sólo puede lograrla el deudor principal, según afirma GUILARTE ZAPATERO, mediante dos procedimientos: bien pagando la obligación fiada, bien llegando a un acuerdo con el acreedor para que éste renuncie a la fianza o a su ejercicio. Pero ante la negativa o la imposibilidad del deudor a pagar, la doctrina se muestra contraria a la posibilidad de una ejecución forzosa y específica de la obligación, por entender que el fiador carece de acción directa contra el deudor para imponerle el cumplimiento coactivo de la obligación fiada o para procurar al acreedor tal cumplimiento ...”.

Por otro lado, de la acción del fiador dirigida a obtener la relevación de la fianza se pueden extraer dos funciones; una “función preventiva”, que tiene como finalidad la tutela anticipada de los intereses del fiador que al tratar de evitar el cumplimiento de su obligación de garantía quiere anticiparse a la posible actuación coactiva del acreedor, y, por otro lado, una “función de presión” frente al deudor y a favor del acreedor, es decir, induciendo al deudor a realizar el pago de la obligación principal, y, en consecuencia, liberando al fiador de la obligación accesoria<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> En este sentido, FRAGALI, *Della fideiussione, Commentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obbligazioni, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 417 y SIMLER, *Cautionnement et garanties autonome*, 2<sup>o</sup> ed., París, 1991, p. 468, la consideran media de presión útil en los supuestos recogidos en los últimos números del art. 2032 del Código civil francés, ya que “una telle demande pourrait tout au plus constituer un utile moyen de forcer indirectement le débiteur à payer le créancier” (“una tal petición podría constituir un útil medio de forzar indirectamente al deudor que pague al acreedor”)

#### IV. La acción de garantía

También se introduce en el art. 1.843 del Código civil, junto con la acción de relevación, una acción (“acción de garantía”) mediante la cual el fiador, concurriendo los supuestos previstos en la norma, tiende a “...obtener... una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor”. En este sentido, el art. 1.843 del Código civil parte de la hipótesis de que es inminente que el fiador va a cumplir la obligación fideiusoria y, después del pago, es previsible que le va a resultar muy difícil recuperar la cantidad pagada cuando ejercite la acción de regreso o la acción subrogatoria. Para ello dicho precepto faculta al fiador para exigir al deudor principal que, antes del pago al acreedor, constituya una garantía o caución que le ponga a cubierto del peligro que previsiblemente pueda sufrir.

En un primer análisis de los supuestos contenidos en el art. 1.843 del Código civil, y concretamente de los supuestos 1º (“cuando se ve demandado judicial para el pago”), 2º (“en caso de quiebra, concurso o insolvencia”<sup>71</sup>) y 4º (“cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse”), se podría concluir que esta acción, dirigida a obtener una garantía o caución, es la más adecuada para dichos supuestos, ya que el ejercicio de la acción de relevación de la fianza en los mismos seguramente resultará inútil. Efectivamente, en estas situaciones (supuestos 1º, 2º y 4º) es difícil que el deudor pueda relevar de la fianza al fiador mediante el pago de su deuda o llegar a un acuerdo con el acreedor para que éste renuncie a la fianza prestada, ya que se podría deducir que si el acreedor ha iniciado procedimiento judicial frente al fiador en reclamación de su deuda esto significa que no tiene intención de renunciar al cobro de la misma, ni tampoco que el deudor tiene intención de cumplir la deuda si ésta ya ha vencido, es exigible y continúa impagada por su parte, así como que la situación concursal en la que se encuentra el deudor seguramente obligará al acreedor a utilizar la vía de la ejecución de la fianza para el cobro de su crédito<sup>72</sup>; ello sin

<sup>71</sup> Ahora hay que entender “situación concursal” por la nueva normativa introducida por Ley 22/2003 de 9 de julio, por la se deroga las situaciones concursales antiguas de suspensión de pagos, quiebra, concurso de acreedor y quita y espera, refundiéndolas en un sólo procedimiento.

<sup>72</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 211, indica que desde luego el acreedor no está, por supuesto, obligado a realizar la liberación, ni tampoco será frecuente hallarle dispuesto a ello, dada la comprometida situación económica del deudor, que es, en última instancia, lo que habrá motivado el recurso del fiador. Todo lo contrario, el acreedor estará interesado en que la fianza, si no el fiador, continúe.

perjuicio de las dificultades que el supuesto 2º (“.. *En caso de quiebra, concurso ...*”) presenta, tal como será analizado en este trabajo.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia al referirse a las acciones del art. 1.843 del Código civil no las limita a ninguno de sus supuestos. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1990, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, indica que “... *lo que no tiene cuestión alguna, es la facultad que tiene todo fiador, a tenor de lo dispuesto en el ya mencionado artículo 1843 del Código civil, de obtener, como ya se ha dicho, relevación de la fianza, y en el caso de que esto no sea posible, a conseguir una garantía que le salvaguarde de las acciones del acreedor, y, en su caso, de la insolvencia del deudor...*”; en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 1997, ponente: Excmo Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, “...*Esta acción se dirige exclusivamente contra el deudor, y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada, caso de que el acreedor no consienta en relevarle de la garantía, cosa que depende exclusivamente de su voluntad; no hay precepto legal que a ello le obligue ...* “. También ha sido tratado el tema en la jurisprudencia menor, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 103/2003 (sección 8ª) de 21 de marzo, indicando que “...*En suma, entiende la doctrina que ejercitado el derecho por el fiador, corresponde al deudor optar por relevarle de la fianza asumida o garantizarle, pero si voluntariamente el deudor no procura ninguno de dichos resultados, la única medida eficaz que asiste al fiador será la de trabar los bienes de aquél mediante el oportuno embargo preventivo...* “; en este mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de mayo de 1992.

Por ello, se podría concluir que las acciones de liberación y garantía del art. 1.843 del Código civil no juegan de modo indiscriminado de forma que, concurriendo cualquiera de los supuestos enumerados en el precepto, la acción pueda dirigirse, conjunta o indistintamente, a la consecución de una u otra finalidad. En consecuencia, no debería ser correcto el que corresponda al deudor, una vez que el fiador ha ejercitado la acción, optar por relevarle de la fianza asumida o por garantizarle en los términos del art. 1843

del Código civil, como parece entenderlo comúnmente la doctrina<sup>73</sup>. Es decir, en el art. 1.843 del Código civil se recogen dos acciones distintas (“relevación” y “garantía”) que el fiador podrá ejercitar según la circunstancia concreta que concurra. Cada una de dichas acciones tiene un presupuesto distinto y una finalidad diferente, por ello no parece que lo procedente sea que el fiador se deba limitar a ejercitar la acción de relevación de una forma genérica cuando concurra cualquiera de los supuestos previstos en el precepto y que sea el deudor el que elija si libera al fiador o constituye garantía o caución a su favor. La razón de dicho argumento estriba en que en alguno de los supuestos (supuesto 1º, 2º y 4º) la acción procedente a ejercitar por el fiador será la de “garantía”, y en cambio en otros supuestos (por ejemplo el supuesto 3º “... *cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza ...*”) lo que procederá será la “acción de relevación” de la fianza, aunque subsidiariamente se aplicaría la de “garantía”. En cambio, CASANOVAS MUSSONS, al respecto, estima que a pesar de la fórmula disyuntiva del art. 1.843 del Código civil (“...*tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía ...*” el objetivo prioritario del fiador será la obtención de su libertad; así la garantía se presenta entonces como una solución de recambio ante el fracaso de las negociaciones dirigidas a aquél fin, entre el deudor y al acreedor, es decir, que la garantía se presenta como la alternativa de la liberación, remarcando el carácter subsidiario de la garantía, indicando que ello resulta muy claro en el supuesto 3º del art. 1.843 del Código civil<sup>74</sup>. Por el contrario, PEREZ ALVAREZ afirma que alguno de los supuestos que recoge el art. 1.843 del Código civil reclaman como consecuencia lógica la liberación del fiador (por ejemplo en los supuestos 3º y 5º) y otros requieren de por sí la consecuencia de que el deudor constituya una garantía y no la relevación de la fianza (por ejemplo supuestos 1º, 2º y 4º)<sup>75</sup>.

La acción de garantía del art. 1.843 del Código civil tiene naturaleza cautelar ya que tiende a prevenir el posible daño a sufrir en el patrimonio del fiador si tras el pago de la

<sup>73</sup> Por todos. GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª edic, Madrid, 1990, p. 299., indicando que “... *ejercitado su derecho por el fiador, entiende la doctrina comúnmente que corresponde al deudor optar por relevarle de la fianza asumida o por garantizarle en los términos apuntados...*”.

<sup>74</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 215.

<sup>75</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 265.

obligación fiada al acreedor la correspondiente acción de regreso resulta infructuosa<sup>76</sup>. Este carácter de cautelar es admitido por la jurisprudencia, así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 858/1995 (Sala de lo Civil) de 6 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo, se indica que “ ... *El artículo 1.843, permite en los supuestos por él contemplados, ejercitar una acción para obtener la relevación de fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Es en definitiva, una acción cautelar...*”; en el mismo sentido la jurisprudencia menor, así Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17ª) de 29 de abril del 2002 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 428/2003 (sección 3ª) de 17 de julio. No obstante no hacer distinción la jurisprudencia entre la acción de relevación y la acción de garantía a la hora de catalogarlas como acciones cautelares, realmente la única acción cautelar es la acción de garantía, ya que la acción de relevación de la fianza lo único que pretende es que el fiador quede liberado de la relación obligatoria de la fianza, es decir, tiene como finalidad impedir que el fiador tenga que hacer frente al pago de la obligación principal. En consecuencia, la primera quiere impedir el pago, en cambio la acción de garantía (acción cautelar) quiere evitar los efectos negativos del pago en el patrimonio del fiador.

Ahora bien, ¿qué tipo de garantía deberá prestar el deudor principal ante la pretensión del fiador?. El art. 1.843 del Código civil nada indica al respecto, por lo que se podría deducir que la garantía a prestar por el deudor podrá ser de cualquier clase, siempre que cumpla la finalidad perseguida en el precepto, es decir que ponga al fiador “ .... *a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor ...*”); así, por ejemplo, podría constituirse un depósito judicial<sup>77</sup>, así como la constitución de una garantía real<sup>78</sup> o personal<sup>79</sup>. Al respecto es de destacar que la

---

<sup>76</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 193, indica que el perjuicio del fiador no consiste tanto en tener que pagar al acreedor, como en tener que hacerlo sin probabilidades de recuperar del deudor su indemnidad.

<sup>77</sup> El artn 2112 del Anteproyecto belga de Laurent autorizaba al fiador a exigir que se depositara el importe de la garantía. Dicha autorización no pasó a nuestro CC, por lo que parece que será el deudor el que podrá decidir el tipo de garantía a constituir a favor del fiador en cumplimiento de lo establecido en el art. 1843 CC.

<sup>78</sup> Así el art. 1861 del Código civil establece que “*los contratos de prenda e hipoteca puede asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria*”.

<sup>79</sup> FRAGALI, *Della fideiussione, Comentario del Codice civile*, , Delle obligación, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 414, señala que la garantía puede ser cumplida mediante “*deposito caucionale, mediante perno, hipoteca o fideiussione ulteriore; può servire allo scopo anche un sequestro conservativo*”. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª edición, París, 1991, p. 468, señala

constitución de la garantía por parte del deudor puede convertir el derecho eventual del fiador en un crédito preferente frente al del resto de los acreedores del deudor, por ejemplo, en el caso de que se constituya como garantía un derecho real de prenda o hipoteca. También se podría constituir garantía personal de tercera persona (“contragarantía”) que tenga por objeto asegurar el derecho de reembolso del fiador, una vez efectuado el pago<sup>80</sup>, así el garante es, en este caso, un fiador de la obligación de reembolso del deudor principal frente al fiador; la obligación garantizada es un obligación condicional que depende de una “*conditio iuris*”, es decir, el pago por el primer fiador y la consiguiente producción “*ex lege*” de la obligación de reintegro y de reembolso. De esta forma, cumpliendo la finalidad del art. 1.843 del Código civil, la elección de la garantía a prestar podría pensarse que corresponde al deudor y no al Juez, que sólo intervendrá a falta de acuerdo entre las partes<sup>81</sup>; pero, en todo caso, la garantía a prestar por el deudor principal deberá ser suficiente, debiéndose interpretar el criterio de “suficiencia” como bastante para cubrir el derecho de reembolso del fiador.

En el caso de que la garantía prestada por parte del deudor fuere un derecho real de prenda, supondría tener que admitir el nacimiento condicional de un derecho de crédito a favor del fiador y en contra del deudor principal, ya que según el art. 1.857 del Código civil es requisito, entre otros, esencial de los contratos de prenda, y también de hipoteca, que “*se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación*

---

que será el Juez el que designe la garantía que le parezca más adecuada en cada caso concreto, pero estima que la más eficaz, en general, será la consignación de la cantidad necesaria para el reembolso posterior al fiador en el supuesto de que tenga que hacer frente al pago de la obligación principal. DELGADO ECHEVARRIA, *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ BERDEJO, tomo II, vol. II, Barcelona, 1979, p. 357, en el mismo sentido dice que “*podrá ser de cualquier clase, ya que nada dice la ley, real o personal*”. CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 194, afirma que no parece que la garantía deba entenderse restringida en ningún sentido. Lo que se pretende con la garantía es asegurar al fiador, que permanece obligado, su eventual derecho de crédito de regreso contra el deudor afianzado. Parece, por lo tanto, que deberá admitirse cualquier medida que ofrezca al fiador esa seguridad. En el último párrafo 775 BGB se indica que “*si la obligación principal no está aun vencida, el deudor principal puede prestar caución para el fiador, en lugar de liberarle*”; en los párrafos 232 y sts regulan la prestación de seguridad o caución, así en el párrafo 232 se indica que quien ha de prestar seguridad pueda hacerlo “*mediante consignación de dinero o títulos valores, mediante pignoración de créditos que estén inscritos en el Registro de deudas, pignoración de cosas muebles, constitución de hipotecas sobre fincas.....*”.

<sup>80</sup> El garante es un fiador de la obligación de reembolso del deudor principal frente al fiador (que en este caso es acreedor). La obligación garantizada es una obligación condicional que depende de una “*conditio iuris*” que es el pago por el primer fiador y la consiguiente producción “*ex lege*” de la obligación de reintegro y de reembolso por parte del deudor principal.

<sup>81</sup> FRAGALI, *Della fideiussione, Comentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obligación, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 461, indica que la doctrina italiana se apoya en tal sentido en el art. 1179 según el cual “*chi è tenuto a dare una garanzia, senza che en siano determinati il modo e la forma, può prestare a su scelta un ‘idonea garanzia reale o personale, ovvero altra sufficiente cautela*”

*principal*”, si bien también el art. 1.861 del Código civil admite que “*los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria*”; es decir, debería entenderse que el derecho de crédito (derecho de reembolso) del fiador frente al deudor principal se haya sometido a una condición suspensiva consistente en que cumpla el hecho de la reclamación del acreedor al fiador y el pago de la obligación garantizada por éste último. En el caso de que la garantía a prestar por el deudor lo sea un derecho real de hipoteca nos encontramos con que el art. 142 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que aprueba el texto refundido de Ley Hipotecaria, dispone que “*.. la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse..*”<sup>82</sup>. Por su parte, en el art. 648 del Código civil portugués<sup>83</sup> se da derecho al fiador a exigir al deudor “*prestação de caução*” en los supuestos que en el precepto se detallan, utilizando el término “caución” en un sentido amplio que comprende todos los casos en que la ley, o un pacto “*inter partes*”, exige la prestación de cualquier garantía sin especificar cual sea ésta<sup>84</sup>; asimismo se establece en el art. 623.3 del Código civil portugués que si no hay acuerdo entre las partes corresponde a los tribunales apreciar la idoneidad de la garantía<sup>85</sup>.

El fiador, una vez intentado sin éxito que el deudor principal le preste la garantía o caución del art. 1.843 del Código civil, puede instar judicialmente la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad de una posible sentencia estimatoria; así le faculta el art. 721 de la LEC indicando que “*...Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar*

---

<sup>82</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2ª edición, Madrid, 1990, p. 381, indica que aunque el art. 1861 del CC no lo recoge expresamente, no es dudoso que la garantía real puede no sólo constituirse para asegurar una deuda preexistente al nacimiento de aquélla o contraída simultáneamente, sino también es apta para garantizar una obligación futura o simplemente eventual.

<sup>83</sup> Indica el art. 648 del CC portugués que “*e permitido ao fiador exigir a sua liberação, ou a prestação da caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor, nos casos seguintes...*”.

<sup>84</sup> En el art. 624.1 del CC portugués se indica que “*se alguém for obrigado ou autorizado por negocio jurídico a presta cação, ou esta for imposta pelo tribunal, é permitido prestá-la por meio de qualquer garantia, real ou pessoal*”.

<sup>85</sup> Indica el art. 623.3 CC portugués que “*cabe au tribunal apreciara idoneidade da caução, sempre que nao haja acordo dos interessados*”.

*la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare..*”. Dichas medidas cautelares podrán ser solicitadas por el fiador con anterioridad a la presentación de la demanda judicial, junto con la demanda o posteriormente, en los términos y condiciones establecidos en el art. 730 de la LEC. En el caso de que solicite las medidas cautelares con anterioridad a la demanda (“*ante causam*”) deberá presentar la correspondiente demanda judicial en el plazo de 20 días contados desde la adopción de las medidas cautelares<sup>86</sup>.

Pero ¿qué medida cautelar, de entre las que establece la LEC, en especial su art. 727, será la más apropiada para los intereses del fiador?. Posiblemente la medida cautelar más apropiada para el fiador lo sea el embargo preventivo de bienes del deudor principal. A este respecto el art. 726 de la LEC indica que “*..el tribunal puede acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquiera actuación, directa o indirecta, que cumpla las características siguientes: 1ª. Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que se pueda otorgar en una sentencia estimatoria eventual, de manera que no se pueda ver impedida o dificultada por situaciones producidas durante la litispendencia del proceso correspondiente; 2ª. No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos de la apartado precedente, pero menos costosa o perjudicial para el demandado..*”; y en el art. 727 de la LEC se indica que “*..De conformidad con el que se establece en el artículo anterior, se pueden acordar, entre otras, las medidas cautelares siguientes. 1ª. El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos. Fuera de los casos del párrafo anterior, también es procedente el embargo preventivo si es una medida idónea y no sustituible por otra que tenga la misma eficacia o superior y menor para el demandado..*”.

Con la medida cautelar de embargo preventivo se asegurará la ejecución de la futura

---

<sup>86</sup> Así el art. 730 de la Ley 1/2000 del 7 de enero de Enjuiciamiento Civil establece que “*1. Las medidas cautelares se han de solicitar, ordinariamente, juntamente con la demanda principal..... 2. También se pueden solicitar medidas cautelares antes de la demanda si quien en aquellos momento las demanda alega y acredita razones de urgencia o necesidad. En este caso, las medidas que se hayan acordado quedan sin efecto si la demanda no se presenta delante el mismo tribunal que haya conocido la solicitud de aquellas medidas en los 20 dias siguientes a su adopción*”.

sentencia estimatoria de condena a un hacer personalísimo como lo es la constitución de la caución o garantía por parte del deudor o su equivante pecuniario, en la forma examinada en el apartado anterior correspondiente a la acción de relevación de la fianza. Así, podrá evitar las consecuencias perjudiciales para el fiador consistentes en que mientras está en tránsito el proceso principal, en el que se interesa la sentencia de condena al deudor del hacer personalísimo (constitución de la caución y/o garantía), el deudor principal devenga insolvente.

Es decir, junto con la demanda<sup>87</sup>, el fiador podrá solicitar del Tribunal que se adopten las correspondientes medidas cautelares para asegurar la efectividad de la tutela judicial, para así poder obviar los riesgos que la duración del proceso pueda suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo. Al respecto, se ha planteado por la doctrina si el término “*garantía*” del art. 1.843 del Código civil tiene un sentido sustantivo y técnico (pe: nueva fianza, prenda, hipoteca...) o se refiere únicamente a medidas cautelares de carácter procesal<sup>88</sup>. En realidad, lo que podrá interesar en la demanda el fiador es que se condene al deudor principal a constituir una caución o garantía, en los términos que establece el citado precepto (sentido sustantivo y técnico), pero para evitar los riesgos que la litispendencia del proceso le pueda ocasionar y que no vea perjudicado su derecho reconocido en una sentencia de condena estimatoria futura, podrá interesar del juzgado, en base a lo establecido en el art. 721 y sts de la LEC, las medidas cautelares que estime oportunas.

Tal como arriba se ha apuntado, la medida cautelar que parece más apropiada para la defensa de los intereses del fiador parece ser el embargo preventivo, ahora bien ¿es la única adoptable?. La contestación a dicha pregunta la encontramos en el contenido del art.726 de la LEC, en su apartado primero, cuando indica que “*..El Tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características..*”<sup>89</sup>;

---

<sup>87</sup> También como se ha dicho podrán solicitarse antes y después de la demanda (art. 730 de la LEC)

<sup>88</sup> Así, CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 215.

<sup>89</sup> Dice el art. 726 de la LEC “*1. El tribunal puede acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y los derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que cumpla las características siguientes: 1ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que se pueda otorgar en una sentencia estimatoria eventual, de manera que no se pueda ver impedida o dificultada pe situaciones producidas durante la litispendencia del proceso correspondiente. 2ª No ser*

del mismo modo en el art. 727 de la LEC, en donde se relacionan los tipos de medidas cautelares, en el apartado 11ª se indica, a modo de “cajón de sastre”, que podrán adoptarse “ *..las otras medidas que para la protección de determinados derechos, prevean expresamente las leyes o que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que se pueda otorgar en la sentencia estimatoria que se dicte en el juicio ..*”.

Con la nueva Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil ha dejado de plantearse la vieja polémica doctrinal<sup>90</sup> sobre la admisión en estos supuestos de la medida cautelar de embargo preventivo; así en la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, en su art. 1.400 se exigía, entre otros, como requisito para poder decretar el embargo preventivo que “*... con la solicitud se presente documento del que resulte la existencia de la deuda ...*”, admitiéndose también en el art. 1401 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil que el título presentado no fuera ejecutivo, pero, en cualquier caso, debía de tratarse de una deuda cuya existencia pudiera documentarse.

Con la nueva Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, concretamente del contenido de los art. 721 y sts., no existe ninguna dificultad para que el fiador pueda interesar del juzgado la adopción del embargo preventivo como medida cautelar<sup>91</sup>, así como cualquier otra medida cautelar que resulte pertinente, como por ejemplo la medida

---

*susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos costosa o perjudicial para el demandado..”*

<sup>90</sup> LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, RCDI, 1981, vol 1, p. 755, se manifestaba contrario, alegando que el fiador ni todavía es acreedor ni tiene título ejecutivo.

<sup>91</sup> En el art. 732 de la Ley /2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil se indica que “*la solicitud de medidas cautelares se ha de formular con claridad y precisión y se ha de justificar cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción. Se han de adjuntar la solicitud los documentos que le den soporte o se ha de ofrecer la práctica de otros medios para acreditar os que presupuestos que autorizan la adopción de medida cautelares*”. En el art. 728 de la citada Ley se establece que “*Sólo se pueden acordar medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, se pueden producir durante la litispendencia del proceso, si no se adoptan las medidas solicitadas, situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que se pueda otorgar en una sentencia estimatoria eventual. El solicitante de medidas cautelares también ha de presentar los datos, argumentos y las justificaciones documentales que conduzcan a que el tribunal fundamente, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable de su pretensión. Si no hay justificación documental, el solicitante la puede ofrecer por otros medios*”.

indicada en el apartado 6ª del art. 727 de la LEC (“..*otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución..*”)<sup>92</sup>.

De la nueva regulación procesal contenida en los art. 721 y sts. de la LEC, sobre las medidas cautelares, no se desprende la necesidad de que tenga que poseer el solicitante un título ejecutivo, ni tampoco un soporte documental, ni un derecho de crédito vencido y exigible, ya que según lo dispuesto por el art. 721 de la LEC “.. *Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare..*”; en el art. 732.2 de la LEC “.. *Se acompañará a la solicitud los documentos que la apoyen (solicitud de las medidas cautelares) o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares...*”; en el art. 728.1 de la LEC “... *Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria ...*”, así como en su apartado 2º .. “ *El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios ...* “.. Concretamente en cuanto a la medida cautelar de embargo preventivo se establece en el art. 727, apartado 1º, de la LEC que “...*El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas*

---

<sup>92</sup> LAURENT, *Principii di Diritto civile*, 2ª ed., vol. XXVIII, Milano, p. 204, al comentar el art. 2032 del Code se manifestaba contrario a la posibilidad de obtener el embargo preventivo, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 551 exigía un título ejecutivo, que requería un derecho cierto y exigible, derecho que el fiador no tenía. En las anotaciones al art. 2112 del Anteproyecto belga observa que el Código civil francés, precedente del art. 2112, se limita a decir que el fiador puede accionar contra el deudor para que éste le indemnice. La ley no dice en que consiste esta indemnización y el silencio del Código ha dado lugar a dos opiniones que no tienen fundamento. Se sostiene que el fiador tiene derecho a embargar los bienes del deudor y que el virtud del art. 2032 puede ejercitar los derechos del acreedor. La disposición del Anteproyecto sí dice en que consiste el derecho del fiador, excluyendo por ella misma toda otra garantía que pueda reclamar a su favor. El último párrafo del art. 2112 del Anteproyecto belga decía “*la caution peut demander que le montant de l’indemmité soi consigné*”. Este párrafo no pasó al Anteproyecto de 1882 ni se recoge en el art. 1843 del CC.

*fungibles computables a metálico por aplicación de previos ciertos. Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado...”. De esta forma, parece que la manera más efectiva que tiene el fiador de asegurar el buen fin de su derecho de reembolso, será asegurando la suficiencia patrimonial del deudor principal, mediante la solicitud al juez de la correspondiente medida cautelar, especialmente la de embargo preventivo de los bienes del deudor principal, la anotación preventiva de la demanda, “...Otras anotaciones registrales, en los casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución ...” o cualquier otra medida cautelar que estime procedente de las enumeradas en el art. 727 de la LEC<sup>93</sup>.*

Esta es también la solución adoptada por el art. 625 del Código civil portugués que dispone que ante la falta de prestación de caución, en todos los supuestos en que la ley, el negocio realizado entre las partes o el juez la impongan, el acreedor de la misma tiene derecho a pedir “.. o registo de hipoteca sobre os bens do devedor, ou outra cautela idónea, salvo se for diferente a solução especialmente fixada na lei ..”.

Tal como se defendido en este apartado, cuando concurra cualquiera de los hechos contenidos en los supuestos 1º (demanda judicial), supuesto 2º (situación concursal) y supuesto 4º (deuda exigible) del art.1.843 del Código civil, es previsible que la actuación del acreedor será hacer efectivo su crédito ejecutando la fianza, es decir, dirigiéndose frente al fiador para que éste le haga efectiva la obligación garantizada. El fiador, sin perjuicio de que haya ejercitado las acciones del art. 1.843 Código civil, especialmente solicitando la constitución de caución o garantía, e incluso haberla obtenido y haberse constituido, puede, sin embargo, siempre que no haya renunciado expresamente al beneficio de excusión, o que la deuda sea solidaria o concurren cualquiera de las otras circunstancias contenidas en el art. 1.831 del Código civil,

---

<sup>93</sup> Establece el art. 727 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil en su apartado 11 que “*las otras medidas que, para la protección de determinados derechos, prevean expresamente las leyes o que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que se pueda otorgar en la sentencia estimatoria que se dicte en el juicio*”.

oponer al acreedor, ante la reclamación de pago, el beneficio de excusión del art. 1830 del Código civil<sup>94</sup> señalando, al respecto, bienes suficientes.

Es ilustradora al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba del 15 de mayo de 1992, en la que se indica que “... *Lo que ocurre, y de ahí la escasa jurisprudencia sobre la materia, es que tales clases de sentencias resultan de difícil ejecución, pues los remedios que, conforme a lo establecido en el apartado final de la norma se concede al fiador contra el deudor principal, antes de haber pagado, se desdobra en dos acciones con distinto objetivo; una tendente a que le releve de la fianza, y otra a lograr una garantía que le ponga a cubierto de los riesgos que el propio precepto enuncia. Es decir que el deudor debe relevar al fiador, liberándole de la responsabilidad que contrajo frente al acreedor, o debe garantizarle el ejercicio de la acción de regreso ..... la cuestión surge cuando el deudor se niega a prestar la garantía solicitada o no la ofrece con las características necesarias para asegurar al fiador. La doctrina entiende que por tratarse de una obligación de hacer no es fácil admitir que pueda ser suplida su voluntad a los efectos de la constitución de la garantía, pero observa Cossio que, ante la negativa injustificada del deudor, podrá el fiador obtener un embargo preventivo de sus bienes. En su suma, entiende la doctrina que ejercitado su derecho por el fiador, corresponde al deudor optar por relevarle de la fianza asumida o por garantizarle, a pero si voluntariamente el deudor no procura ninguno de dichos resultados, la única medida eficaz que asiste al fiador será la de trabar los bienes de aquél mediante el oportuno embargo preventivo...*”; en el mismo sentido, y utilizando exactamente los mismos argumentos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 103/2003 del 21 de marzo.

## **V. Las acciones de relevación y garantía en el Derecho foral**

---

<sup>94</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 435, indica que el beneficio de excusión es una facultad que la Ley atribuye al fiador y que tiene como finalidad paralizar la pretensión ejecutiva del acreedor dirigida contra él. El fundamento de dicho beneficio se encuentra en 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. Debe llevarse acabo mediante señalamientos de bienes del deudor después de que el acreedor le requiera al pago. Los bienes señalados han de ser suficientes para cubrir el importe de la deuda y han de ser realizables dentro del territorio español.

En el Derecho foral, concretamente, en la Compilación de Navarra (Ley 1/1973 de 1 de marzo) se establece en el título IX, capítulo II, ley 530 que “ *..el fiador podrá solicitar por vía judicial que se impida la enajenación o gravamen de bienes del deudor y que se practique en el Registro la correspondiente anotación preventiva, a no ser que aquél le dé fianza de su eventual obligación de reembolso..*”<sup>95</sup>.

A la vista del la ley 530 de la Compilación lo primero que llama la atención es que la facultad que se otorga al fiador de impedir la enajenación o gravamen de bienes del deudor principal y de pedir la anotación preventiva en el Registro correspondiente, no la sujeta el precepto a ningún supuesto de hecho, al contrario de lo que sucede con el art. 1843 del Código civil, lo que supone que, cuando sea aplicable a la fianza la citada Compilación, el fiador podrá ejercitar dichas facultades en todo caso.

No obstante lo anterior, ambos preceptos tienen una finalidad que es coincidente. Por una parte, la ley 530 de la Compilación trata de mantener la solvencia patrimonial del deudor principal para que no se vea perjudicada la posible acción de reembolso, pudiendo el deudor principal evitar que el juez tome las citadas medidas de conservación del patrimonio, garantizando la obligación de reembolso del deudor. Por otra parte, en el art. 1.843 del Código civil se autoriza al fiador a exigir al deudor a fin de que constituya a su favor una garantía para asegurar el buen fin de la acción de reembolso, no desprendiéndose de su contenido ningún dato que pueda hacer pensar, a semejanza de lo establecido en la ley 530 de la Compilación de Navarra, que el fiador pueda impedir que el deudor principal enajene o grave sus bienes. No obstante, cuando dicha enajenación o gravamen pueda suponer que concurra cualquiera de los supuestos contenidos en el art. 1.843 del Código civil, podrá el fiador, mediante el ejercicio de las acciones (relevación o garantía) que el citado precepto contempla, indirectamente asegurarse de que dichas enajenaciones o gravámenes no afecten a su derecho de reembolso.

## **VI. El ejercicio de las acciones de relevación y garantía**

### ***1. Ideas previas***

---

<sup>95</sup> La Ley 530 de la Compilación de Navarra tiene como antecedente el Fuero General 3,17,3.

La legitimación para ejercitar las acciones contenidas en el art. 1.843 del Código civil la ostenta el fiador, tanto se haya obligado mediante fianza simple o mediante fianza solidaria<sup>96</sup>. Sin embargo, dichas acciones son particularmente útiles para el fiador que se ha obligado solidariamente, así como en los casos en que haya renunciado al beneficio de excusión. En la fianza simple le será más fácil, o práctico, al fiador oponer el beneficio de excusión, señalando bienes suficientes del deudor principal, que no ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil; en cambio cuando no cabe que el fiador oponga el beneficio de excusión, bien porque se ha renunciado o porque la fianza es solidaria, es cuando resultan más útiles para el fiador el ejercicio de las acciones de relevación y garantía del art. 1.843 del Código civil<sup>97</sup>. Quizás por ello en el art. 648 del Código civil portugués se incluye, entre los supuestos que dan derecho al fiador a exigir su liberación o una caución a su favor, el hecho de que después de asumida la fianza se vuelva imposible demandar al deudor principal o ejecutar sus bienes en el continente o en las islas adyacentes<sup>98</sup>.

Por otro lado, es clarificadora la delimitación que efectúa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 525/2004 de 16 de julio, de las acciones del art. 1.843 del Código civil con respecto a la acción de reembolso, indicando que “... *La acción de relevación de fianza se dirige, en palabras de la sentencia 17.5.87, exclusivamente contra el deudor, y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria*

---

<sup>96</sup> El código civil en su art. 1822 sigue la regla de la subsidiariedad de la fianza a pesar de que las partes, de mutuo acuerdo, puede establecer que la fianza sea solidaria. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 463, afirma que en la fianza solidaria debe diferenciarse el régimen de la relación interna (deudor-fiador), al que se aplican las normas de la fianza, y el régimen de la relación externa (fiador-acreedor), al que se aplican las normas de la solidaridad. PEREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 113, en cambio opina que los autores que han estudiado la fianza solidaria con cierto detenimiento coinciden en señalar que los supuestos de solidaridad entre deudor y garante habrán de regularse por las normas de la fianza, a salvo las relativas al beneficio de excusión. Asimismo, y por lo que respecta a la jurisprudencia, comprobamos como el modo habitual de decidir cuestiones relativas al régimen jurídico de la fianza solidaria consiste en aplicar a la misma las reglas de la fianza, excluyendo las atinentes al beneficio de excusión y complementando este régimen con las normas que, para los casos de solidaridad, facultan al acreedor a exigir la deuda de cualquiera de los obligados.

<sup>97</sup> En el Derecho italiano la solidaridad es una característica natural de la fianza que sólo se excluye cuando las partes expresamente pactan la subsidiariedad, así en el art. 1944 se indica que “*il fideussore è obbligato in solido con debitore principale al pagamento del debito*”. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª edic, París, 1991, p. 472, indica que la legitimación activa para el ejercicio de la acción contenida en el art. 2032 del Code la ostentan “*toutes les cautions; seulement les cautions*”, siempre que se encuentren en una de las situaciones previstas por el precepto.

<sup>98</sup> Así el art. 648 letra c) hace una remisión a la letra b) del art. 640, estableciendo este último dos excepciones al beneficio de excusión: 1. que es consecuencia de la declaración de voluntad de renuncia del fiador y 2. que es consecuencia de la imposibilidad de ejecutar o de demandar al deudor en el territorio continental o en las islas adyacentes.

*por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada caso de que el acreedor no consienta relevarle de la garantía, lo que depende exclusivamente de su voluntad, mientras que la acción de reembolso (art. 1838 C.c.), persigue la indemnización contra el deudor para los casos en el fiador haya pagado al acreedor (sentencias, también, de 24.1.91 y 3.7.98) .....”.*

Al este respecto también la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta diferencia, así en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1990, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, se indica que “...*el referido precepto indica el otorgamiento de unos delitos para pedir la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor, pero siempre que se den los requisitos del mencionado art. 1.843 del Código civil, y, aun dándose los mismo nunca fundamentarían el ejercicio de una acción de reembolso sobre unos hipotéticos pagos aun no exigidos ni efectuados...*”; en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 966/2003 (Sala de lo Civil) de 21 de octubre “ .... *El art. 1.843 del Código civil contempla, entre los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor, una protección al primero, de los riesgos que se puedan dar en las situaciones que contempla; una de ellas, la del número 4º es la de exigibilidad de la deuda; y el efecto es que el fiador tiene una doble acción: exigir la relevación de la fianza, que no ha sido el caso presente, o una garantía, una contrafianza; pero no el que le reembolse, si ha pagado, lo que haya pagado (lo cual sería otra acción) o se le declare una deuda (que todavía no ha nacido) ..... Sí es procedente la denuncia de la infracción del último párrafo del art. 1.843 del Código civil pues, como se ha dicho en el fundamento anterior y ha resaltado la jurisprudencia, no permite esta norma, ni la declaración de una deuda ..... ni la condena al reembolso ..... ”).*

También ha efectuado la jurisprudencia un análisis de las partes a las que se refiere el art. 1.843 del Código civil, como titular del derecho y sujeto de la obligación, así en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, se indica que “... *Esta acción se dirige exclusivamente contra el deudor, y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada, caso de que el*

*acreedor no consienta en relevarle de la garantía, cosa que depende exclusivamente de su voluntad; no hay precepto legal que a ello le obligue. La acción tiene como legitimado pasivo al deudor por imperativo del citado precepto ..... “.*

Con respecto al ejercicio judicial de las acciones del art. 1.843 del Código civil ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse en la Sentencia núm. 958/1994 de 31 de octubre, ponente: Excmo Sr. D: Francisco Morales Morales, indicando que “...*la relevación de la fianza a que se refieren los supuestos que contempla el art. 1.843 del Código civil no se produce automáticamente e “ipso iure”, sino que requiere ineludiblemente, según el propio precepto expresa, que el fiador ejercite contra el deudor la pertinente acción judicial para obtener dicha relevación de fianza .... “;* exigencia que es trasladable a la acción de cobertura. Al respecto habría que destacar que ello es en el caso de que dicha obligación (relevación o cobertura) no sea cumplida voluntariamente por el deudor principal.

Por último la jurisprudencia también se ha encargado de analizar la figura jurídica del aval cambiario a los efectos de dejarlo al margen de los efectos del art. 1.843 del Código civil; así en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 66/1999 (Sala de lo Civil) de 5 de febrero, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, se indica que “... *A diferencia de la fianza, que tiene carácter de garantía accesoria, pues no puede existir sin una obligación principal garantizada (art. 1824 del Código civil), el aval cambiario aparece legalmente configurado como una garantía objetiva del pago de la letra, pues tiene existencia autónoma e independiente de la obligación garantizada (art. 37 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985), sin que, por tanto, quepa posibilidad legal alguna de que el avalista cambiario, una vez contraída válidamente su obligación en dicho concepto, pueda desligarse o ser relevado anticipadamente de la misma, al no serle, en modo alguno, aplicable el art. 1.843 del Código civil .....”.*

## ***2. El ejercicio de las acciones del art. 1843 del Código civil en la cofianza***<sup>99</sup>

En los supuestos de cofianza los fiadores están facultados para ejercitar conjuntamente las acciones del art. 1.843 del Código civil, pero también podrán efectuarlo en forma

---

<sup>99</sup> Este apartado se refiere a los supuestos de verdadera cofianza, no a los supuestos en los que la obligación principal ha sido garantizada por varios fiadores constituyendo fianzas independientes y sin ninguna relación entre sí, es decir no se refiere al supuesto de “pluralidad de fianzas”.

individual cada uno de los fiadores. Por otro lado, la figura jurídica de la cofianza puede constituirse entre los fiadores en forma mancomunada<sup>100</sup> o solidaria<sup>101</sup>; en ambos casos cada cofiador puede ejercitar frente al deudor las acciones de relevación o cobertura de forma independiente. El hecho de que alguno de los fiadores haya ejercitado las acciones del art. 1.843 del Código civil no tiene porque afectar ni, por supuesto, impedir oponer el beneficio de división del art. 1.837 del Código civil, en los casos en los que proceda su alegación.

En la cofianza mancomunada<sup>102</sup> (con beneficio de división) en el caso de que la acción ejercitada por el fiador sea la de relevación de la fianza y el deudor principal, mediante el pago de la totalidad de la obligación principal, consiga la liberación del cofiador, ésta se extinguirá en virtud del pago y, en consecuencia, los demás cofiadores también se beneficiaran quedando liberados de su obligación de garantía al haberse extinguido la

---

<sup>100</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 231 y sts., indica que en la fianza mancomunada o simple, si no existen pactos expresos de las partes, la deuda se divide entre todos los fiadores “*ex lege*”; pero cada uno de ellos responderá del total en el supuesto del art. 1837.2 CC, es decir cuando cese el beneficio de división. En contra del tal opinión DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 446, estima que, a pesar de la literalidad del primer párrafo del art. 1837, el CC no parece imponer la división “*ex lege*” entre los cofiadores, puesto que el beneficio de división no es otra cosa que una facultad que la ley atribuye al cofiador frente a una demanda del acreedor dirigida a reclamar una cantidad superior a la parte del demandado en la garantía de la deuda, facultad que éste ejercerá por vía de regreso. DELGADO ECHEVARRIA, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1979, p. 450, defiende una posición intermedia, indicando que en el caso de que en el supuesto de que sean varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda y no habiendo pactado nada en contra, a cada uno de ellos sólo puede reclamarse una parte alícuota del total, salvo que se den ciertos hechos que habrá de probar el acreedor (pe: quiebra o concurso, imposibilidad de demandarlo dentro del reino) en cuyo caso a cada uno de ellos podrá exigirse, además, que contribuya por la parte del fiador o fiadores que se encuentran en aquellas situaciones.

<sup>101</sup> En la cofianza puede incluirse un pacto de solidaridad, pudiéndose distinguir el supuesto en que la solidaridad afecta a los cofiadores entre sí y el caso en que, además, la solidaridad es referible a los cofiadores con el deudor o deudores. En este último supuesto el titular del crédito podrá reclamar indistintamente el débito en su integridad de cualquier obligado (art. 1137 C.c.). Los cofiadores no pueden imponer al acreedor que el débito se satisfaga a costa del patrimonio del principal obligado a título principal ni tampoco pueden exigir al titular del crédito que el objeto de la prestación se divida entre todos los cofiadores.

Si la solidaridad afecta únicamente a los cofiadores entre sí, frente a la reclamación indistinta los garantes gozan de la facultad para hacer valer el beneficio de orden, y si la solidaridad afecta sólo a los cofiadores con el deudor, frente a la reclamación por el todo, los garantes gozan de la facultad de hacer valer el beneficio de división.

<sup>102</sup> Según el art. 1837 del Código civil “*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*”. En el art. 1831 del Código civil se indica que la excusión no tiene lugar: “*1º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella; 2º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor; 3º En el caso de quiebra o concurso del deudor; 4º Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino*”.

obligación principal, en virtud de la accesoriedad de la fianza establecida en el art. 1.824 del Código civil “*La fianza no puede existir sin una obligación válida ....*”.

En el caso de que el negocio jurídico constitutivo de la obligación principal lo permita o, por cualquier otra causa, se considere legítimo el cumplimiento parcial de la obligación principal, o simplemente lo acepte el acreedor, si el deudor principal efectúa el pago parcial correspondiente a la parte que corresponde al cofiador que ha ejercitado la acción de relevación, parece que lo razonable sería que dicho fiador accionante fuera el que quedara liberado de la fianza por su parte; hecho que no perjudicaría a los demás fiadores al seguir, como antes, garantizando su parte respectiva. Podría, también, darse el supuesto de la liberación de un sólo cofiador que es sustituido por otra persona que pasa a ocupar su posición en la cofianza, siempre y cuando dicha novación subjetiva fuera consentida por el acreedor y que de dicha novación subjetiva en la persona del cofiador no resultara perjuicio alguno para resto de los cofiadores.

Por otro lado, también podría darse el supuesto consistente en que el acreedor renunciase parcialmente a la fianza liberando, únicamente, al cofiador que ejercitó la acción de relevación. No obstante, en este supuesto sería de aplicación el art. 1.850 del Código civil que establece que “*la liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado*”; con ello se consigue que los cofiadores no se vean perjudicados<sup>103</sup>.

Evidentemente la condonación de la obligación principal extingue la obligación accesoria de la fianza, en virtud de lo establecido en el art. 1.190 del Código civil (“*..La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias...*”); de esta

---

<sup>103</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2ª edi., Madrid, 1990, p. 313, indica como uno de los requisitos para la aplicación del art. 1850 del C.c. que se trate de una verdadera cofianza, es decir, que la cogarantía se haya asumido conjuntamente por todos los cofiadores, pues “*en ta caso, las distintas circunstancias personales y patrimoniales que concurren en todos y cada uno de los mismos deben estimarse relevantes para la asunción del riesgo que toda garantía implica, tal y como ha sido aceptada*”. También indica que, a los fines del precepto, es indiferente que se trate de cofianza asumida solidariamente o mancomunadamente “*ya que si bien la norma encuentra su campo de aplicación más propio en el caso de la cogarantía constituida de la primera de dichas formas, también, como se sabe, el cofiador mancomunado puede resultar obligado, en ocasiones, a responder y a pagar mayor cantidad de la que inicialmente le corresponde*”, refiriéndose a los casos en los que según el art. 1837 del C.c. cesa el beneficio de división, pudiendo en tales casos oponer el art. 1850 del C.c.

forma el acreedor puede dar por extinguida la cofianza en relación a todos los cofiadores que la aumieron por la total remisión de la deuda, sin que dicha hipótesis plantee problemas de ningún tipo; tampoco planteará problemas la hipótesis consistente en una condonación parcial de la cogarantía a todos los cofiadores.

El art. 1.850 del Código civil plantea un supuesto diferente. Se trata de que la liberación que efectúa el acreedor afecta a uno o algunos de los cofiadores sin el consentimiento de los restantes que permanecen vinculados a la garantía. La solución que a este supuesto se da en el derecho comparado no es uniforme; así en los art. 1.287 (“ *..La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions ; Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal ; Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres..*”). y art. 1.288 (“ *..Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions..*”) del Código civil francés, que sanciona la liberación del fiador por la remisión otorgada al deudor principal, no sólo mantiene la responsabilidad de éste, cuando se produce la remisión de la fianza, sino que determina expresamente que la otorgada a uno de los fiadores no libera a los restantes; así en el art. 1.287 se indica que “ *.. la novación o liberación convencional concedida al deudor principal liberará a los fiadores. Aquélla que se conceda al fiador no liberará al deudor principal. Aquélla que se conceda a uno de los fiadores no liberará a los demás..*”. En el art. 1.850 del Código civil se sanciona una solución diferente que se justifica por algunos autores<sup>104</sup> “ *..en la justa reciprocidad que debe establecerse entre este derecho que a los cofiadores se reconoce y la obligación que tienen de responder proporcionalmente a la parte que dejó de pagar el insolvente..*”; no obstante también hay cierta doctrina<sup>105</sup> que entiende que la solución del precepto se asienta más bien en que, por una parte, el acreedor no está facultado para con sus actos agravar la situación de los restantes cofiadores y, de otra, en que, con distinta solución, la renuncia parcial del acreedor a la garantía implícita en la remisión que hace a alguno de los cofiadores, perjudicaría a los otros; perjuicio que sería evidente pues los fiadores no liberados tendrían que asumir la

<sup>104</sup> Así, MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 1921, t. XXII, p. 365, y CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, 9ª edic, Madrid, 1969, p. 699.

<sup>105</sup> En este sentido, PUIG PEÑA, *Instituciones de Derecho Civil I*, Madrid, 1975, p. 503-504, y GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXII, Jaén, 1980, p. 312.

garantía de la parte que inicialmente correspondía a los liberados y sus consecuencias. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que en la cofianza, además de originarse una relación peculiar del acreedor con los cofiadores, instaura entre éstos un vínculo interno que el acreedor no está facultado para alterar o modificar. Sucede algo parecido a lo que se contempla para el supuesto de remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios en el art. 1.146 del Código civil “.. *la quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos..*”.

Una solución distinta de la que resulta del contenido del art. 1.850 del Código civil, es decir, la liberación del cofiador a quien se remite la obligación de garantía y el mantenimiento de ésta, en su integridad, respecto de los cofiadores que continúan vinculados, permitiría al acreedor decidir, no sólo respecto del cofiador al que le interesa reclamar el pago, lo que ya le corresponde en la cofianza solidaria, sino, además, el cogarante quedaría responsable y soportaría el total riesgo derivado de la fianza.

Son presupuestos para que entre en juego el art. 1.850 del Código civil, primero, que se trate de una verdadera cofianza, es decir, que la cogarantía se haya asumido conjuntamente por todos los cofiadores, ya que en dicho supuesto las circunstancias personales y patrimoniales que concurren en los cogarantes previsiblemente se han tenido en cuenta para la asunción del riesgo que la garantía implica; por ello no es indiferente al resto de los cofiadores que uno de ellos sea liberado por el acreedor sin que se les ofrezca una garantía de que su responsabilidad como garantes no va a ser agravada. Es decir, si la fianza ha sido prestada por distintas personas de forma independiente, si el acreedor libera de la fianza a alguna de ellas, los otros fiadores no podrán invocar el contenido del art. 1.850 del Código civil<sup>106</sup>. El precepto parece estar pensado para el caso de que la cofianza sea solidaria; no obstante, también podría ser de aplicación a la cofianza mancomunada especialmente en los casos en los que el cofiador mancomunado puede estar obligado a pagar más cantidad de la que inicialmente le

---

<sup>106</sup> En este mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 313.

correspondía; así en el art. 1837 del Código civil se establece que “.. *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..*” y en el art. 1.844 del Código civil “.. *Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma causa, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción ....*”; en consecuencia, la cuota del cofiador insolvente recaerá proporcionalmente sobre el resto y por ello la liberación de alguno de ellos, por parte del acreedor, le facultará para alegar la aplicación del art. 1.850 del Código civil. En segundo lugar también es requisito para la aplicación del citado precepto que la liberación, por parte del acreedor, se haya efectuado sin el consentimiento del resto de los cogarantes; si ha meditado dicho consentimiento ello implica la aceptación del riesgo que antes correspondía al cofiador liberado y, en consecuencia, la renuncia a ejercitar contra él la acción de regreso que inicialmente tenían para resarcirse del exceso que no les correspondía inicialmente. El mencionado consentimiento de los cofiadores, ante el silencio que guarda al respecto el Código civil, parece que podrá ser prestado de cualquier forma. Si dicho consentimiento sólo es prestado por una parte de los cofiadores, parece lógico que el resto que no consintieron sí podrían alegar el beneficio del art. 1.850 del Código civil. El tercer lugar la liberación del fiador sólo tiene relevancia, a los efectos del art. 1.850 del Código civil, si se realiza con anterioridad al pago de la obligación por los cofiadores.

Producida la liberación de un cofiador sin el consentimiento de los otros, el resultado, de conformidad con lo establecido en el art. 1.850 del Código civil, será que dicha liberación “... *aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado..*”; dicha consecuencia, sancionada en el precepto, puede ser objeto de una doble interpretación. Por un lado, se podría entender que cuando el art. 1.850 del Código civil hace referencia a que la liberación aprovecha a los otros cofiadores se refiere a que éstos participen de aquella conjuntamente con el cofiador liberado y en la proporción que corresponda. Por otro lado, también podría entenderse que la liberación

hecha a uno de los cofiadores aprovecha a los restantes al no resultar legalmente posible agravar su situación incrementándoles su responsabilidad con la cuota que, inicialmente, correspondía al cofiador liberado, ni tampoco con la mayor cantidad que, eventualmente, hubiera podido corresponder a éste por la insolvencia de alguno de los cofiadores (art. 1.844 del Código civil).

Con la primera interpretación, si el acreedor dispensa de la fianza a uno de los cofiadores sin consentimiento del resto, éste quedará liberado, pero cada uno de los otros cofiadores se debe entender liberado en una porción alícuota, dentro del reparto correspondiente; es decir, en el supuesto de cuatro cofiadores de una deuda de 4.000.- euros y el acreedor releva de la fianza a uno de ellos, se tomaría por dividiendo la porción que en la relación interna corresponde al relevado, en este caso 1.000.- euros, y por divisor el número de fiadores (cuatro); así, cada uno de los cofiadores no liberados se entendería relevado en un cantidad correspondiente de 250.- euros.

En cambio con el segundo criterio, se trataría simplemente de extinguir la obligación de garantía en la parte que representa la cantidad remitida al deudor liberado, de tal forma que cualquiera que sea el resultado de la reclamación que el acreedor formule al deudor principal exigiéndole el pago del crédito, los cofiadores que continúan vinculados a la garantía no estarán obligados sino a responder en los mismos términos que hubieran debido hacerlo de no haber tenido lugar la liberación. Así, tomando el ejemplo anterior, cada uno de los tres cofiadores no liberados por el acreedor responderán frente a éste de 3.000.- euros, en caso de fianza solidaria, y asumiendo cada cofiador en la relación interna el pago de 1.000.- euros; los solventes responderán de quien no lo sea en relación con la expresada cantidad de 3.000.- euros y no de la inicial.

En resumen, la interpretación del art. 1.850 del Código civil en el primer sentido representa repartir la liberación del cofiador entre todos los cofiadores proporcionalmente, en tanto que la interpretación en el segundo sentido supone la remisión total al fiador designado por el acreedor de su cuota de garantía y la exención de responsabilidad a los restantes por tal cuota liberada, con lo que la obligación de garantía se reduce para todos, lo que supone una consecuencia beneficiosa, no sólo para la cofianza solidaria, sino también para la mancomunada, ya que la responsabilidad por

la eventual insolvencia de alguno de los cofiadores queda limitada a la cantidad resultante descontada la propia del cofiador condenado; todo ello sin perjuicio de la cantidad correspondiente a la obligación principal que permanece intacta.

Para llegar al resultado de la primera interpretación se precisa una interpretación estrictamente literal del precepto sobre la base de entender que la utilización del verbo “*aprovecha*” hace referencia al beneficio directo que repercute en los otros cofiadores, y que sólo tiene lugar si se les rebaja directamente su propia cuota en la obligación de garantía asumida por todos.

En favor de la segunda interpretación se podrían esgrimir diversas razones; en primer lugar, que así como el acreedor no está facultado para alterar la relación interna de garantía entre los cofiadores, tampoco se le puede imponer que los beneficios de la liberación efectuada sean distintos, en cuanto a la persona y a los términos de la misma, a los realmente queridos por él, cosa que sucedería de aplicarse el primer criterio; en segundo lugar, porque con el segundo criterio no se altera ni se agrava la definitiva responsabilidad de los cofiadores no liberados, que parece ser lo realmente querido por la norma y, finalmente, porque tal es el criterio legal aplicado en los art. 1.143 y 1.146 del Código civil, en el supuesto de condonación de la deuda a uno de los codeudores solidarios. Como observa LACRUZ “ .. *vale el perdón particular como tal, y con efectos sólo para el perdonado, en cuando que éste, en la relación individual, deja de deber la correspondiente cantidad; pero en la relación de grupo disminuye la deuda global en igual importe..... tal es, también, el régimen del art. 1.850 del Código civil en un supuesto que ofrece notable semejanza con el presente.*”<sup>107</sup>; en este sentido, también GUILARTE ZAPATERO es partidario de este segundo criterio<sup>108</sup>.

Por su parte, esta segunda solución también es la adoptada por el art. 1.239 (“*Fideiussori*”) del Codice civile italiano que establece que “*..La remissione accordata al debitore principale libera i fideiussori (1.936, 1.945). La remissione accordata a uno dei fideiussori non libera gli altri che per la parte del fideiussore liberato. Tuttavia se*

<sup>107</sup> LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, 1977, t. II, p. 64.

<sup>108</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 315.

*gli altri fideiussori hanno consentito la liberazione, essi rimangono obbligati per l'intero..*” (La remisión acordada a uno de los fiadores no libera a los otros más que en cuanto a la parte del fiador liberado. Sin embargo, si los otros fiadores han consentido la liberación ellos quedan obligados por la totalidad).

Es decir, en la cofianza mancomunada la parte del cofiador liberado no hará acrecer la de los demás cofiadores, y si cesara el beneficio de división (art. 1.837 del Código civil), los cofiadores podrán alegar el art. 1.850 del Código civil, es decir que la liberación llevada a cabo sin su consentimiento “.. *aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado..*”<sup>109</sup>, con la consecuencia establecida en el segundo criterio al considerarla más defendible. Si el cese del beneficio de división tiene lugar por causa de la insolvencia de uno de los cofiadores, no por ello la garantía se convierte en solidaria, sino que los cofiadores solventes deberán, además de su parte, una porción proporcional de la parte del insolvente, que se reparte entre todos los cofiadores solventes proporcionalmente; de este reparto no queda excluido el cofiador a quien, sin consentimiento de los demás cofiadores, se ha liberado de su obligación, porque si no los demás cofiadores se verían manifiestamente perjudicados contra su voluntad<sup>110</sup>.

Cuando la acción ejercitada por un cofiador, mancomunado, es la de “garantía” (cobertura), el mero ejercicio de la misma no debe entenderse como la concesión a dicho cofiador de preferencia o prelación alguna frente al resto de los cofiadores<sup>111</sup>; no obstante, dependerá del tipo de garantía que se haya constituido a su favor para determinar la efectiva prelación del cofiador con respecto al resto.

Por otro lado, si la cofianza se ha constituido en forma solidaria la legitimación activa para el ejercicio de las acciones del art. 1843 del Código civil frente al deudor corresponde a todos y a cada uno de los cofiadores. Si la acción ejercitada por el

---

<sup>109</sup> En este sentido CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores, excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, p. 306.

<sup>110</sup> En este sentido CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores, excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, p. 307.

<sup>111</sup> En este sentido DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 450.

cofiador es la de “relevación” de la fianza y la liberación la efectúa el deudor principal mediante el pago de la obligación principal, todos los cofiadores, en consecuencia, quedarán liberados, aunque la acción de “relevación” haya sido instada por uno sólo de ellos. Cuando el deudor consigue la liberación del cofiador mediante la condonación o la renuncia por parte del acreedor a la fianza prestada, pero quedando subsistente la deuda garantizada, la cuestión es más complicada; es decir, el acreedor puede haber liberado a todos los cofiadores o, exclusivamente, a uno sólo de ellos. Si el acreedor libera a todos los cofiadores, no es más que la condonación a la fianza prestada<sup>112</sup>; en cambio en el supuesto de condonación de uno de los cofiadores hay que tener en cuenta si el resto de los cofiadores no liberados han prestado o no consentimiento a dicha liberación. Si los cofiadores solidarios han prestado consentimiento a la remisión de uno de ellos por parte del acreedor, cada uno de los cofiadores solidarios mantendrá su responsabilidad solidaria por la totalidad de la obligación principal, no siendo, en consecuencia, de aplicación el art. 1850 del Código civil<sup>113</sup>. En cambio, si dicha remisión se realiza sin el consentimiento de los demás cofiadores solidarios, será de plena aplicación el art. 1850 del Código civil con la consecuencia de que dicha liberación “... *aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado*”; debiéndose interpretar tal precepto en la forma más arriba indicada.

Lo normal es que las acciones del art. 1.843 del Código civil sean ejercidas por el fiador frente al deudor, así se indica en la parte final del art. 1.843 del Código civil “... *el fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal...*”, ahora bien, ¿será aplicable el art. 1.843 del Código civil a los supuestos de cofianza solidaria para ejercitarse entre los cofiadores o, incluso, en las obligaciones con solidaridad pasiva, teniendo en cuenta la función de garantía que cumple la solidaridad de deudores?. Esta cuestión ha sido tratada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 7 de mayo de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón

<sup>112</sup> Lo que es perfectamente posible en virtud del art. 1190 del Código civil “*la condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera*”.

<sup>113</sup> Como indica PEREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 229, en este caso el cofiador liberado quedará eximido de la responsabilidad establecida en el art. 1844, párrafo 1º y 2º del Código civil. Así en el art. 1844 del Código civil, párrafo primero se indica que “*cuando sean dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma causa, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer*” y en su párrafo segundo “*si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción*”.

Ballesteros<sup>114</sup>, en un supuesto en el que los fiadores interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra unos fiadores y contra el deudor principal, en la que se ejercitaba la acción de relevación de la fianza del art. 1.843 del Código civil, interesando el pago de determinada cantidad, así como el embargo preventivo de bienes. En primera instancia se estimó la demanda y fue confirmada en la Audiencia. En casación indica el Tribunal Supremo que “... *En su fundamentación se dice que los actores (ahora recurridos) han interpuesto la acción de relevación de fianza, pero se suplica en esencia la aplicación del art. 1.838 CC, lo que es estimado por la sentencia sin apercibirse de que la acción indemnizatoria contra el deudor no procede más que cuando el fiador haya pagado al acreedor, lo que todavía no ha sucedido, sino el embargo de bienes del deudor y fiadores en juicio ejecutivo promovido por el acreedor garantizado. Además se confunde a los recurrentes con el deudor ...*”. Continúa la Sentencia indicando que “... *los actores expresamente han concretado su demanda a la obtención de una relevación de la fianza, lo que permite el art. 1.843 del Código civil. Esta acción se dirige exclusivamente contra el deudor, y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada, caso de que el acreedor no consienta en relevarle de la garantía, cosa que depende exclusivamente de su voluntad; no hay precepto legal que a ello le obligue. La acción tiene como legitimado pasivo al deudor por imperativo del citado precepto.*”

---

<sup>114</sup> Los hechos indicados en la sentencia son los siguientes: 1. El 19.9.1988 D. Nicolás y D. Enrique afianzaron solidariamente el crédito en cuenta corriente que concedió la Caja de Ahorros a Industrias Lácteas. Actuando a través de sus consejeros delegados, D. Nicolás y D. Enrique, se estipuló que en el supuesto de que D. Nicolás hubiera de abonar a la Caja de Ahorros cualquier cantidad derivada del crédito, Industrias Lácteas se obligaba a responder a dichas cantidades con la maquinaria y demás bienes que figuraban en el documento extendido, comprometiéndose además a no enajenar dichos bienes hasta que la citada póliza de crédito haya sido cancelada. 2. El 13.7.89, D. Nicolás es requerido por la Caja de Ahorros al pago de la cantidad adeudada por Industrias Lácteas. El requerimiento es notificado a D. Enrique con reclamación de pago de lo adeudado. Con fecha 23.2.89, D. Nicolás recibió cédula de citación de remate correspondiente a actos del juicio ejecutivo en el que se le reclamaba la deuda por la Caja de Ahorros. 3. D. Nicolás, interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Enrique y contra Industrias Lácteas en la que ejercitando la acción de relevación de fianza del art. 1843 CC solicitando la condena de los demandados a abonar a los actores la cantidad debida por la Caja de Ahorros, más los intereses legales y los daños y perjuicios que se acrediten en la ejecución de sentencia. También solicita el embargo preventivo de los bienes del deudor. 4. El juzgado de 1ª instancia estimó la demanda, siendo su sentencia definitiva confirmada en grado de apelación por la audiencia. Contra la sentencia de la Audiencia, D. Enrique interpuso recurso de casación, alegando, entre otros, aplicación indebida del art. 1838 del CC.

El Tribunal Supremo resolvió en su fundamento segundo que: “*los actores recurridos han interpuesto la acción de relevación de la fianza, pero se suplica en esencia la aplicación del art. 1838 del CC, lo que es estimado por la sentencia sin apercibirse de que la acción indemnizatoria contra el deudor no procede más que cuando el fiador haya pagado al acreedor, lo que todavía no ha sucedido, sino el embargo de los bienes del deudor y fiadores en juicio ejecutivo promovido por el acreedor garantizado. Además se confunde a los recurrentes con el deudor. El motivo se estima porque es completamente cierta su base*”.

*Así las cosas, no se alcanza a comprender qué relación tiene un cofiador solidario con el art. 1.843, y se revela como auténticamente peregrino que dicho cofiador pueda ser obligado al pago de su deuda incluso antes de que el otro cofiador requerido de pago por el acreedor lo haya hecho efectivo... ”<sup>115</sup>.*

No obstante el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la anterior Sentencia, la cuestión de que, tanto en la cofianza solidaria como en la solidaridad pasiva, los cofiadores o los deudores solidarios puedan ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil, es por lo menos discutible; en ambos casos se podría argumentar a favor de su aplicación la función de garantía que existe<sup>116</sup>, pudiéndose añadir que las acciones del art. 1.843 del Código civil en estos casos no afecta para nada a la relación externa (cofiadores – acreedor)<sup>117</sup>, sino a la relación interna entre los distintos cofiadores y/o deudores solidarios.

La equiparación entre la fianza solidaria y la solidaridad pasiva en el aspecto externo es clara<sup>118</sup>. En el ámbito externo, el fiador solidario es considerado como si de un deudor principal se tratara<sup>119</sup>, así el acreedor está facultado para reclamar el cobro íntegro del

---

<sup>115</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1997, en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, septiembre/diciembre 97, p. 1017 y sts, afirma que al haberse contraído la fianza en “interés propio” de los cofiadores solidarios no puede admitirse el ejercicio de la acción de liberación. Parte de la premisa de que el vínculo fideiusorio entre el deudor y fiador sólo nace cuanto éste interviene en beneficio o utilidad de aquél. De aquí que, en su opinión, los efectos de la fianza entre deudor y fiador queden excluidos siempre que el fiador actúa en “interés propio”.

<sup>116</sup> Así en el art. 1145 C.c. se indica que “*el pago hecho por uno de los deudores extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno*”.

<sup>117</sup> Así, DELGADO ECHAVARRIA, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1979, p. 285, indica que la solidaridad pasiva es una institución que cumple, en la relación acreedor-deudores, una función de garantía al igual que la fianza. Todos los deudores solidarios son fiadores en aquella parte de la deuda en que no son verdaderos deudores según la relación interna. Son de la misma opinión, CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores, excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, p.207; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª edición, Madrid, 1990, p. 351.

<sup>118</sup> En la sentencia del 11 de junio de 1987 indicaba el Tribunal Supremo que: “*si a tenor del artículo 1822 del Código Civil, cuando el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal la normativa aplicable es la contenida en los artículos 1137 y siguientes y, más concretamente, lo dispuesto en el artículo 1144 que faculta al acreedor para dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, en cuanto la fianza solidaria en las relaciones entre acreedor y fiador pierden sus peculiares características y la sitúan en el campo de las obligaciones solidarias entre codeudores, aunque en las posteriores relaciones entre fiador y deudor y una vez satisfecha por aquél la deuda reviva la fianza para hacer efectivo el derecho de repetición*”.

<sup>119</sup> En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo del 21 de septiembre de 1987, 11 de junio de 1987 y 23 de mayo de 1988.

crédito que ostenta al deudor principal o al fiador, indistintamente, al no poder oponer el fiador solidario el beneficio de excusión en virtud de lo establecido en el art. 1.831.2 del Código civil. En cambio en la relación interna entre los distintos codeudores solidarios cada uno de ellos puede ser considerado deudor y fiador del otro recíprocamente uno respecto del otro, así, la configuración del deudor solidario como obligado con otros al pago de la deuda propia y a la vez ajena justifica que, en lo que afecta a las relaciones internas ente los coobligados, ambas instituciones puedan recibir el mismo tratamiento jurídico. Podría oponerse como argumento en contra que el art. 1.843 del Código civil supone una excepción a la regla general y que no permite la aplicación analógica a otros supuestos fuera de los expresamente previstos en su contenido<sup>120</sup>; también se puede alegar en contra de la equiparación que en la solidaridad pasiva todos los deudores tienen un interés directo y propio, mientras que en la fianza el garante no participa de manera directa en la obligación garantizada, es decir, hay en la solidaridad pasiva un interés común de todos los deudores implicados que falta en la fianza<sup>121</sup>.

Con respecto a la aplicación analógica del art. 1.843 del Código civil a otros supuestos, como la cofianza solidaria o la solidaridad pasiva, se podría argumentar también que el carácter excepcional del art. 1.843 del Código civil no debe de ser un argumento decisivo en contra; que la accesoriedad no es exclusiva de la fianza, sino que también aparece en la solidaridad de deudores, al “.. *aparecer los distintos vínculos que configuran dicha solidaridad de deudores supeditados a la subsistencia de la relación obligatoria solidaria ....*”<sup>122</sup>; que el interés propio del garante puede existir en la fianza sea esta simple o solidaria.

---

<sup>120</sup> Así SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., París, 1991, p. 473 indica que “c'est contre le débiteur garanti, et lui seul, que la caution peut agir avant même d'avoir payé: l'article 2032 est, à cet égard, clair et précis” (Sólo es contra el deudor garantizado que la caución puede actuar antes de haber pagado: el artículo 2032 es, en este aspecto, claro y preciso).

<sup>121</sup> CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores, Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, p. 52, indica que esta comunidad de intereses inspira todo el aspecto interno de la relación solidaria, e influye en algún modo en el régimen de su aspecto externo, primordialmente estructurado en torno a la idea de garantía, reforzando ésta a favor del acreedor y en perjuicio de los deudores.

<sup>122</sup> En este sentido, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid, 1958, p. 505. GUILARTE ZAPATERO, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ªed., Madrid, 1990, p. 14, indica que la accesoriedad no goza conceptualmente de una formulación unitaria y precisa, no siendo además, nota exclusiva de la fianza, sino que también de otras instituciones jurídicas.

El Tribunal Supremo se ha planteado en algún caso la posibilidad de la aplicación analógica del art. 1.843 del Código civil a supuestos de garantía distintos de la fianza, concluyendo la no aplicación del art. 1.843 del Código civil a otros supuestos distintos. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 858/1995 (Sala de lo Civil) del 6 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo, declara haber lugar al recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia que fundamenta su decisión en la aplicación del art. 1.843 del Código civil por analogía, indicando que “ *..cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca. En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador<sup>123</sup>. Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto (si no es solidario) a la «conditio iuris» del impago. El dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable «erga omnes. Esto sentado, ha de analizarse si el art. 1843.1 es aplicable a las hipotecas, conocidas como “fianzas reales”, por el hecho ser así llamadas, y previamente analizar la naturaleza y contenido de la acción conferida a los fiadores en el mencionado artículo. El artículo 1.843, permite en los supuestos por él contemplados, ejercitar una acción para obtener la relevación de fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Es en definitiva, una acción cautelar, de utilidad difícil de imaginar, porque la relevación de fianza requiere consentimiento del acreedor afianzado y la garantía frente a los procedimientos del acreedor no parece razonable extenderla a la hipoteca en que, precisamente el titular dominical ha enajenado el poder de realización y disminuido el contenido natural de su propiedad, en virtud del contrato de constitución de la hipoteca, cuya causa incluso puede ser onerosa y que en todo caso se presume. La*

---

<sup>123</sup> El contrato de hipoteca, cuando es otorgado por quien no es el deudor, es un contrato análogo al de fianza en cuanto que los dos son contratos de garantía y accesorios y por los cuales el acreedor obtiene el derecho a una suma que le asegura la efectividad de la obligación. Pero mientras que del contrato de fianza deriva una obligación para el que otorga la garantía y afecta subsidiariamente a todos su bienes presente y futuros, en virtud del art. 1911 del Código civil, del contrato de hipoteca sólo deriva la simple carga de pagar y afecta sólo al bien hipotecado, ver PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, t. II, 3ª ed., Madrid, 1999, pág. 122. ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IV, vol. 1º, 7ª ed., Barcelona, 1979, p. 329, piensa, sin embargo, que la hipoteca del tercero configura un supuesto de garantía caracterizado por su naturaleza diversa de la fianza.

*«ratio legis» de la norma, contenida en el artículo 1.843.1.º, no se da en la ejecución hipotecaria, en que no se conoce la cantidad que podrá reclamarse hasta la celebración de la subasta; es posible hasta discutir si el propietario es demandado en el sentido de dicho precepto, y no parece que deba tenerse en cuenta el «periculum in mora», propio de las medidas cautelares, cuando el propietario conscientemente constituyó el gravamen. La conclusión que se obtiene, carente en absoluto de precedentes jurisprudenciales, salvo el representado por la Sentencia de 26 mayo 1950, en la que se negó el carácter de fianza a una garantía real, salvo efectos de comercio; es la estimación del motivo, y por ello del recurso y la casación de la sentencia, sin necesidad de analizar los restantes motivos .....<sup>124</sup>; en este mismo sentido en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 66/1999 (Sala de lo Civil) del 5 de febrero, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, no se admitió la aplicación del art. 1.843 del Código civil a un supuesto de aval cambiario bajo el siguiente argumento: “A diferencia de la fianza, que tiene carácter de garantía accesoria, pues no puede existir sin una obligación principal garantizada (artículo 1.824 del Código Civil), el aval cambiario aparece legalmente configurado como una garantía objetiva del pago de la letra, pues tiene existencia autónoma e independiente de la obligación garantizada (artículo 37 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985), sin que, por tanto, quepa posibilidad legal alguna de que el avalista cambiario, una vez contraída válidamente su obligación en dicho concepto, pueda desligarse o ser relevado anticipadamente de la misma, al no serle, en modo alguno, aplicable el artículo 1.843 del Código Civil. Asimismo, por el referido carácter autónomo e independiente que tiene la obligación del avalista cambiario, la misma es totalmente ajena a la naturaleza jurídica (civil o mercantil) del negocio causal o subyacente que dio origen al nacimiento de la letra de cambio, en la que él quedó obligado como tal avalista ....”.*

---

<sup>124</sup> CORDERO LOBATO, *Comentario a la sentencia de 6 de octubre de 1995*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, enero/marzo 1996, realiza un comentario crítico de los argumentos contenidos en la sentencia en la que se resuelve en contra de la aplicación del art. 1843 Código civil al hipotecante no deudor. Con razón, afirma, que la sentencia no justifica suficientemente la no aplicación analógica del precepto. Opina que, en el caso concreto de la sentencia, la exclusión del art. 1843 CC puede estar justificada, pero no porque se trate de hipotecantes no deudores, sino porque, siendo los garantes socios (seguramente mayoritarios) de la SA deudores, puede entenderse que estamos en presencia de una hipoteca “en interés propio” de los hipotecantes, que al igual que en la fianza “en interés propio” del fiador excluiría la acción de regreso del art. 1838 Código civil, y lógicamente la aplicación del art. 1843 del CC que contienen acciones que sólo se justifican en la posibilidad de que exista un regreso contra el deudor.

Del contenido de ambas sentencias se podría concluir que el Tribunal Supremo se inclina por la no aplicación analógica del art. 1.843 del Código civil a otras figuras distintas de la propia fianza. No obstante es de destacar las características propias de cada uno de los supuestos tratados en las sentencias (hipoteca por deuda ajena y aval cambiario), en el caso de la “hipoteca por deuda ajena” que se trata de una garantía real sobre un bien inmueble determinado y concreto, y la fianza, en cambio, es una manifestación de garantía personal que tiene como fin incrementar la seguridad de cobro de la deuda por parte del acreedor, al responder el fiador, de conformidad con el art. 1.911 del Código civil con todos sus bienes presentes y futuros, mientras que el hipotecante por deuda ajena responde sólo con el bien hipotecado; y en cuanto a la figura del aval cambiario, que tiene su propia regulación en la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, concretamente en sus artículos 35 a 37, se trata de una garantía objetiva de pago de la letra de cambio en virtud de la naturaleza abstracta de las declaraciones cambiarias.

La justificación que da el Tribunal Supremo para la no aplicación analógica del art. 1.843 del Código civil en estos supuestos (hipoteca de deuda ajena<sup>125</sup> y aval cambiario) por motivos basados en su diferente estructura y efectos frente a la fianza, no debería ser impedimento para poder aplicar por analogía el art. 1.843 del Código civil a otros supuestos en los que la posición sea idéntica a la del fiador, es decir, se tenga derecho a la plena indemnidad del pago hecho y poder recuperarlo en vía de regreso del deudor final, que es a quien corresponde soportar la deuda en virtud de la relación interna de la que es parte pasiva. Ese es, precisamente, el interés que tutela el art. 1.843 del Código civil cuando concede al fiador, antes del pago, el derecho de obtener la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor.

### ***3. El art. 1.843 del Código civil en la fianza constituida sin la intervención del deudor o en contra de su voluntad***

¿Puede ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil el fiador en los supuestos de fianza constituida sin la intervención del deudor principal o, incluso, ignorándola éste, o en contra su voluntad?

---

<sup>125</sup> El caso de hipoteca por deuda ajena es objeto de análisis individualizado en el apartado 5°.

Si la fianza se ha constituido mediante acuerdo entre fiador y acreedor, e ignorándolo el deudor, no hay dato alguno en el Código civil que revele, o haga deducir, que deja de producirse, por ello, los efectos propios de la fianza, o que se modifican<sup>126</sup>. Así, del tenor literal del art. 1.823.2 del Código civil (“.. *también puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste..*”) puede concluirse que la intervención del deudor principal en la constitución de la fianza no es relevante, en consecuencia, la fianza es válida y produce todos sus efectos aunque el deudor la ignore<sup>127</sup>, encontrándose, entre dichos efectos, los correspondientes a los que existen entre el deudor y fiador antes del pago, referidos en el art. 1.843 del Código civil.

El Tribunal Supremo en su Sentencia del 23 de marzo de 1988, (Sala de lo Civil) ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes, ha tenido ocasión de tratar el presente asunto indicando que: “*al no haber intervenido la supuesta acreedora en el otorgamiento del instrumento, ni expresado con posterioridad su consentimiento, el negocio de garantía alegado no nació a la vida jurídica, pues la fianza convencional, como contrato consensual que es, se perfecciona por el consentimiento o concurso de la oferta y la aceptación (artículos 1.254, 1.258 y 1.262 del Código Civil) y con anterioridad a ésta por el acreedor, haya intervenido o no el deudor, que no es indispensable -art. 1.823, párrafo segundo, del Código Civil y Sentencias de 21 de marzo de 1956 (RJ 1956\1170) y 31 de enero de 1977 (RJ 1977\128)-, no hay verdadera obligación para el fiador, hallándonos entre tanto ante una mera oferta - Sentencias de 22 de diciembre de 1966 (RJ 1966\5853), 24 de mayo de 1977 (RJ 1977\2138), 10 de octubre de 1980 (RJ 1980\3623), 13 de octubre de 1981 (RJ 1981\3733) y 13 de abril de 1982 (RJ 1982\1947), entre muchas otras-, que puede ser revocada, de no mediar plazo, al no existir declaraciones de voluntad concurrentes, toda vez que el consentimiento supone la coincidencia de los quererres de todos los*

---

<sup>126</sup> Así el art. 1823.2 del Código civil indica textualmente que “*puede también constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste*”. A pesar de ello LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, RDCI, 1981, vol I, p. 754, indica que no se puede aplicar el art. 1843 CC porque “*no hay entre uno y otro vínculo inicial alguno y las obligaciones de éste frente a aquél no nacerán sino cuando el fiador haya pagado*”.

<sup>127</sup> En este sentido la doctrina es unánime. Entre otros, DELGADO ECHEVARRIA, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1979, p. 346; DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 425; REYES LOPEZ, *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos, comentarios y jurisprudencia*, Valencia, 1996, p. 84..

*intervinientes en algún momento del tracto contractual -Sentencias de 7 de diciembre de 1962 ([RJ 1962\4812](#)), 18 de enero de 1964 ([RJ 1964\204](#)), 20 de mayo y 12 de julio de 1985 ([RJ 1985\2403](#) y [RJ 1985\4005](#))”*. De esta forma el Tribunal Supremo confirma que las partes indispensables para el nacimiento del contrato de fianza lo son el fiador y el acreedor, y no el deudor, que es una parte contingente y, en consecuencia, no es necesaria su participación para la formación y nacimiento de la fianza.

La ignorancia del deudor que el Código civil tiene en cuenta es la falta de conocimiento en el momento de la constitución de la garantía; así, en el art. 1.823.2 “... *Puede también constituirse, no sólo a favor del deudor principal sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiéndolo éste...*” y en el art. 1.838 “*in fine*” “... *La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor ...*”. De esta forma la fianza es válida y produce todos sus efectos aunque el deudor la ignore y, entre los efectos típicos de la fianza, regula el Código civil los que se producen entre el deudor y el fiador<sup>128</sup>.

El art. 1.823.2 del Código civil una vez declara expresamente la validez de la fianza constituida ignorándola el deudor principal, no procede a hacer ningún tipo de excepción a dicha regla y, por lo tanto, de exclusión alguna de efectos legales típicos de la institución de la fianza; del mismo modo el art. 1.838 “*in fine*” del Código civil cuando dispone que la acción de reembolso a favor del fiador frente al deudor, una vez efectuado el pago al acreedor, no queda perjudicada por el hecho de que la fianza se haya constituido ignorándola el deudor principal, tampoco efectúa ningún tipo de exclusión de efectos<sup>129</sup>.

A favor a la plena eficacia de los efectos de la fianza así constituida también se ha argumentado por la doctrina que aunque el deudor no participa, ni siquiera indirectamente, en la constitución de la fianza, deriva de la misma un interés para él, y

---

<sup>128</sup> CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 158, indica que “en el supuesto de fianza contraída ignorándolo el deudor, no cabe alegar la posposición del juicio al momento en que tenga noticia de ello.; la ignorancia del deudor principal constituye en el Código civil, en sí misma, una situación específica, en la que el conocimiento posterior ya no tiene importancia; la actitud del deudor se valora siempre en el momento de la constitución de la fianza”.

<sup>129</sup> Algunos Códigos como el argentino (art. 2027) y el uruguayo (art. 2229) niegan la posibilidad de ejercitar las acciones de relevación de la fianza cuando el fiador se ha obligado en contra de la voluntad del deudor. No obstante, ninguno de los artículos concordantes de los Códigos civiles tienen en cuenta, a la hora de realizar algún tipo de excepción a la aplicación de la norma correspondiente, el conocimiento de la fianza por el deudor. Tampoco el Proyecto de Garcia Goyena recogía dicha excepción.

es precisamente dicho interés del deudor en la fianza considerado como requisito de la eficacia interna de la fianza, al hacer depender la producción de los efectos de la fianza, respecto del deudor, del hecho de que la intervención del fiador le sea útil, o cuando menos no le sea perjudicial<sup>130</sup>. Así, según este criterio, los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador estarían en función de que el fiador se haya obligado “*pro debitoris, hoc est, ad utilitatem debitoris*” y, por lo tanto, no existirán en la fianza constituida contradiciendo los intereses del deudor al que se afianza<sup>131</sup>.

Se llega a la anterior conclusión partiendo de la premisa de que en el derecho anterior al Código civil los efectos que se producían entre el fiador y el deudor principal no derivaban propiamente de la fianza, sino del contrato de mandato o del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos. Así, significaba que el dato determinante de la atribución al fiador de la acción correspondiente (mandato o gestión sin mandato) era, respectivamente, el conocimiento o la ignorancia del principal obligado ante la constitución de la fianza. Como excepción, en determinados supuestos, se legitimaba al fiador para ejercitar la acción de mandato antes de haberlo cumplido con la finalidad de recuperar su libertad liberándose del vínculo jurídico que, aunque asumido voluntariamente frente al mandante (deudor principal), se había vuelto en perjuicio suyo por causas ajenas a su voluntad; el mismo beneficio se extendía al fiador sin mandato, porque idénticas razones lo justificaban, al existir siempre una gestión útil de negocios

---

<sup>130</sup> En este sentido CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 156, indicando además dicho autor que dicha “utilidad” de la gestión es el factor determinante contemplado por el Código civil como desencadenante de la eficacia frente al “*dominus negotii*” en el art. 1893.1 CC y que, salvando las distancias, de las normas propias de la fianza puede fácilmente deducirse la aplicación de dicho principio, bastando para ello la confrontación de los art. 1823.2 “*in fine*” de una parte y el art. 1838 “*in fine*” y el art. 1843 CC de otra.

<sup>131</sup> Así CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 160 y 161, interpreta el párrafo final del art. 1838 CC entendiéndolo que la alusión a la ignorancia del deudor que en él se hace no sólo proclama iguales efectos para el fiador que obligó consintiéndolo o ignorándolo el deudor principal, sino que además excluye de su ámbito de aplicación al fiador que lo es “*prohibente debitoris*” contradiciendo al art. 1823.2 CC. Asimismo llega a la conclusión de que no sólo le priva al fiador de la posibilidad de dirigirse contra el deudor en virtud de la autorización conferida en el art. 1843 CC, sino que también le priva de la condición de legitimado activo de cualquier acción de fianza contra el principal obligado.

No obstante lo anterior, hay que tener presente que el contrato de fianza se constituye sin el consentimiento del deudor y que el art. 1838 *in fine* CC indica expresamente que la acción de reembolso del fiador no queda perjudicada por la ignorancia del deudor. Dicho inciso final podría interpretarse en el sentido apuntado por CASANOVAS MUSSONS, A., o también en el sentido de que dicha “ignorancia” debe entenderse en el sentido de que la acción de reembolso se dará en todo supuesto. REYES LOPEZ, *Algunas consideraciones sobre los art. 1838 y 1839 del CC*, ADC, tomo XLI, fascículo I, enero-marzo, 1988, p. 188 y sts, indica que hoy en la doctrina se admite que el derecho de indemnización corresponderá siempre al fiador sin importar las circunstancias que puedan incidir en el momento del pago en el ánimo del deudor.

ajenos. De esta forma, se consideraba al fiador como un gestor de negocios del deudor principal, equiparándose, la relación de gestión, al mandato si había sido ratificada por el deudor o a una gestión de negocios sin mandato si no existía ratificación<sup>132</sup>.

Esta concepción de la fianza entra en crisis en la codificación, una vez dotadas cada institución de regulación propia y eliminadas, así, las interferencias que la fianza recibía del contrato de mandato o cuasicontrato de gestión de negocios ajenos. De esta forma la fianza pasa a contar con una normativa típica que regula su derecho a la indemnidad por el hecho de actuar como fiador, abstracción hecha de toda relación previa con el deudor principal<sup>133</sup>, quedando sustituida la condición de mandatario o no mandatario del fiador por el interés del deudor principal en la intervención del fiador<sup>134</sup>.

En consecuencia, la alusión “... ignorándolo el deudor ...” del art. 1.838.2 *in fine* del Código civil debería de interpretarse en el sentido de que la acción de reembolso es procedente tanto en el caso de que la fianza se haya constituido consintiéndolo o ignorándolo el deudor, excluyendo, en cambio, la fianza constituida “*prohibente debitorum*”.

Todo ello significa que podrá afianzarse al deudor principal en contra de su voluntad, tal como se indica en el art. 1.823.2 del Código civil (“...consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste...”), pero por la intervención del fiador en éste supuesto no quedará vinculado el deudor principal a los efectos de lo establecido en el art. 1838 y art. 1.843 del Código civil, ya que el “*favor fideiussorum*” tiene un límite que se encuentra en el perjuicio de los intereses del deudor afianzado manifestado a través de su oposición<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> Así, CASSANOVAS MUSSONS, A. *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 147.

<sup>133</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 148, indica que las antiguas acciones contrarias de mandato y cuasicontrato de gestión de negocios ajenos han quedado tipificadas en los art. 1838 y 1843 del CC lo que implica la inutilidad de la averiguación casuística del tipo de relación, subyacente a la fianza, que une al fiador con el deudor principal. La vinculación entre ambos sujetos deudores la establece ahora directamente la misma relación de fianza, en cuanto el Código civil la incorpora a la normativa propia de la institución. El fiador por el sólo hecho de serlo, interfiere en el círculo de intereses del deudor principal por cuenta del cual se obliga: de ahí su cualidad jurídica de gestor de negocios ajenos.

<sup>134</sup> Así, CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 160.

<sup>135</sup> En este sentido CASANOVA MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 160.

En definitiva, la oposición del deudor principal a la fianza demuestra su falta de interés en la misma y ello significa, sin perjuicio de la validez de la fianza en virtud del art. 1.823.2 del Código civil, la ausencia de todo vínculo entre el deudor principal y el fiador, y trae como consecuencia que el fiador “*prohibente debitoris*” debería quedar excluido de cualquier legitimación activa frente al deudor principal, tanto en cuanto a las acciones antes del pago del art. 1.843 del Código civil, como de las acciones posteriores al pago (art. 1838 del Código civil).

A la vista de lo anterior, ¿qué naturaleza jurídica habría de darle al pago efectuado por el fiador al acreedor en virtud de fianza “*prohibente debitoris*”? Dicho pago podría tener la calificación de pago efectuado por tercero del art. 1.158 del Código civil (“...*Puede hacer hacer pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudo...*”) y siendo de aplicación el párrafo segundo y tercero del mencionado precepto (“... *El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil al pago...*”), sólo podría repetir el fiador “*prohibente debitoris*” del deudor principal aquello en que le hubiera representado útil, es decir, la recuperación de lo pagado no tendría como fundamento el empobrecimiento del fiador, sino estrictamente el enriquecimiento o el interés del deudor principal<sup>136</sup>.

La tesis arriba apuntada toma su base y fundamento en los antecedentes legislativos de la regulación de la fianza en el Código civil<sup>137</sup>, no obstante, choca con la concepción

---

<sup>136</sup> Así lo entiende DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 426, cuando dice que “*la fianza constituida con manifiesta oposición del deudor hace aplicable el párrafo tercero del art. 1158 del Código civil*”. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 40 y sts, afirma que “*el regreso del art. 1838 no corresponde al fiador que contrajo la obligación contra la voluntad del deudor. Ello no quiere decir que la fianza no se válida (art. 1832.2) ni que el fiador no tenga otro remedio de reembolsarse. Ocurre sólo que su posición queda reducida a la de quien pagó por tercero en la circunstancia prevista en el art. 1158.3 C.c. Su derecho de repetir no nace de un eventual contrato con el deudor y mucho menos de la fianza (válida) sino del pago hecho por tercero por tercero que beneficia al deudor*”. En su opinión el art. 1843 no tiene aplicación cuando el deudor el fiador no se encuentran en la relación que el Código civil ha considerado ejemplar. Considera tipo ejemplar de la fianza la relación típica entre deudor y fiador, que el Código civil no se cuida de calificar y que anuda de una manera implícita y obvia con el contrato de fianza pactado entre acreedor y fiador.

<sup>137</sup> El Proyecto de Código civil de 1836 expresaba en su art. 1979 que “*puede uno constituirse fiador de otro aun sin orden ni noticia de éste. La obligación que se contrae en tal caso se expresará en el art. 1823*”. Dicho artículo que reconocía la obligación de regreso a favor del fiador, no sólo en el caso de que la fianza se hubiera constituido a ruego o mandato del deudor, sino también en el caso de haberla otorgado el fiador sin noticia del deudor, siempre que éste haya recibido utilidad de la fianza o que

actual de la institución de la fianza como “garantía”<sup>138</sup>. Por ello podría defenderse que el criterio del “interés” del deudor principal<sup>139</sup> no debería ser determinante a la hora de decidir los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor, ya que la fianza no encuentra forzosamente su justificación en la gestión de negocios; dicha gestión no explica que el fiador quede obligado frente al acreedor a cumplir una deuda que es deuda de otro, ni el mandato ni la gestión constituyen al mandatario o al gestor en obligado frente al acreedor, que es respecto al mandato un tercero; la fianza puede tener su origen en un mandato o en la gestión de negocios ajenos, pero lo cierto es que no en todos los casos la fianza tiene dicho origen.

El contrato de fianza produce efectos entre el fiador y el acreedor, pero también entre el fiador y el deudor. La relación entre el fiador y el deudor, no se inicia con el pago de la obligación garantizada por el fiador, sino que con anterioridad a dicho pago ya existe una relación jurídica que toma base en la fianza, es decir, el derecho de crédito del fiador frente al deudor principal nace en el momento del pago al acreedor, pero hasta dicho momento dicho derecho de crédito puede considerarse como un derecho eventual que también es digno de protección jurídica y que produce, por ello, efectos jurídicos

---

después de saberla la haya consentido o aprobado. Si la fianza se había otorgado contra la voluntad del deudor, no tenía el deudor obligación de satisfacer al fiador lo que éste hubiese pagado por él. Así se establecía en el art. 1824 a cuyo tenor “*la obligación de satisfacer el deudor al fiador según lo prescrito en los dos artículos anteriores, no tendrá lugar en los casos siguientes: 1ª si el fiador hubiere manifestado, ante dos o más testigos idóneos, que pagaba con intención de no pedir jamás al deudor lo pagado. 2ª si hubiese hecho el fiador la fianza por su propia utilidad. 3ª si la hubiere otorgado contra la voluntad del deudor. 4ª si demandado el fiador no opusiese las excepciones legítimas con que pudiera destruirse la acción del acreedor*”.

El Proyecto de 1851 sigue la misma línea. En su art. 1752 (precedente del art. 1838 CC) concedía al fiador que ha pagado la acción de reembolso aun cuando se haya dado la fianza ignorándolo el deudor. La acción de reembolso comprendía la acción contraria de mandato y la acción de “*negotiorum gestorum*”. Si el fiador entro y pagó prohibiéndolo el deudor se estará al art. 1099, según el cual el que pagaba en contra de la voluntad del deudor no podrá repetir contra éste. GARCIA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, reimpresión de la edición de Madrid 1952, t. IV, Barcelona, 1973, p. 158, justificaba la disposición porque en este caso “*el que pagó no tiene porque quejarse, ante bien debe presumirse que quiso donar*”.

El anteproyecto del Código civil de 1882 recoge en su art. 18 la misma disposición contenida en el art. 1752 del Proyecto de 1851.

<sup>138</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 438, considera que la evolución moderna de la idea de gestión ha hecho crisis y se considera esta relación como una situación típica derivada del contrato de fianza, aunque la consideración del fiador como gestor permita la aplicación de algunas de las normas del mandato.

<sup>139</sup> DELGADO ECHAVARRIA, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1979, p. 346, entiende que “*la razón por la que el fiador asume la fianza, a instancia del deudor o previo acuerdo con el mismo o espontáneamente, y las relaciones que mantenga con el fiador, tradicionalmente encuadradas, con cierta imprecisión, en el mandato o en la gestión de negocios, no influyen para nada en la obligación fideiusoria*”.

preliminares. Sin embargo, y aunque la validez de la fianza “*prohibente debitoris*” resulta incuestionable en virtud de lo establecido en el art. 1.823.2 del Código civil, si puede plantearse el alcance de sus efectos en las relaciones entre el fiador y el deudor principal, tanto antes como después del pago. Con respecto a las acciones antes del pago, es difícil poder admitir que el fiador que se se ha obligado “*prohibente debitoris*” pueda después dirigirse contra el deudor ejercitando las acciones del art. 1843 del Código civil.

De los efectos que la fianza constituida “*prohibente debitoris*” produce después del pago se ha ocupado la doctrina al tratar las acciones de reembolso y subrogación. Algún sector doctrinal<sup>140</sup> estima que el fiador, en este supuesto, tiene acción de reembolso pero limitada al importe de la ventaja realmente experimentada por el deudor. Otros, afirman que el fiador tiene el mismo derecho de reembolso en este supuesto como en cualquier otro, ya que la oposición del deudor carece de relevancia<sup>141</sup>. Donde no existe, prácticamente, discrepancia en la doctrina es en aceptar que el fiador ostenta, en todo caso, el derecho a subrogarse en la posición del acreedor una vez realizado el pago de la obligación garantizada<sup>142</sup>. Así, si se defiende que el fiador no puede ser considerado como un tercero que paga una deuda ajena (art. 1.158 del Código civil “...*El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no*

---

<sup>140</sup> Así, DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 426, así parece entenderlo cuando indica que “*la fianza constituida con manifiesta oposición del deudor hace aplicable el párrafo tercero del art. 1158 CC*”.

<sup>141</sup> Entre los autores que defiende esta posición, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 260, defiende esta posición en base a los siguientes argumentos: 1º Si la oposición del deudor no es obstáculo para la constitución de la fianza, tampoco debe impedir que produzca la totalidad de sus efectos. 2º No son aplicables al caso los argumentos en cuya virtud se niega al gestor de negocios ajenos la acción que normalmente le corresponde, cuando actúa “*prohibente domino*”, ya que el reembolso o regreso en la fianza tiene su propio fundamento distinto al que lo justifica en la gestión de negocios. 3º Que el derecho de reembolso nace como una consecuencia legalmente establecida, presupuesta la existencia del negocio de la fianza que no exige la intervención del deudor. 4º Aunque el precepto refiera la aplicación de su contenido a la fianza dada “*ignorándola*” el deudor, no en contra de su voluntad, como ocurre en el art. 1823.2 CC, tal circunstancia no es suficiente para limitar los efectos de la fianza, si para su válida constitución se juzga irrelevante el desconocimiento y aun la oposición del deudor, lo mismo debe considerarse en cuanto a las consecuencias de tal conocimiento, entre ellas la posibilidad de prohibir o de oponerse a la garantía.

<sup>142</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 426, no obstante, teniendo en cuenta el momento de la constitución de la fianza, propone la aplicación de los art. 1158 y 1159 del CC, con lo cual parece excluir la subrogación del art. 1839 CC, con lo cual el fiador pagador dispondría únicamente de la acción de enriquecimiento del art. 1158.3 CC.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina está de acuerdo con la idea de que la fianza produce iguales efectos en todos los casos con independencia de la voluntad del deudor en el momento de constitución de la fianza; por todos GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 251.

*haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago..”*) y, por lo tanto, no es necesario para la plena subrogación en los derechos del acreedor frente al deudor el consentimiento del mismo. El fiador no es un extraño en la obligación principal, por el contrario, es siempre un interesado en el cumplimiento de la misma (art. 1.210.3 del Código civil “.. *Se presumirá que hay subrogación: ...3º. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación ....* “), además ha contado con la voluntad del acreedor para convertirse en fiador al realizar el contrato de fianza, por lo que la adquisición del crédito por subrogación no debería ser considerada una intromisión injustificada en la esfera jurídica del deudor<sup>143</sup>. De esta forma, se puede defender que, una vez efectuado el pago al acreedor por parte del fiador, la subrogación del fiador se da en todos los casos, incluso en el supuesto de fianza “*prohibente debitorum*”<sup>144</sup>, ya que de dicha subrogación no se deriva perjuicio alguno para el deudor, que le debe resultar indiferente pagar al

<sup>143</sup> La doctrina ha comparado los términos (art. 1158 C.c. “...*interés en el cumplimiento...*” y art. 1210.3 C.c. “...*interés en el cumplimiento....* “). HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, p. 164 y sts., sostiene que las personas que tengan “*interés en el cumplimiento*” de la obligación por la frase “...*salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que les corresponda..*”, no pueden ser otras que el deudor solidario y el fiador, que, naturalmente, son personas que tienen un evidente interés en subrogarse en los derechos del acreedor. Se presume que tanto el fiador como el deudor solidario pagan la deuda, no para liberar al deudor y extinguir la obligación, sino para liberarse ellos mismos y apropiársela.

<sup>144</sup> CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 43, defiende que la acción de regreso del art. 1838 CC no corresponde al fiador que convino la fianza “*prohibente debitorum*”, pero si admite la subrogación del fiador, “*cuya obligación fideiusoria es válida, subrogación que puede venir dada por el art. 1210.3 CC y a través de ella, la posibilidad de hacer valer el art. 1852 CC*” DEL OLMO GARCIA, *Pago del tercero y subrogación*, Madrid, 1998, p. 345, defiende una teoría que trata de aunar los distintos preceptos del CC, de tal manera que, partiendo de la idea de DIEZ PICAZO, y aceptando, a la vez, que la fianza produce iguales efectos en todos los casos, afirma que el derecho personal es, por regla general, el del art. 1838 CC, pero en los casos en que la fianza se constituyó en contra de la voluntad del deudor, habida cuenta de que ese art. 1838 CC no es más que la expresión de una acción contraria de mandato (o de gestión de negocios) habrá que acudir al art. 1158.3 CC para determinar cual es el derecho personal del fiador que concurre con la subrogación. Así indica que “*en efecto, la fianza produce siempre los mismos efectos con independencia de cual fuese la voluntad del deudor en el momento de constituir la (se produce una adquisición del crédito pagado en garantía del derecho personal subyacente), pero eso no implica que el derecho personal del fiador sea siempre el que deriva del art. 1838 CC. El derecho personal del fiador será el que corresponda según las circunstancias en que se produjo la intervención o intromisión (al constituir la fianza) del tercero/fiador. Es decir, que el pago realizado por un fiador que constituyó la fianza contra la expresa voluntad del deudor producirá una adquisición del crédito pagado en garantía de la acción de enriquecimiento que aparece como derecho personal subyacente.*” CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación*, Madrid, 1996, p. 105, señala que toda persona interesada institucionalmente en la obligación, considerada ésta como relación obligatoria, tiene interés en pagar o cumplir la misma ya que de ese modo se libera de su deuda, como sería el caso del deudor solidario y del fiador y afirma que la subrogación exige un convenio entre el que pretende subrogarse y el deudor, porque aunque es cierto que el acreedor es el titular de las garantías, sin embargo y de alguna manera, las garantías son del deudor, es el deudor el que las presta.

acreedor inicial como al subrogado (fiador)<sup>145</sup>. También los autores clásicos entendían que la desaprobación expresa del deudor a la constitución de la fianza era impedimento para que el fiador pudiera reclamar la acción de reembolso, porque no existía una relación previa de mandato o de gestión de negocios que lo permitiera y porque tenían en cuenta el principio de que no hay que involucrarse en los negocios de otro en contra de su voluntad; sin embargo, concedían al fiador que pagaba, aunque lo hiciera en contra de la expresa voluntad del deudor, la acción de subrogación, porque la subrogación no distingue situaciones especiales, por lo que siempre que se efectúa un pago la consecuencia inmediata es la subrogación<sup>146</sup>.

La finalidad de la acción de cobertura contenida en el art. 1.843 del Código civil es la de que el fiador garantice sus derechos de reintegro ante las particulares situaciones del deudor, por lo que el fiador tiene que estar legitimado para dirigirse frente al deudor, aunque la fianza se haya constituido “*prohibente debitoris*”, ya que de no ser así, se vería privado de la protección jurídica que el precepto otorga a todo fiador sin distinción alguna<sup>147</sup>.

Por ello, se podría estimar que si el fiador puede, en todo caso, incluso “*prohibente debitoris*”, subrogarse en la posición jurídica del acreedor después del pago, también debería poder exigir al deudor principal que se constituya garantía a su favor cuando concurra cualquiera de los supuestos previstas en el art. 1.843 del Código civil<sup>148</sup>, para así proteger su eventual derecho de crédito, siempre que la actuación del fiador esté ajustada a los criterios de la buena fe.

---

<sup>145</sup> En este sentido GUILARTE ZAPATERO, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 1823. ALONSO SÁNCHEZ, B., *La protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 32, defiende que por efecto del pago todo fiador se subroga “*ex lege*” en la posición jurídica detentada por el acreedor satisfecho, pudiendo hacer valer en su provecho todos los privilegios y garantías que acompañaban a la obligación afianzada de los que era titular el acreedor. Sigue indicando que el fiador sólo podrá exigir al deudor la cantidad total de la deuda, pero entendida ésta en los límites de lo que realmente haya pagado, admitiendo de este modo la subrogación a favor del fiador, incluso “*prohibente debitoris*”. REYES LOPEZ, *Algunas consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 del CC*, ADC, t. XLI, fascículo I, enero-marzo, 1988, p. 216, indica también que la subrogación legítima únicamente al fiador para reclamar la cantidad que desembolsó.

<sup>146</sup> BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL, *Trattato teorico-practico di Diritto Civile*, t. XXIV, Milano, p. 502.

<sup>147</sup> En el derecho argentino sí se impide al fiador que se ha obligado en contra de la voluntad expresa del deudor pedir el embargo de bienes del deudor o la exoneración de la fianza en los casos enumerados en el art. 2026 (art. 2027)

<sup>148</sup> Se excluye el supuesto 3º del art. 1843 C.c. ya que presupone un acuerdo entre el fiador y el deudor que no existe en la fianza “*prohibente debitoris*”.

Con respecto a las acciones que ostenta el fiador antes del pago contenidas en el art. 1.953 (“*Rilievo del Fideiussore*”) del Codice Civile italiano (“...*Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso (1.179), nei casi seguenti: ...*”) la doctrina italiana, en mayor medida, se ha mostrado partidaria con la tesis de admitir en todo supuesto de fianza el ejercicio de las acciones de relevación<sup>149</sup>. Lo mismo sucede en el art. 648 del Código civil portugués, que concede al fiador el “*direito á liberaçao ou à prestação de cauçao*”, dentro de la sección dedicada a las relaciones entre deudor y fiador, en la que se establece que el fiador que cumple la obligación de fianza queda subrogado en los derechos del acreedor en la medida en que estos fueran por él satisfechos, que todavía va más allá al permitir al fiador su liberación o que se preste caución a su favor para garantizar su derecho eventual contra el deudor. Por su parte la doctrina francesa se muestra contraria a admitir el ejercicio de las acciones de relevación antes del pago cuando la fianza se haya constituido en contra de la voluntad del deudor<sup>150</sup>.

Ambos preceptos (art. 1.953 Codice civile italiano y art. 648 del Código civil portugués) son reflejo de la tendencia existente en los códigos civiles más recientes consistente en que la acción de liberación o de garantía, antes del pago, pueda ser

---

<sup>149</sup> Así, FRAGALI, *Della fideiussiones, Comentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obbligazioni, art. 1936-1959, Bologna-Roma, 1968, p. 420, 421 y 423. afirma, frente a quienes niegan la posibilidad del ejercicio de las acciones de relevación basándose en que la fianza no aporta utilidad alguna al deudor, que el derecho del fiador no se justifica con base en la gestión de negocios, además incluso cuando el deudor no participa, ni siquiera indirectamente en la constitución de la fianza deriva un interés para él. Estima que el interés que hay que tener en cuenta es el del fiador y el fiador que ha asumido válidamente la garantía tiene interés en cumplir mediante el pago de la deuda garantizada, que tiene su justificación en el negocio de fianza y no en la relación jurídica con el deudor. La oposición del deudor no tiene fuerza para impedir la constitución de la garantía, por lo que es del todo inconcebible que puedan reducirse por ello la producción de los efectos típicos de la fianza y éste es uno de ellos. Además de que ninguna limitación se puede deducir de la letra del precepto que está formulado genéricamente y que admite todo tipo de fianza. La ley concede al fiador el derecho de subrogación y de regreso y la necesidad de protegerlos justifica la existencia de las acciones contenidas en el art. 1953. En este sentido favorable, RAVAZZOINI, *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, Torino, 1961, p. 287; BO, *Nuevo Digesto Italiano*, vol. V, Torino, 1938, p. 1123; En contra, PACIFICI MAZZIONI, *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*, vol. 2º, p. 512; CAMPOGRANDE, *Trattato Della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, p. 529.

<sup>150</sup> SIMLER, *Cautonnement et garanties autonomes*. 2ª ed.,. París, 1991, p. 472; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Trattato teorico-practico di Diritto Civile*, t. XXIV, Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione, Milano, p. 599.

utilizada por cualquier fiador en los diferentes supuestos de hecho que las diversas normas contemplan.<sup>151</sup>

#### **4. El art. 1.843 del Código civil y la fianza remunerada**

No obstante ser considerado tradicionalmente el contrato de fianza como un contrato gratuito, el art. 1.823 del Código civil (“..La fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso..”) permite también que la fianza lo sea a título oneroso, es decir, recibiendo el fiador una contraprestación por el hecho de asumir dicha garantía. Dicha remuneración puede estar a cargo del acreedor o del deudor principal; en el caso de que esté a cargo del acreedor podría llegar a entenderse que el contrato de fianza es sinalagmático<sup>152</sup>.

En el caso de que la retribución de la fianza venga a cargo del deudor, la doctrina se pregunta si dicha atribución debe traer como consecuencia el que se tenga la fianza por gratuita o retribuida. En este sentido fundamenta el criterio negativo en que siendo el deudor un tercero con respecto al contrato de fianza, constituido entre el fiador y el

---

<sup>151</sup> No obstante, otros Códigos como el alemán no permiten dicha interpretación ya que el parágrafo 775 dispone que “*si el fiador ha afianzado en un mandato del deudor principal o que si le corresponden, según las disposiciones sobre la gestión de negocios sin mandato, a causa de la asunción de la fianza, los derechos de un mandatario contra el deudor principal, puede exigir de éste la liberación de la fianza: 1.- Cuando la situación patrimonial del deudor principal ha empeorado notablemente. 2.- Cuando la persecución en juicio contra el deudor principal se hace más difícil a consecuencia de un cambio de domicilio, de establecimiento industrial o del lugar de residencia del deudor. 3.- Si el deudor principal está en mora en el cumplimiento de su obligación. 4.- Si el acreedor ha obtenido contra el fiador una sentencia ejecutiva para el cumplimiento. Si la obligación principal no está aun vencida, el deudor principal puede prestar seguridad para el fiador, en lugar de liberarle*”.

La doctrina francesa sigue en la línea tradicional de entender que el fiador tiene frente al deudor una acción de mandato o de gestión de negocio contra el deudor principal. Así, PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, París, 1954, p. 995; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. 3º, vol. 1ª, París, 1977, p. 40.

<sup>152</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 77, se manifiesta en contra de que la existencia de contraprestación a favor del fiador convierta el contrato de fianza en sinalagmático, pues en ningún caso son recíprocos el crédito del fiador por el premio y la responsabilidad asumida frene al acreedor por la deuda principal. Por consiguiente, la falta de pago de la contraprestación no faculta al fiador para liberarse de la fianza. Según CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 77, cuando en la fianza exista contraprestación por parte del acreedor, asumida como tal en el contrato en reciprocidad y equivalencia de garantía que obtiene del fiador, queda la fianza desnaturalizada, tanto jurídica como económicamente. La fianza, como contrato consensual obligatorio y unilateral, se proyecta institucionalmente en beneficio del acreedor. La existencia de contraprestación, que tiende a la equivalencia en el sentido de igualar o superar la prestación, anula dicho beneficio. Una de dos: o el negocio que la contempla no es fianza o no puede hablarse jurídicamente de contraprestación.

acreedor, dicha atribución del deudor no debería influir en la causa gratuita u onerosa del contrato de fianza<sup>153</sup>.

El análisis de la remuneración de la fianza y los supuestos en los que se debe entender que la fianza es gratuita o remunerada no es objeto de esta tesis, pero sí el hecho de discernir si el art. 1.843 del Código civil es aplicable a los supuestos de fianza remunerada, tanto por el deudor como por el acreedor o por un tercero.

CASANOVAS MUSSONS<sup>154</sup>, afirma que en el supuesto de que el fiador haya pactado con el deudor una retribución económica, se muestra partidaria, en principio, de no privar al dicho fiador oneroso de las facultades concedidas por el art. 1.843 del Código civil. En apoyo de dicha tesis argumenta que la retribución recibida por el fiador no altera su derecho de reembolso del art. 1.838 del Código civil y lo que se compensa al fiador es un riesgo normal (la eventualidad de tener que pagar), no el riesgo extraordinario, o injustificado, de devenir deudor principal, cuando esta responsabilidad no se ha asumido frente a nadie. No obstante, dicho argumento inicial, llega a la conclusión final de que lo más acertado es adoptar una solución individual para cada uno de los supuestos del art. 1.843 del Código civil<sup>155</sup>.

En el caso de que la retribución provenga del acreedor, o de un tercero, no debería ser motivo para condicionar el ejercicio de las acciones del art. 1.843 del Código civil por

---

<sup>153</sup> LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, RCDI, col. 1, 1981, p. 735; GULLÓN BALLESTEROS, *Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional*, La ley, 1989, p. 790. DELGADO ECHEVARRIA, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1979, p. 349, indica que para resolver esta cuestión, así como otros referentes a la onerosidad o gratuidad de la fianza, no hay que situarse en el terreno de la causa del contrato, sino de la causa de la atribución que el fiador hace al acreedor, consistente en la ventaja patrimonial que representa la garantía de su crédito originario a través de la abertura de un segundo patrimonio a su poder de agresión. Desde esta perspectiva la atribución es a título oneroso, no sólo cuando el fiador recibe una remuneración del deudor, sino también cuando el acreedor acuerda en atención a la garantía que recibe, una ventaja, no ya al fiador, sino al deudor garantizado. Como criterio indicativo puede entenderse que es onerosa la fianza contemporánea a la obligación onerosa convencional que garantiza, cuando ha sido prestada no espontáneamente, sino a requerimiento del acreedor, así se entiende que el acreedor no hubiera, sin la fianza, concedido el crédito al deudor, o lo hubiera hecho en concisiones más gravosas. Siendo la fianza posterior a la deuda que garantiza, serán criterios indicativos de la onerosidad el haber el acreedor reducido el capital o el interés debido o concedido una moratoria al deudor o alguna ventaja similar.

<sup>154</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 189.

<sup>155</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984 p. 189, así indica que la existencia de remuneración no representa obstáculo especial a la liberación del fiador en su supuesto 2º (“*quiebra, concurso e insolvencia*”); menor dificultad ofrecen las situaciones 1º y 4º, aunque parece evidente que, en estos casos, obtenida la liberación, el fiador perderá el derecho a reclamar del deudor la retribución prometida.

parte del fiador, ya que el riesgo asumido por el fiador sigue siendo, a pesar de la remuneración y salvo que se pacte otra cosa, un riesgo normal del contrato, es decir no queda alterado dicho riesgo por el hecho de haber recibido una remuneración.

En el supuesto de que la remuneración vaya a cargo del deudor, dicho hecho supone un acuerdo entre el deudor y fiador, que puede haberse incluido o no en el contrato de fianza, y por lo tanto habría de estarse a los términos de dicho acuerdo para poder discernir en cada caso cual es el riesgo asumido por el fiador a cambio de la retribución. Al respecto, podría defenderse que, salvo que otra cosa se establezca en el acuerdo, el riesgo asumido por el fiador en el contrato de fianza es un riesgo normal y no un riesgo extraordinario o injustificado, por lo que debería concluirse que el fiador podrá ejercer, aun en el caso de que la fianza sea remunerada, las acciones de relevación del art. 1.843 del Código civil. En apoyo de esta tesis se puede argumentar que en el art. 1.843 del Código civil no se hace distinción alguna para el ejercicio de las acciones de relevación o de garantía entre la fianza remunerada o gratuita, ni tampoco en ninguno de los supuestos contemplados en la norma se restringe su ejercicio a los casos de fianza remunerada o gratuita<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> En el art. 1757 del Proyecto de Código de 1851 si se hacía una salvedad a la aplicación de la norma al disponer que “*el fiador por título oneroso no puede aprovecharse de la disposición de este número 6*”. Dicho número 6 recogía la misma circunstancia del art. 1843.5 CC (“*al cabo de 10 años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de 10 años*”). Dicha prohibición significaba que el fiador oneroso estaba legitimado para pretender su liberación en los casos restantes. La razón que justificaba la liberación del deudor era que al ser la fianza un acto gratuito la excesiva duración en el tiempo podía resultar perjudicial para el fiador, de aquí la excepción contenida en el número 6 del precepto, ya que si la fianza era remunerada no se justificaba tal liberación.

En el Anteproyecto de 1882 no se hacía ninguna excepción en relación con el fiador oneroso, como tampoco lo hacía el art. 2112 del Proyecto belga de Laurent, ni ninguno de los artículos concordantes de los códigos de nuestro entorno jurídico.

También en el art. 1743 del Proyecto de 1851 se incluyó la posibilidad de que la fianza pudiera no ser gratuita (norma reproducida literalmente en el art. 1823.1 del Código civil). En el art. 2091 del Anteproyecto belga de Laurent se indicaba que “*Le cautionnement est un contrat de bienfaisance, mais il n’est pas essentiellement gratuit; la caution peut stipuler une indemnité por le service qu’elle rend au débiteur*” (*La fianza es un contrato de beneficencia, pero no es esencialmente gratuito; la caución puede estipular una indemnidad por el servicio que le presta al deudor*). En el Código civil francés no se dice nada al respecto.

GARCIA GOYENA, *Corcordancias motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Barcelona, 1973, p. 163, indicaba que la fianza gratuita, que es un acto de beneficencia a favor de sólo el deudor, debe ser más favorecida que la onerosa, puesto que de ésta resulta beneficio o utilidad al mismo fiador. La excepción procede del art. 359 del Código prusiano.

No obstante, y teniendo en cuenta el silencio del art. 1.843 del Código civil al respecto de no hacer ninguna distinción en sus supuestos a la fianza retribuida o gratuita<sup>157</sup>, en el supuesto 5º del art. 1.843.5 del Código civil (“.. *Al cabo de 10 años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los 10 años...*”) se debería aplicar una solución distinta a la de los otros supuestos del mencionado precepto en el caso de que la fianza sea remunerada; no obstante, CASANOVAS MUSSONS al respecto afirma que “.. *el silencio en principio no justifica una solución distinta a la de los demás supuestos del art. 1.843 – ubi lex non distinguit ...*”<sup>158</sup>. No obstante, a la vista de la regulación del art. 442 del Código de comercio para las fianzas mercantiles (“... *en los contratos por tiempo indefinido, pactada una retribución al fiador, subsistirá la fianza hasta que, por la terminación completa del contrato principal que se afiance, se cancelen definitivamente las obligaciones que nazcan de él, sea cual fuere su duración, a no ser que por pacto expreso se hubiere fijado plazo a la fianza ...*”), podría dudarse que el fiador ostentase las acciones antes del pago en el supuesto 5º del art. 1.843 del Código civil en la fianza remunerada, máxime teniendo en cuenta que la excepción del art. 442 del Código de comercio no parece tener su fundamento en el carácter mercantil de la fianza, sino en que existen razones para pensar que la excesiva prolongación en el tiempo de la fianza es precisamente lo que se le ha remunerado al fiador<sup>159</sup> y por lo tanto es un riesgo extraordinario que asume.

En conclusión, sobre la aplicación o no del art. 1.843 del Código civil a la fianza remunerada, la mejor solución podría ser estar a la voluntad del fiador y deudor al establecer la remuneración y la intención de ésta. En el caso de que de dicho acuerdo no se desprenda que a cambio de una remuneración el fiador ha asumido un riesgo mayor que el normal del contrato de fianza, por ejemplo en el caso de una fianza indefinida, no debería coartarse al fiador a utilizar las acciones del art. 1.843 del Código civil en cualquiera de los cinco supuestos que en el citado precepto se establecen. Es decir, que el criterio será en todo caso discernir si la voluntad del fiador al recibir la remuneración

<sup>157</sup> Tampoco se menciona en el art. 1032 del Código civil francés, ni en el art. 2112 del Anteproyecto belga de Laurent.

<sup>158</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 191.

<sup>159</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 191.

del deudor, en la fianza onerosa, ha sido asumir un riesgo mayor que el que significa el normal del contrato de fianza<sup>160</sup>.

## **5. El art. 1.843 del Código civil y la hipoteca en garantía de deuda ajena**

### **5.1. Estado de la cuestión**

En principio podría llegar a defenderse que el hipotecante de deuda ajena es un garante análogo al fiador y, en consecuencia, que procede la aplicación analógica de los preceptos reguladores de la fianza respecto a las normas cuyo fundamento jurídico sea predicable también de la situación jurídica del hipotecante no deudor; es decir, que encuentren su razón de ser en la cualidad de garante de una obligación ajena, siempre que no se trate de disposiciones que, por responder a la estructura de la fianza, resultan incompatibles con la naturaleza real de la hipoteca<sup>161</sup>. Así, por ejemplo, en el art. 1.826 del Código civil (“ ..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 hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor..”), al ser la fianza una obligación accesoria de otra principal a la que garantiza, contempla como tope máximo de la obligación de garantía la correspondiente obligación principal, no siendo trasladable el contenido del art. 1.826 del Código civil al derecho real de hipoteca ya que en este caso se utiliza un mecanismo de garantía diferente; así, la hipoteca del no deudor constituye un derecho real cuya extensión está regulada por la Ley Hipotecaria (aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946), en cuanto al objeto hipotecado en los art. 109 a 113 y en cuanto a la obligación garantizada en los art. 114 y 115. En consecuencia, el hipotecante no deudor no se obliga y por lo tanto no se puede hablar de la extensión de su obligación; al hipotecar, grava un bien de su propiedad cuyo valor puede ser inferior, igual o superior al del montante de la obligación principal, de tal forma, que si la hipoteca llega a ejecutarse se realizará el bien hipotecado en pública subasta y el montante de dinero que se obtenga se destinará a amortizar el correspondiente crédito del acreedor y el sobrante, en caso de existir, restará para otros acreedores con el orden de prelación y requisitos establecido por la ley o, en su ausencia, restará para hipotecante.

---

<sup>160</sup> En este sentido CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 191.

<sup>161</sup> CARPI MARTÍN, R., *Estudios de Derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo blach, Valencia, 2002, p. 53-60.

De esta forma, sería la unidad de la función de garantía<sup>162</sup>, que comparten tanto la fianza como la hipoteca por deuda ajena, la que debería hacer posible la aplicación analógica de todas aquellas normas reguladoras de la fianza en las que su estructura no sea decisiva, sin perjuicio de que, dicho recurso a la analogía, sólo será posible cuando exista un vacío normativo en el régimen jurídico de la hipoteca por deuda ajena, siendo, en consecuencia, innecesaria la analogía en aquellas cuestiones ya contempladas desde la legislación hipotecaria. Así, no cabrá preguntarse sobre la aplicación analógica de las normas que consagran el carácter accesorio de la fianza (art. 1.824.1, 1.825 y 1.847 del Código civil) ya que en la legislación hipotecaria también se proclama la accesoriedad de la hipoteca y sus consecuencias (art. 1.858, art. 1.876 del Código civil y art. 104, 105, 142 y 150 de la Ley hipotecaria), ni sobre las previsiones del art. 1837 del Código civil (“*..Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos.....*”) ya que los art. 119 y sts. de la Ley hipotecaria contienen el régimen de distribución de responsabilidad hipotecaria, aplicables al hipotecante no deudor.

No es este el caso del art. 1.843 del Código civil en el que se concede al fiador, antes del pago y en los supuestos tasados que contempla, la facultad de accionar frente al deudor a fin de obtener la relevación de la fianza o una cobertura que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor o de la insolvencia del deudor. De esta forma, la finalidad de la norma parece ser la de evitar que quede frustrado el derecho del fiador al reembolso de lo pagado al acreedor en cumplimiento de la obligación *fideiusoria*<sup>163</sup>, derecho reconocido en los art. 1.838 y art. 1.839 del Código civil; es decir, las acciones previstas en el art. 1.843 del Código civil son medidas tendentes a no frustrar el derecho a

<sup>162</sup> En este sentido, CARPI MARTIN, R., *Estudios de derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 53 y 54.

<sup>163</sup> CASSANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 192-193 y 198, afirma que el factor determinante de la facultad concedida por el art. 1843 es el perjuicio del fiador, representado por una mayor onerosidad de su obligación. Esta mayor onerosidad se orienta en dos direcciones; por una parte, el perjuicio del fiador no consiste tanto en tener que pagar al acreedor como en tener que hacerlo sin probabilidades de recuperar del deudor su indemnidad. El fiador es un obligado subsidiario no es un deudor principal. Por otro lado, la mayor onerosidad que justifica la acción del art. 1843 se traduce en la excesiva duración de la obligación del fiador. Añade el citado autor, que este doble perjuicio de la frustración del eventual reembolso y de la prolongación de la obligación del fiador en el tiempo está presente en mayor o menor medida en todos los casos del art. 1843, aunque puede distinguirse claramente dos grupos atendiendo al criterio que resulte dominante en cada uno de ellos; al primer grupo pertenecerían los núms. 1º y 2º, y al segundo, los núms. 3º, 4º, y 5º.

recuperar lo pagado, bien de una forma cautelar (acción de garantía) o bien de una manera definitiva (acción de relevación); en cambio no existe en sede de hipoteca una norma similar que conceda un trato al hipotecante no deudor semejante al que se establece para el fiador en el art. 1.843 del Código civil.

Ante dicha situación se ha discutido por la doctrina si es posible la aplicación analógica del art. 1.843 del Código civil al hipotecante no deudor. Hay parte de la doctrina que se ha mostrado favorable a dicha aplicación analógica<sup>164</sup>, pero también hay doctrina que defiende su no aplicación<sup>165</sup>. Por parte del Tribunal Supremo ha tenido ocasión por dos veces de pronunciarse sobre la materia. La primera en la Sentencia de 26 de mayo de 1959, en la que negó que un pignorante por deuda ajena pudiese utilizar las acciones del art. 1.843 del Código civil, y la segunda, más reciente, en la Sentencia del 6 de octubre de 1995, en la que adopta idéntico criterio en relación a un hipotecante por deuda ajena.

## ***5.2. La Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de octubre de 1995***

El Tribunal Supremo, tras el precedente consistente en la Sentencia del 26 de mayo de 1959 en la que un pignorante por deuda ajena solicitaba su liberación en virtud del art. 1.843.5 del Código civil, ha tenido la ocasión de tratar por segunda vez la cuestión del ejercicio de las acciones del art. 1.843 del Código civil por parte del garante real, está vez referido específicamente al hipotecante no deudor, en la Sentencia núm. 858/1995 (Sala de lo Civil) de 6 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo; en ambas sentencias ha resuelto a favor de la denegación del ejercicio del art. 1.843 del Código civil por parte de los garantes reales de deuda ajena..

En concreto, el Tribunal Supremo, en esta segunda Sentencia, se ha pronunciado sobre si las acciones del art. 1.843 del Código civil son ejercitables por quien otorga hipoteca en aseguramiento de una obligación ajena. En la Sentencia del 6 de octubre de 1995

---

<sup>164</sup> Así son favorables, MORENO QUESADA, L., *Las garantías reales*, p. 149 y sts., CORDERO LOBATO, E., *Sentencia 6 de octubre de 1995, hipoteca en garantía de obligación ajena, inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos civitas de jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254. Entre la doctrina italiana defienden el derecho de hipotecante no deudor a la utilización de las acciones de relevación y aseguramiento, PALUMBO, *La concessione d'ipoteca da parte del terzo*, p. 55 y sts., GORLA, G., *Comentario del Codice civile, Tutela dei diritti*, libro sexto, art. 2740-2899, Bologna, 1954, p. 600.

<sup>165</sup> Así, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 359.; RUBINO, D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare; en Trattato di diritto civile e commerciali*, vol. XIX, Milano, 1956. p. 478.

consta en los fundamentos de derecho que los hipotecantes no deudores eran socios de la sociedad deudora y habiendo sido demandados por la vía del art. 131 de la Ley Hipotecaria<sup>166</sup>, interpusieron demanda contra la deudora, interesando asimismo como medida cautelar embargo preventivo de sus bienes, alegando, entre otros, como fundamentos de derecho el art. 1.843.1 del Código civil, y suplicando se condenara a la deudora a relevar a los actores de las responsabilidades que contrajeron frente al acreedor en la escritura de hipoteca o, alternativamente, a garantizar la suma correspondiente al montante garantizado en la hipoteca. Tanto en primera instancia como en la Audiencia fueron estimadas las peticiones del demandante-hipotecante basándose en ambas instancias en la doctrina del enriquecimiento sin causa y añadiendo a este argumento la aplicación analógica del art. 1.843.1 del Código civil.

En los fundamentos de derecho de la citada Sentencia se indica que para determinar la posible aplicación del art. 1.843.1 del Código civil se debe proceder, previamente, a analizar la naturaleza jurídica del vínculo contraído por las partes, para lo cual señala que *“...los demandantes han realizado un contrato de hipoteca con el Banco .. en garantía de una obligación ajena ... El pacto de hipoteca genera, partiendo del derecho de dominio, un nuevo derecho real, de menor entidad y cualitativamente distinto que se transmite o deriva a otro sujeto, el acreedor hipotecario, y cuyo contenido es la adquisición del derecho de realización de valor de la cosa hipotecada, para el supuesto de que el obligado principal no cumpla la obligación. Sujeta directa inmediatamente la cosa sobre la que recae al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida y ello cualquiera que sea su poseedor. El acreedor hipotecario adquiere, pues, un derecho real que disminuye el derecho del propietario de la cosa. Cuando el deudor es dueño de la cosa hipotecada, además de haber enajenado el poder de realización del valor de la cosa, responde con todos sus bienes presentes y futuros, en virtud de la responsabilidad patrimonial universal del art. 105 LH, salvo que al constituirse la garantía accesoria, en que consiste la hipoteca, se haya hecho expresa limitación de la responsabilidad mediante pacto permitido por el art. 140 LH. El hipotecante dueño es, pues, deudor principal y además ha sujetado bienes concretos al pago de la deuda principal, pero de modo tal que si al realizar el valor no se tuviera*

---

<sup>166</sup> El art. 131 de la LH ha sido objeto de modificación por la disposición final 9ª de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, la cual introduce un nuevo procedimiento de ejecución de las garantías reales en los art. 681 y sts.

*dinero suficiente para cumplir la obligación, sería posible perseguir el cumplimiento con otros bienes de su patrimonio. Cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si éste es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor, aunque no haya pacto limitativo de responsabilidad, porque el art. 140 LH no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del art. 105. Lo mismo sucedería en caso de pérdida o destrucción de la cosa, sin culpa del hipotecante que determinaría la extinción de la hipoteca, sin que su patrimonio quede sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada. En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador. Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto (si no es solidario) a la “conditio iuris” del impago. El dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable “erga omnes”. Esto sentado, ha de analizarse si el art. 1.843.1 es aplicable a las hipotecas, conocidas como “fianzas reales”, por el hecho de ser así llamadas y, previamente analizar la naturaleza jurídica y contenido de la acción conferida a los fiadores en el referido artículo. El art. 1.843 permite en los supuestos por él contemplados ejercitar una acción para obtener la relevación de fianza o una garantía que le ponga a cubierto en los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Es, en definitiva, una acción cautelar, de utilidad difícil de imaginar, porque la relevación de fianza requiere consentimiento del acreedor afianzado y la garantía frente a los procedimientos del acreedor no parece razonable extenderla a la hipoteca en que, precisamente el titular dominical ha enajenado el poder de realización y disminuido el contenido natural de su propiedad, en virtud del contrato de constitución de la hipoteca, cuya causa incluso puede ser onerosa y que en todo caso se presume. La “ratio legis” de la norma, contenida en el art. 1843.1, no se da en la ejecución hipotecaria, en que no se conoce la cantidad que podrá reclamarse hasta la celebración de la subasta; es posible hasta discutir si el propietario es demandado en el sentido de dicho precepto, y no parece que deba tenerse en cuenta el “periculum in mora”, propio de las medidas cautelares, cuando el propietario conscientemente constituyó el gravamen. La conclusión que se obtiene,*

*carente en absoluto de precedentes jurisprudenciales, salvo el representado por la Sentencia de 26 de mayo de 1950, en la que se negó el carácter de fianza a una garantía real, salvo efectos de comercio, es la estimación del motivo, y por ello del recurso y la casación ..... “.*

La Sentencia del Tribunal Supremo, anteriormente reproducida, representa la segunda vez que, tras la Sentencia del 26 de mayo de 1959, el Alto Tribunal ha tenido ocasión de tratar la cuestión de si es aplicable el art. 1.843 del Código civil a los garantes reales de deuda ajena.

En la primera Sentencia de fecha 26 de mayo de 1959, sobre una cuestión relativa a un pignorante por deuda ajena que solicitó su liberación, alegando el supuesto 5º del art. 1.843 del Código civil (“.. *Al cabo de 10 años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los 10 años ..*”), el resultado fue denegatorio a la aplicación del art. 1843 del Código civil al supuesto.

La segunda Sentencia de fecha 6 de octubre de 1995, reproducida en el anterior apartado, trataba de una hipoteca en garantía de deuda ajena. Con posterioridad al procedimiento sumario hipotecario del art. 131 de la Ley hipotecaria en ejecución de la hipoteca, el hipotecante presentó demanda contra el deudor fundada, entre otros, en el art. 1843.1 del Código civil; en la demanda suplicaba, entre otros pedimentos, la condena de la deudora a relevar a los actores-hipotecantes de las responsabilidades que contrajeron frente al acreedor en la escritura de hipoteca o, alternativamente, a garantizar la suma total por la que se estableció la garantía hipotecaria sobre las fincas de su propiedad,. El Tribunal Supremo, al igual que en la anterior Sentencia, desestima la aplicación del art. 1.843 del Código civil.

La Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de octubre de 1995 fundamenta su resolución en tres argumentos denegatorios. En primer lugar, indica que “... *el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador. Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor...*”. A dicha conclusión llega el Tribunal Supremo después de razonar que el pacto de hipoteca genera, partiendo

del derecho de dominio, un nuevo derecho real de menor entidad y cualitativamente distinto que se transmite o deriva a otro sujeto, el acreedor hipotecario, y cuyo contenido es la adquisición del derecho de realización de valor de la cosa hipotecada para el supuesto de que el obligado principal no cumpla la obligación. Así el acreedor hipotecario adquiere un derecho real que disminuye el derecho del propietario de la cosa. Analiza asimismo el Tribunal Supremo la distinta situación en la que se encuentra el hipotecante-deudor del hipotecante-no deudor. Así, el hipotecante-deudor, además de haber enajenado el poder de realización del valor de la cosa, responde con todos sus bienes presentes y futuros, en virtud de la responsabilidad patrimonial universal del art. 105 de la Ley hipotecaria, a salvo la limitación del art. 140 de la Ley hipotecaria; el hipotecante-deudor es deudor principal y además ha sujetado bienes concretos al pago de la deuda, de modo que si al ejecutar la hipoteca no consiguiera el montante suficiente para amortizar la deuda, se podría perseguir, en cuanto al resto, otros bienes de su patrimonio. Por otro lado, cuanto el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal no se convierte en deudor; de esta forma su responsabilidad se agota en el límite obtenido al ejecutar la hipoteca y, en consecuencia, si ésta es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir los bienes del deudor.

A dicho argumento se le podría objetar que, si bien la premisa de la que parte es correcta (“... cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor ...”), parece que no es suficiente para excluir al hipotecante no deudor del art. 1843 del Código civil. Es decir, dicho argumento sí que sirve para excluir al hipotecante no deudor de la aplicación del art. 1.822.1 del Código civil (“... Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste...”), pero no explica porqué quien soporta un gravamen constituido en garantía de una deuda ajena, aunque sea mediante una técnica distinta a la de sumar a la del deudor su propia responsabilidad patrimonial universal, no puede ser considerado un garante análogo al fiador. De esta forma, del argumento del Tribunal Supremo no se puede objetar que ambas (fianza / hipoteca en garantía de deuda ajena) son instituciones de diversa naturaleza, pero extraer de ahí la conclusión de que no cabe la aplicación analógica a la hipoteca por deuda ajena de ninguna de las normas que regulan la fianza supone desconocer que, a pesar de ser instituciones diferentes, fiador e hipotecante no deudor comparten idéntica función (garantía de una obligación ajena), de modo que

aquellas normas en las que el supuesto de hecho contemplado pueda surgir tanto para el hipotecante no deudor como para el fiador, no debería haber razón que impidiera acudir a la analogía<sup>167</sup>. Concretamente en el art. 1.843 del Código civil se trata de evitar, de manera anticipada, que se fustren las expectativas de recuperar lo desembolsado como garante de una obligación cuando se dan determinadas circunstancias que hacen presumir que el deudor no será capaz de hacer frente a la deuda que contrae con el fiador cuando éste satisface el crédito principal. De esta forma, la situación es similar para el hipotecante no deudor, que eventualmente soportará la ejecución de la hipoteca, que a favor del acreedor constituye sobre su finca, y que puede ver frustradas sus expectativas de cobro cuando se den las circunstancias contempladas en el art. 1.843 del Código civil de igual modo que el fiador.

El segundo argumento denegatorio utilizado en la citada Sentencia por el Alto Tribunal es que no es razonable la aplicación analógica del art. 1.843 del Código civil a quien conscientemente constituyó el gravamen (“... *la relevación de fianza requiere consentimiento del acreedor afianzado y la garantía frente a los procedimientos del acreedor no parece razonable extenderla a la hipoteca en que, precisamente, el titular dominical ha enajenado el poder de realización y disminuido el contenido natural de su propiedad .... La ratio legis de la norma, contenida en el art. 1843.1, no se da en la ejecución hipotecaria ... y no parece que deba tenerse en cuenta el periculum in mora, propio de las medidas cautelares, cuando el propietario conscientemente constituyó el gravamen...*”). En este sentido se podría argumentar, en contra, que si se quiere justificar la no aplicación del art. 1.843 del Código civil en que el hipotecante por deuda ajena se ha expuesto voluntariamente al riesgo de ser ejecutado por dicha deuda no propia, en este mismo contexto también se encuentra el riesgo asumido por el fiador, al prestar la fianza. Es decir, la afirmación de que el hipotecante “*conscientemente constituyó el gravamen ...*” parece significar que el hipotecante garantiza de manera voluntaria, y por eso no cabe que ejercite la acción del art. 1.843 del Código civil, sino que debe soportar las consecuencias del riesgo asumido; eso mismo puede también decirse del fiador voluntario que también se expone al riesgo de tener que pagar por un tercero y, en cambio, sí goza de los beneficios del art. 1.843 del Código civil.

---

<sup>167</sup> CARPI MARTÍN, R., *Estudios de Derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo blach, Valencia, 2002, p. 53 a 60.

Asimismo se podría argumentar a favor de la aplicación de la norma al hipotecante no deudor que el fundamento del art. 1.843 del Código civil no es evitar que el garante soporte el riesgo contraído, sino evitar que tenga que hacerlo sin posibilidades de recuperar lo desembolsado. También se podría afirmar que garantizar una deuda no debe suponer asumirla; el garante responde frente al acreedor, pero posee el derecho de reclamar al deudor el valor patrimonial perdido con la realización de la garantía. La justificación de dicho derecho la proporciona de un lado la doctrina del enriquecimiento injusto, que sirve de fundamento al art. 1.158 del Código civil, y de otro, la función de garantía, que sirve de base al art. 1.838 del Código civil que regula, en sede de fianza, el derecho de reembolso del fiador, cuya aplicación analógica al hipotecante no deudor podría defenderse<sup>168</sup>. Así, al ser la función de garantía el fundamento de la mayor amplitud del derecho de reembolso del fiador, respecto del reconocido con carácter general a todo tercero que paga una deuda ajena en el art. 1.158 del Código civil, se podría defender que no hay obstáculo para entender aplicable al hipotecante no deudor, por vía de analogía “*legis*”, este derecho atribuido al fiador por el art. 1838 del Código civil, dado que ambos cumplen idéntica función de garantía<sup>169</sup>. De esta forma la facultad reconocida en el art. 1.843 del Código civil no es más que una medida de protección del derecho de regreso frente al deudor que no contradice el carácter voluntario de la garantía.

Es más “*a contrario*” dicho argumento (“... *conscientemente constituyó el gravamen...*”) podría traer como consecuencia que cuando el hipotecante por deuda ajena no haya constituido el gravamen conscientemente (por ejemplo tercer poseedor de la finca hipotecada) si debería ser entonces, según la tesis, aplicable en dicho supuesto el art. 1.843 del Código civil.

El tercer, y último, argumento denegatorio del Tribunal Supremo consiste en que no se dan en la hipoteca por deuda ajena los presupuestos para la aplicación del art. 1.843.1 del Código civil (“... *La ratio legis de la norma, contenida en el artículo 1.843.1, no se*

---

<sup>168</sup> En este sentido, CARPI MARTÍN, R., *Estudios de Derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo blach, Valencia, 2002, p. 53 a 60.

<sup>169</sup> En este sentido, CARPI MARTÍN, R., *Estudios de Derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo blach, Valencia, 2002, p. 53 a 60.

da en la ejecución hipotecaria .... ); todo ello por tres razones. La primera, porque la cuantía de la deuda que podrá reclamarse es indeterminada (“... *no se conoce la cantidad que podrá reclamarse hasta la celebración de la subasta ...*). A dicho argumento se podría oponer que se desconoce la posibilidad que tiene el fiador de solicitar la medida cautelar de embargo preventivo por el incumplimiento de la obligación de hacer personalísimo por parte del deudor de relevar o garantizar (art. 1.843 del Código civil) aun siendo la cuantía ilíquida e indeterminada hasta el momento en el que se produzca el pago: así, en virtud del art. 721 de la LEC se establece que “ *Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia..*,” en el art. 726 de la LEC “.. *El Tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1º Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria .... 2º No se susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz ...* “ y en art. 727 de la LEC “.. *podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: 1º El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos. Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado...*”. En consecuencia, con el argumento utilizado por el Tribunal Supremo se está negando no sólo la posibilidad de que las acciones de relevación y cobertura puedan ser ejercidas por el hipotecante no deudor, sino que tampoco puedan serlo por el fiador; en ambos casos la cuantía está indeterminada hasta el momento del pago.

La segunda razón es porque es “*posible hasta discutir si el propietario es demandado en el sentido de dicho precepto...*”; es decir a los efectos de lo establecido en supuesto primero del art. 1.843 del Código civil (“*Cuando se ve demandado judicialmente para el pago*”). Ante ello se podría oponer una interpretación finalista del precepto, es decir, entender que lo que pretende al exigir el art. 1.843.1 del Código civil una demanda

judicial es que el fiador no disponga de las acciones de relevación y cobertura cuando la posibilidad de que se concrete el riesgo que ha asumido mediante la fianza es romota, es decir, que dichas acciones no sean utilizadas ante cualquier petición de pago del acreedor, sino sólo cuando exista realmente riesgo de que deba hacerse frente a la deuda principal. Esta situación de peligro existe cuando el fiador se ve demandado judicialmente para el pago, pero también cuando el hipotecante se ve inmerso en un procedimiento de ejecución hipotecaria de carácter sumario como lo era el art. 131 de la Ley Hipotecaria<sup>170</sup>. En este sentido en el art. 1843.1 del Código civil se pueden incluir todas las reclamaciones efectuadas por vía judicial solicitando la satisfacción de la deuda principal al tercero garante<sup>171</sup>

La tercera razón es “...*cuya causa incluso puede ser onerosa y en todo caso se presume ...*”. Con independencia de que, seguramente, a lo que se refiere el Alto Tribunal es que lo que se presume es la existencia de la causa del contrato, no el que la misma sea onerosa<sup>172</sup>, ¿qué relación tiene la gratuidad u onerosidad de la hipoteca del no deudor para negar la aplicación del art. 1.843 del Código civil, frente a la gratuidad u onerosidad de la fianza?. En el apartado 4º de este trabajo ya se estudió la remuneración en sede de fianza, defendiéndose que, en el caso de que dicha remuneración provenga del deudor, habrá que estar a la intención del fiador y deudor al constituir y remunerar la fianza; es decir, si lo ha sido el asumir, en virtud de dicha remuneración, un riesgo mayor por parte del fiador, y en consecuencia, la dejación del ejercicio de las acciones del art. 1.843 del Código civil<sup>173</sup>. Lo cierto es que, en general, el fiador podrá ejercitar las acciones de relevación y garantía con independencia de que la fianza sea onerosa o gratuita; tan sólo en el supuesto quinto del art. 1.843 del Código civil (“...*Al cabo de diez años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años...*”) el carácter remunerado, siendo la fianza mercantil,

---

<sup>170</sup> Sustituido por la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil por otro procedimiento.

<sup>171</sup> DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Madrid, 1993, p. 439, sostiene que será suficiente cualquier acto procesal que tenga por objeto la iniciación del proceso.

<sup>172</sup> En este sentido, CORDERO LOBATO, E., *Sentencia 6 de octubre de 1995. Hipoteca en garantía de obligación ajena; inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254.

<sup>173</sup> Este era el sentir de CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 191.

impediría ejercitar dichas acciones, en virtud de lo establecido en el art. 442 del Código de comercio (“...*En los contratos por tiempo indefinido, pactada una retribución al fiador, subsistirá la fianza hasta que, por la terminación completa del contrato principal que se afiance, se cancelen definitivamente las obligaciones que nazcan de él, sea cual fuere su duración, a no ser que por pacto expreso se hubiere fijado plazo a la fianza.*”).

En realidad la aplicación del art. 1.843 del Código civil no depende de que el garante sea o no remunerado, sino de que, tras el pago al acreedor, exista derecho de regreso frente al deudor, es decir, que las acciones de relevación y cobertura que en el citado precepto se establecen sólo se justifican en la medida de la futura existencia del mencionado derecho de regreso. Es decir, el art. 1.843 del Código civil concede al fiador las acciones de relevación y cobertura en contemplación de su derecho de regreso tras el pago. Cuando en virtud de la relación entre fiador y deudor, aquél carezca de regreso frente al éste por ser la fianza la contrapartida a una prestación del deudor, podrá el deudor oponerse a la acción de relevación y cobertura del fiador, al carecer dicha acción de fundamento por no existir derecho de regreso; lo mismo puede aplicarse al hipotecante no deudor cuando la hipoteca se constituya en cumplimiento de una obligación frente al deudor. El argumento sirve para negar el derecho a la acción del art. 1.843 del Código civil no sólo al hipotecante, sino también al fiador, y no por el carácter oneroso de la causa de la garantía, sino por la existencia o no del derecho de regreso<sup>174</sup>.

Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico es deficitario en la regulación de la materia correspondiente a las garantías reales prestadas por terceros. Así, después de admitir en el art. 1.857 del Código civil “.. *Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes ...* “, no prevé ningún régimen particular para este tipo de garantes, no obstante, se podría defender que, en muchos casos, se podría aplicar por analogía muchas de las soluciones que el Código civil da para la fianza. En cuanto a los efectos del pago, entre deudor e hipotecante, la aplicación de las normas generales lleva a la misma solución que las contenidas en el Código civil específicamente para la fianza; así, el hipotecante

---

<sup>174</sup> CARPI MARTIN, R., *Estudios de Derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo blach, Valencia, 2002, p. 53 a 60.

ejecutado, o que la evitó pagando la deuda, se subroga en el crédito en virtud de lo establecido en el art. 1.210.3 del Código civil (“ *Se presume que hay subrogación .... 3º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda..*”), por lo que podría ser aplicable la misma solución que la establecida para el núm. 1 del art. 1.838 del Código civil (“*..La indemnización comprende: 1º La cantidad total de la deuda ...*”), además de proceder a la indemnización de daños y perjuicios por la mora del deudor, que en virtud del art. 1.108 del Código civil consistirían, salvo pacto en contra, en el pago de los intereses convenidos o, en su caso, del interés legal del dinero, desde la reclamación del hipotecante al deudor garantizado. También podrían ser aplicables a la hipoteca por deuda ajena los gastos, daños y perjuicios referidos en los casos 3º y 4 del art. 1.838 del Código civil<sup>175</sup>.

Por ello, se podría concluir, que no es precisa una norma que, en este aspecto, haga remisión a la regulación de la fianza para poder aplicar por analogía el art. 1.838 del Código civil o una disposición particular que discipline el regreso del hipotecante “*solvens*”<sup>176</sup>, tal como se hace en el Derecho alemán (& 1.143 BGB)<sup>177</sup> o en el Codice italiano (art. 2.871)<sup>178</sup>.

Nuestro ordenamiento no preve, de forma particular y vigente la garantía, como lo hace para la fianza, la posición del hipotecante no deudor, como garante, con respecto a los efectos de la misma frente al deudor, ni tampoco los efectos que pueda tener frente a otros cogarantes. Ello podría no considerarse una omisión del sistema, pues ante ello puede pensarse que si el ordenamiento jurídico no los ha regulado es que tales efectos o no se dan, o que, en su caso, serán de aplicación las normas generales. No obstante tal conclusión genera confusiones: ¿porqué un fiador puede exigir su liberación y no puede hacer lo mismo el hipotecante no deudor?.

---

<sup>175</sup> En este sentido CORDERO LOBATO, E., *Sentencia de 6 de octubre de 1995. Hipoteca en garantía de obligación ajena; inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254.

<sup>176</sup> En este sentido CORDERO LOBATO, E., *Sentencia de 6 de octubre de 1995. Hipoteca en garantía de obligación ajena; inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254.

<sup>177</sup> El precepto alemán sólo permite regreso por la deuda pagada.

<sup>178</sup> El precepto italiano no especifica los conceptos del regreso.

Los problemas derivados de la integración entre regímenes jurídicos no son exclusivos de los ordenamientos, como el nuestro, con un déficit en la regulación de las garantías reales prestadas por tercero, sino que en otros ordenamientos que cuentan con un régimen específico para estos garantes (art. 2868 y sts<sup>179</sup> del Código civil italiano, art. 717 del Código civil portugués) las dudas sobre el régimen aplicable no están totalmente despejadas para estos garantes, cuestionándose la posibilidad de aplicar, analógicamente, ciertos preceptos reguladores de la fianza al hipotecante no deudor. Así, a pesar del silencio legal, se considera que las acciones de relevación y cobertura son ejercitables por el hipotecante no deudor<sup>180</sup>.

Ante ello, ¿el régimen jurídico que, como garante, debería aplicarse al hipotecante no deudor, estará condicionado por su naturaleza jurídica?. En principio podría descartarse que el hipotecante por deuda ajena sea un deudor “*solvendi causa*”<sup>181</sup>.

Las posiciones doctrinales con respecto a la naturaleza jurídica del hipotecante no deudor se puede agrupar en tres. La primera, afirma que el hipotecante por deuda ajena no es un responsable no deudor, sino que se trata de un “*fiador real*” y, como tal, está obligado al pago aunque su obligación se reduzca al bien dado en garantía<sup>182</sup>. Parte de la doctrina, que defiende esta tesis, va más allá y sostiene también que el hipotecante por deuda ajena, como fiador, responde también con su patrimonio personal hasta el límite del valor del inmueble hipotecado<sup>183</sup>. La consecuencia lógica de esta tesis sería que, al

<sup>179</sup> En la sección denominada: “Degli effetti dell’ipoteca rispetto al terzo datore”

<sup>180</sup> En este sentido, RUBINO, *L’ipoteca immobiliare e mobiliare en el Trattato di Diritto civile e commerciali*, t. XIX, Milán, 1956, p. 477 y 478.

<sup>181</sup> En este sentido, CORDERO LOBATO, E., *Sentencia 6 de octubre de 1995, Hipoteca en garantía de obligación ajena; inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254. Para LAURENT, *Principii di Diritto civile*, Milán, 1919, t. XXX, p. 318, en base a que el hipotecante en garantía de obligación ajena no es un deudor “*solvendi causa*”, afirma que, tal condición, impide la aplicación de las normas sobre la fianza. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo del 6 de octubre de 1995 “... *el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor .... El dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene rango de derecho real ejercitable erga omnes...*”.

<sup>182</sup> DIEZ PICAZO / GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1995, p. 343; ALONSO LEDESMA, *Los privilegios marítimos*, Madrid, 1995, p. 307, con ocasión de la afección del buque al pago de ciertos créditos privilegiados.

<sup>183</sup> Claramente en este sentido CABRILLAC / MOULY, *Droit des sûretés*, París, 1990, p. 251; DIEZ PICAZO / GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1995, p. 343, parece también sostener la anterior consecuencia al sostener que la diferencia entre el hipotecante por deuda

tratarse de una fianza, deberían ser aplicables las normas reguladoras previstas para la misma que no fueran contrarias a las que disciplinan la garantía real<sup>184</sup>.

Hay una segunda posición doctrinal que estima que el hipotecante no deudor es una especie de “*deudor fideusorio*” con responsabilidad limitada al valor de la cosa y sin los beneficios de excusión y de división<sup>185</sup>. Los que sostienen que el hipotecante por deuda ajena es deudor concluyen que éste se libera cuando transmite la finca<sup>186</sup>. De esta forma los partidarios de esta corriente doctrinal entienden que procede la aplicación analógica del instituto propio de la fianza<sup>187</sup>.

Existe una tercera y última tesis que afirma que el hipotecante por deuda ajena es un “*responsable no deudor*”<sup>188</sup>. Los defensores de esta corriente afirman que esta calificación del hipotecante como responsable no deudor, no impide la aplicación analógica de ciertas normas de la fianza, siempre que no sean incompatibles con el régimen de la hipoteca<sup>189</sup>. Como crítica a esta tesis también se afirma que no es exacto hablar de responsabilidad sin deuda, sino que sólo se trata de que la hipoteca confiere al acreedor un determinado derecho (realizar el valor de la cosa y cobrar con preferencia) que es oponible a los adquirientes posteriores y que, en todos los casos, el título en el

---

ajena y el tercer poseedor radica en que éste no debe, por lo que no puede ser objeto de agresión el resto de su patrimonio.

<sup>184</sup> En este sentido, CABRILLAC / MOULY, *Droit des surrêts*, París, 1990. p. 251; MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement*, París, 1979, p. 141, 301, 497 y 498.

<sup>185</sup> En este sentido, AMOROS GUARDIOLA, *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990, p. 95 y 96, para quien el hipotecante no es deudor en la relación jurídica simple, pero sí en la de crédito hipotecario.

<sup>186</sup> DE LA CAMARA, *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real*, RDP, 1949, p. 412 y sts, dice que “...la transmisión de la finca hipotecada opera siempre una asunción imperfecta y limitada de la deuda...”.

<sup>187</sup> Expresamente GORLA, *Le garanzie reali dell obbligaciones, Parte generales*, Milán, 1935 p. 65, incluye expresamente las acciones de relevación y cobertura.

<sup>188</sup> En este sentido, DE LA RICA, *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca*, AAMN, 1948, p. 293; ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, ed. 7ª, t. IV, Barcelona, 1979, p. 329; MORENO QUESADA, L., *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987, p. 89 y 92; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, 3ª edic, Barcelona, 1983, p. 69; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de derechos reales*, II, Madrid, 1987, p. 146; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, 2ª ed., II, Madrid, 1989, p. 1462 y 1486. También dentro de esta corriente, aunque califiquen al hipotecante por deuda ajena como “*fiador real*”, LOPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Desarrollo práctico del procedimiento tras su reforma por la Ley 14 de mayo de 1986*, Barcelona, 1987, p. 161; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Garantías patrimoniales, Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993, p. 406, 411 y 419; COLIN CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, anotado por DE BUEN, 3ª edic, rev. por MARTIN PEREZ, Madrid, 1982, P. 450.

<sup>189</sup> Por todos, MORENO QUESADA, L., *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987, p. 151; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, 3ª edic, Barcelona, 1983, p. 69; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de derechos reales*, II, Madrid, 1987, p. 146.

que se funda la acción hipotecaria no es la obligación asegurada (no se trata de hacer responder de su cumplimiento forzoso a un no deudor), sino el contrato de hipoteca<sup>190</sup>.

No obstante las anteriores posturas doctrinales, lo que está claro es que el hipotecante no deudor, aun no respondiendo con todo su patrimonio (art. 1.911 del Código civil), va a tener que soportar las consecuencias del incumplimiento de una obligación ajena, y en la medida en que la función de garantía se realiza mediante la concesión por un tercero de un derecho cuya actuación tendrá como consecuencia un sacrificio patrimonial, podría ser defendible que la situación del hipotecante no deudor es similar a la del fiador, aunque la técnica aplicada a la garantía sea diferente en cada caso (hipoteca no deudor y fianza). Así, se podría concluir que apreciada la identidad de “*ratio*” y la compatibilidad de las normas de la fianza con el régimen de la hipoteca, esta distinta técnica de garantía no debería constituir un impedimento o restricción a la hora de aplicar las normas de la fianza por analogía<sup>191</sup>.

De la regulación de la prenda y la hipoteca se desprende que el aspecto que verdaderamente preocupó al legislador no fue el que dichas garantías reales fueran prestadas por terceros, sino que interés fundamental era determinar los requisitos y concretar las consecuencias de la oponibilidad “*erga omnes*” del gravamen real. En consecuencia, no hay reglas que contemplen al hipotecante como garante, quizás porque ya se pensó que las particularidades de la relación de garantía cuando el garante real es un tercero podían ser solucionadas conforme a las reglas de la fianza<sup>192</sup>. Así, en los

---

<sup>190</sup> CORDERO LOBATO, E., *Sentencia 6 de octubre de 1995, Hipoteca en garantía de obligación ajena; inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254, afirma que en la hipoteca prestada por tercero o ejecutada frente a tercer poseedor no ve disociación entre deuda y responsabilidad, al menos no mayor de la que existe en la hipoteca prestada y ejecutada frente al deudor.

<sup>191</sup> En contra RAVAZZONI, *Le ipoteche, Trattato di Diritto privato*, XX, Turín, 1985, p. 87. A favor CORDERO LOBATO, E., *Sentencia 6 de octubre de 1995. Hipoteca en garantía de obligación ajena; inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254; CARRASCO PEREA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1991, p. 41, indica que las acciones del fiador frente al deudor principal, anteriores y posteriores al pago, no se fundan en su condición o no de deudor (la normativa de la fianza es compatible con una concepción que sostenga que el fiador no es deudor, o que, siéndolo, se obliga a menos que el deudor principal) sino en el hecho de ser un gestor que ha de quedar indemne, circunstancia que es igualmente predicable del hipotecante no deudor.

<sup>192</sup> En este sentido, CORDERO LOBATO, E., *Sentencia del 6 de octubre de 1995, Hipoteca en garantía de obligación ajena; inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254, afirma que una regulación especial del hipotecante no deudor como garante hubiera resultado un “*esfuerzo tan poco útil como lo ha sido en la legislación extranjera*”, donde las normas, especialmente

ordenamientos jurídicos que regulan de una manera más intensa la hipoteca de tercero, como los es el italiano (art. 2.868 al 2.871 del Codice civile), no sólo no se contiene ninguna novedad con respecto al régimen de la fianza, sino que tales preceptos no consituyen normas de cierre del régimen aplicable al hipotecante no deudor, pues es una opinión extendida en la doctrina que, siempre que sean compatibles con el régimen de la hipoteca, procederá la aplicación de normas del régimen de la fianza, aun cuando las mismas hayan sido preteridas en la regulación especial.

Sin embargo, se podría pensar que la carencia de reglas similares a las que disciplinan la fianza hace dudosa su aplicación al hipotecante no deudor, así como que la discrepancia estructural entre ambas instituciones (hipotecante de deuda ajena y fianza) se traduce en un régimen propio que impide la comunicación de reglas entre las dos instituciones jurídicas, ya que la “*fianza real*” está más próxima a la hipoteca y prenda que a la “*fianza personal*”<sup>193</sup>. No obstante se podrá argumentar, a favor de su aplicación, que no existe una incompatibilidad estructural entre ambas instituciones que excluya totalmente la aplicación de las reglas de la fianza, pues ni existen normas de fianza que respondan a la estructura (responsabilidad personal del fiador) de esta garantía, ni tampoco se puede decir que la estructura de las garantías reales (afección del valor de una cosa al cobro preferente de un crédito) impida la existencia de reglas que protejan al hipotecante tercero como garante, así como que la afirmación de que la hipoteca de tercero está más próxima al régimen de las garantías reales que a la fianza se refiere a que aquél régimen se aplica con preferencia, pero no debe significar la exclusión de ciertas reglas de la fianza<sup>194</sup>.

La facultad recogida en el art. 1.843 del Código civil no es más que una medida de protección del derecho de regreso frente al deudor que no contradice el carácter voluntario de la garantía, por ello, es defendible que la acción prevista por el art. 1843 del Código civil es aplicable al hipotecante no deudor, ya que en él concurren idénticas

---

aplicables a la hipoteca de tercero, reproducen o remiten a preceptos de la fianza, a la hora de regular el regreso contra el deudor o las excepciones oponibles por el hipotecante no deudor.

<sup>193</sup> En este sentido GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 359 y 360.

<sup>194</sup> En este sentido, CORDERO LOBATO, E., *Sentencia del 6 de octubre de 1995, Hipoteca en garantía de obligación ajena; inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254

razones que las que fundamentan la concesión de esta acción al fiador. Como éste, el hipotecante tiene derecho a recuperar el valor patrimonial que pierde al ejecutarse la hipoteca y en virtud de este derecho queda justificada la existencia de un remedio, como el establecido en el art. 1.843 del Código civil, que evite que este derecho a resarcirse quede frustrado. Como el fiador, el tercer hipotecante garantiza una deuda ajena y, por lo tanto, no es el obligado final al cumplimiento de la misma, lo que justifica que pueda dirigirse contra el deudor a fin de asegurar lo que únicamente con fines de garantía haya de entregar al acreedor, es decir, que el fundamento último de su derecho frente al deudor estaría en la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto por parte de éste, dado que de otro modo, el garante sufriría un perjuicio económico en beneficio del deudor que no sería compensado. Como en el caso del fiador, la acción de relevación y cobertura se dirigirá contra el deudor, y no contra el acreedor, por lo que la función de garantía no queda afectada, y además, cuando se solicite la relevación de la hipoteca será necesario el consentimiento del acreedor porque, como en la fianza, tanto la constitución de la hipoteca como su extinción exigen, para ser válidas, el consentimiento del acreedor.

A la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de octubre de 1995, la exclusión que en la misma se hace de la aplicación del art. 1.843 del Código civil (*... y la garantía frente a los procedimientos del acreedor no parece razonable extenderla a la hipoteca en que, precisamente, el titular dominical ha enajenado el poder de realización y disminuido el contenido natural de su propiedad en virtud del contrato de constitución de hipoteca .... La ratio legis de la norma, contenida en el art. 1843 del Código civil, no se da en la ejecución hipotecaria ....*) podría estar justificada, no porque se trate de hipotecantes no deudores, sino porque los garantes son socios de la S.A. deudora y entenderse que se está en presencia de una hipoteca en “interés propio de los hipotecantes” que, al igual que en la “fianza en interés propio del fiador”, se ha defendido, por un sector doctrinal, la exclusión de la acción de regreso del art. 1838 del Código civil y, en consecuencia, también las acciones del art. 1.843 del Código civil, ya que éstas últimas sólo se justifican en la medida que exista un regreso contra el deudor principal<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> CARRASCO PEREA, *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid, 1991, p. 47, 62 y 167. CORDERO LOBATO, E., *Sentencia de 6 de octubre de 1995. Hipoteca en garantía de obligación ajena*;

## VII. La relación entre los arts. 1843 y 1852 del Código civil

### 1. Análisis del art. 1852 del Código civil

#### 1.1. Ideas previas

Con carácter previo al examen de la relación existente entre el art. 1843 y el art. 1852 del Código Civil, se procede en este apartado al estudio exhaustivo del art. 1852 (“... *Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo....*”), así como de la jurisprudencia dictada, tanto por el Tribunal Supremo, como la menor de las Audiencias Provinciales, sobre el mismo.

En virtud de lo establecido en el apartado primero del art. 1822 del Código civil por la fianza, “.. *se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste...*”; así, comunmente, se ha definido la fianza como un contrato accesorio, consensual, unilateral, lucrativo u oneroso, por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, toma sobre sí el cumplimiento subsidiario de una obligación principal, sin producirse novación<sup>196</sup>. En estos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de marzo 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid Temes, indica que “ ... *la fianza convencional, como contrato consensual que es, se perfecciona por el consentimiento o concurso de la oferta y la aceptación .....y con anterioridad a ésta por el acreedor, haya intervenido o no el deudor, que no es indispensable, no hay verdadera obligación para el fiador, hallándonos entre tanto ante una mera oferta, que puede ser revocada, al no existir declaraciones de voluntad concurrentes... .... debiendo recordarse que la fianza es contrato y que cuando se habla de unilateralidad se hace referencia no a su nacimiento (es consensual), sino a que de él nacen obligaciones para una sola de las partes, pero siempre y cuando se haya perfeccionado, lo que no se produce con una simple manifestación de voluntad recepticia, pues se requiere la conjunción de voluntades...* ”.

---

*inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996, p. 237 a 254.

<sup>196</sup> Entre otros, CARRASCO PEREA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 65-73; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. II, Madrid, 1946, p. 479-480; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. II, 2ª ed., Barcelona, 1982, p. 587; DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 594.

La fianza proyecta sus consecuencias jurídicas sobre las personas del fiador, acreedor y deudor. Con respecto del acreedor, aun cuando no se haya obligado a ninguna contraprestación por la fianza, está obligado a observar determinadas conductas para que la fianza no le resulte ineficaz; así en los supuestos contenidos en el art. 1852 o en el art. 1833 del Código civil (“..Cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anterior (beneficio de excusión), 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..”). En cuanto al deudor, incluso cuando no haya intervenido en el negocio jurídico de la fianza, se encuentra vinculado por ella, y no sólo como consecuencia del pago del fiador al acreedor (art. 1838 y 1839 del Código civil), sino con anterioridad a tal momento, concurriendo determinadas circunstancias (art. 1843 del Código civil). En consecuencia, la fianza constituye una situación jurídica compleja, caracterizada por un entramado de relaciones jurídicas plurales que vinculan, entre sí y separadamente, a los distintos sujetos, activos y pasivos, intervinientes.

Al respecto, GUILARTE ZAPATERO<sup>197</sup> indica que la regulación que el Código civil (libro IV, título XIV, capítulo II, sección 2ª “De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador”) dispensa a la fianza, en cuanto a la relación fiador / deudor, está presidida, siguiendo al Derecho histórico, por un principio general consistente en procurar que la garantía asumida origine al fiador perjuicios mínimos e inevitables; así, se han establecido determinados recursos, como son los establecidos en los art. 1838 y 1839 del Código civil, que permiten al garante reintegrarse eficazmente de lo pagado en virtud del contrato de fianza suscrito. Dichos recursos se han puesto a disposición del fiador, ya que, el mismo, no actúa con un “*animus donandi*”, y, por ello, es preciso reforzar su situación jurídica tras el pago mediante una serie de mecanismos jurídicos que le permitan quedar indemne de la contribución realizada<sup>198</sup>.

En este mismo sentido, en todos los ordenamientos modernos aparece sancionado el reconocimiento a favor del fiador que paga de un derecho de regreso recuperatorio, a fin de evitar que, tras el pago, el garante quede inasistido jurídicamente. No obstante, en lo

---

<sup>197</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV-2ª, Madrid, 1983, p. 204.

<sup>198</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 23.

que si discrepan los diferentes textos legislativos del Derecho comparado es a la hora de articular normativamente cuáles sean, en concreto, las vías o recursos jurídicos que deban amparar la posición en que se coloca el fiador después del pago. Así, por ejemplo, en el parágrafo 774 BGB (“... *siempre que el fiador satisfaga al acreedor, pasa a él el crédito del acreedor contra el deudor principal...*”) o en el art. 507 del Código federal de Obligaciones suizo (“...*el fiador se subroga en los derechos del acreedor en proporción a lo que hubiera pagado...*”) que se prevé la cesión legal del crédito o la subrogación por pago, como remedio efectivo del reembolso para el fiador, no planteándose, en consecuencia, en dichos ordenamientos jurídicos, dudas en cuanto a la interpretación y concreción de los mecanismos puestos a disposición del fiador para la consecución de su pretensión de reintegro de las cantidades satisfechas al acreedor en virtud de la fianza. En cambio, en las codificaciones de tipo francés la disciplina reguladora de la fianza, en este aspecto, ha suscitado controversias doctrinales, motivadas por la manera en que aparecen configurados legalmente los recursos jurídicos que asisten al fiador tras el pago; así, en los sistemas jurídicos codificados, que, como el Código civil español, han seguido al Código civil francés, han acogido las formas jurídicas tradicionales plasmadas en el Code, aunque bajo distintos presupuestos de fondo, articulando, separadamente, en dos preceptos el entramado de la relación jurídica de la fianza, entre el deudor y fiador, que se establece por efecto del pago; en este sentido, los art. 1838 (derecho reembolso) y 1839 (derecho subrogación) del Código civil, que reproducen, casi literalmente, los correspondientes del Anteproyecto de 1882-1888 que, a su vez, sin apenas cambios sustanciales, recogía las previsiones reflejadas en la materia por el Proyecto de 1851 (art. 1752 y 1753), inspirados en las correlativas disposiciones consagradas en los art. 2028 y 2029 del Código de Napoleón.

De esta forma, por un lado, en el art. 1838 del Código civil se sienta el principio de que el fiador que hubiere pagado por el deudor debe ser indemnizado por éste, determinándose, al efecto, los conceptos indemnizatorios (“.. *cantidad total de la deuda .. intereses legales ... gastos ... daños y perjuicios ...*”) susceptibles de integrar el contenido económico del derecho de reembolso; esta acción de reembolso se confiere a todo fiador frente al deudor, aunque la fianza se haya dado ignorándolo éste (art. 1838, *in fine*, “.. *la disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor...*”). Por otro lado, en el art. 1839 del Código civil también se

confiere al fiador la facultad de subrogarse en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor; así, de forma automática, por efecto del pago, el fiador se subroga “*ex lege*” en la posición jurídica detentada por el acreedor satisfecho, pudiendo hacer valer, en su provecho, todos los “*derechos, hipotecas y privilegios*” que acompañan a la obligación fiada, de los que era titular el acreedor originario; asimismo, en el art. 1839, *in fine*” del Código civil se establece que “.. *Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado...*”).

En este mismo sentido, en el Derecho foral, se encuentra la ley 525 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, Compilación de Derecho civil foral de Navarra, que en su párrafo tercero establece que “... *el fiador que hubiere liberado al deudor principal tendrá contra éste la acción de regreso...*”; siendo, asimismo, el citado art. 1839 del Código civil aplicable en esa Comunidad foral en base al reenvío que, a tal efecto, efectúa la ley 6 del Fuero Nuevo (“... *El Código civil y las leyes generales de España serán Derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la ley 1; no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos...*”).

Todo ello y la ausencia de una delimitación clara y precisa con respecto a los art. 1838 y 1839 del Código civil sobre los respectivos esquemas operativos y ámbito de actuación particular de los remedios jurídicos en ellos contemplados, ha motivado diversas construcciones doctrinales con el fin de armonizar ambos preceptos en su proyección práctica.

Previamente a proponer una solución a la anterior controversia, se va a proceder a analizar, sucintamente, los precedentes, históricos y legislativos, que han llevado a la configuración normativa de los recursos de reintegro que actualmente ostenta el fiador. Así, en el Derecho romano clásico el “*fideiussor*” carecía de un derecho de reembolso que pudiera hacer valer, directamente, contra el deudor, de quien, exclusivamente, podía recuperar lo pagado mediante las acciones que le compitieran frente al mismo en virtud de las específicas relaciones existentes entre ambos. Estas acciones de que disponía el garante eran la “*actio socii*”, de existir vínculos societarios, y la “*actio mandati contraria*”, para el caso de “*fideiusso*” concertada por mandato o a ruego del deudor, así como la “*actio negotiorum gestorum*”, en el supuesto de que la garantía se hubiera

otorgado en presencia o sin manifiesta oposición del deudor fiado; es decir, ninguna acción podía ejercitar el fiador, en nombre propio, frente al deudor, si la obligación *fideiusoria* hubiera sido contraída contra la expresa voluntad de éste último.

Para paliar esta situación de inexistencia de regreso, JUSTINIANO concedió al fiador el “*beneficium cedendarum actionum*”, en cuya virtud se legitimaba al garante para, después de haber pagado, poder exigir del acreedor, si se hubiera pactado, la cesión de cuantas acciones le correspondieran contra el deudor<sup>199</sup>. Esta subrogación a favor del fiador no se operaba automáticamente en el momento del pago, sino que precisaba de la correspondiente solicitud del fiador y de una expresa cesión de los derechos y acciones por parte del acreedor<sup>200</sup>. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 76/2003 (Sección 2ª), de 14 de abril, introduce entre los fundamentos de derecho que “... frente al Derecho romano, donde inicialmente el fiador carecía de una pretensión directa frente al deudor y se le amparaba a través de la subrogación en los derechos del acreedor, mediante el ejercicio del denominado “*beneficium cedendarum actionum*” ...”.

Por su parte, en el Derecho histórico patrio, recogido en las Partidas, se reflejó en su normativa los criterios sustentados por los romanistas. Así, la cesión de las acciones se formalizaba, en nuestra tradición jurídica, mediante el otorgamiento por el acreedor, a requerimiento del fiador, de la denominada “*carta de lasto*”<sup>201</sup>.

Con la Codificación francesa, el tratamiento de los remedios de reintegro clásicos conferidos al fiador cambió sustancialmente. Así, el derecho de reembolso de lo pagado es concedido automáticamente al garante como una consecuencia jurídica directa de la consumación del contrato de fianza, independientemente del conocimiento o ignorancia de su otorgamiento que tuviera el deudor principal. Por otra parte, la subrogación del

---

<sup>199</sup> Ley 4, Título I, Libro XLVI del Digesto.

<sup>200</sup> Así lo precisa PAULO en la Ley 36, Título I, Libro XLVI del Digesto “*Quum is qui reumet fideiussores habet, ab uno es fidejussoribus accepta pecunia praestat acciones poteris quidem dicribus accepta pecunia praesta actionis poteris quidem dicit nullas iam esse quum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Set nom ita est; nom enim im solutum accepit set quadammodo nomen de vitoris vendidit, et ideo habet acciones quia tenetur ad ins ipsum ut praestet acciones*”.

<sup>201</sup> GONZALO DE LAS CASAS, *Diccionario General del Notariado de España*, t. II, Madrid, 1953, p. 315, la define como “*aquel instrumento o recibo que ordinariamente por medio de escritura pública da el acreedor al que pago por el deudor, cediéndole la acción que tenía para que pueda recobrar de éste o de otros obligados la cantidad satisfecha por el mismo*”.

fiador en la posición detentada por el acreedor satisfecho, se opera por disposición expresa de la ley, sin necesidad de mediar cesión expresa de acciones por parte del acreedor, cuyo consentimiento, como el del deudor, es irrelevante al respecto, y sin ser precisa tampoco la solicitud del fiador para poder, tras el pago, ejercitar cuantos “derechos, hipotecas y privilegios” rodearan el crédito por él satisfecho.

De esta forma, desde la promulgación del Code, y en todos aquellos ordenamientos jurídicos que siguieron en este punto al sistema francés (art. 2028 y 2029), entre otros, el Codice civile italiano (art. 1950 y 1949) y el Código civil español (art. 1838 y 1839), surge en la doctrina científica el problema relativo a la conciliación práctica de la dualidad de remedios (reembolso / subrogación) contenidos en ambas disposiciones legales. El interrogante fundamental que presenta tal dualidad (art. 1838 y 1839 del Código civil) consiste en determinar si, efectivamente, de la consumación del contrato de fianza surgen para el fiador dos distintas acciones, o si, por el contrario pueden estimarse refundidos ambos preceptos legales configurando un sólo remedio de reintegro; es decir, la disciplina del Código civil (art. 1838 y art. 1839) suscita el interrogante de saber si el fiador que cumple por el deudor dispone luego, frente a él, de una única acción de reintegro para cuyo ejercicio se subroga en ciertos derechos del acreedor pagado, o bien de dos acciones, una de reembolso surgida del contrato de fianza y otra resultante de la subrogación en la posición jurídica del acreedor, que puede ejercitar alternativamente<sup>202</sup>.

La mayoría de los autores, que han abordado el problema, se inclinan por reconocer, a favor del fiador, la existencia de dos acciones o recursos como consecuencia del pago realizado al acreedor, de naturaleza análoga, pero de contenido distinto; no obstante, en lo que si discrepa la doctrina es sobre el modo de actuación del fiador que ha pagado. Así, mientras un sector doctrinal<sup>203</sup> defiende que el fiador no puede ejercitar ambas

<sup>202</sup> Planteado el interrogante, entre otros, por DELGADO ECHEVARRIA, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3ª, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 528.

<sup>203</sup> Entre otros, TRABUCCI, *Comentario breve al Codice civile*, Milano, 1981, p. 815; LAURENT, *Principes de Droit civile francais*, t. XXVIII, 3ª, ed., Bruselles/París, 1878, p. 242 y sts; COLIN/CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. V, 3ª. ed., Madrid, 1982, p. 36.; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil, Contratos en especial, Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, p. 441; DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2ª. ed., Madrid, 1983, p. 607 y 608; GALAN CORONA, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1984*, CCJC, núm. 6, p. 1829 y 1830.

acciones cumulativamente, sino que deberá optar entre el reembolso o la subrogación, estimándose que, elegida una por el garante, queda definitivamente descartada la otra, otro sector doctrinal<sup>204</sup>, aun no siendo partidario del ejercicio cumulativo de ambas acciones, afirman que si resulta viable para el fiador utilizar una después de la otra, si con la primera no cubrió todos los perjuicios que le ocasionó el pago.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al respecto, se ha mostrado partidaria de reconocer, sin reservas, dos distintas acciones a favor del fiador (reembolso y subrogación), con sustantividad propia e individualizada cada una de ellas<sup>205</sup>; así, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de febrero de 1988, ponente Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre Bernardo, se indica que “... *por el pago surge la subrogación, que no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, el que en razón al crédito en el que se subroga es su sucesor, sin que por lo tanto, a estos efectos se pueda hablar de nacimiento de un derecho como lo puede ser el derecho a ser indemnizado a lo que se refiere el art. 1838 del propio Código y que, éste si, nace por efecto de dicho pago que nada tiene que ver con la subrogación, ello lo sanciona explícitamente el art. 1212 del meritado Código, cuando establece que la “la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos ya contra el deudor ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”, sentido que es bien patente al hablarnos de “transferencia” y no de creación o “nacimiento” ...*”. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 76/2003 (Sección 2ª), de 14 de abril, indica que “... *el Código civil, y en igual sentido, la citada ley 525 del Fuero nuevo, simplifica el funcionamiento de los remedios, de que dispone el fiador que paga frente al acreedor, otorgándole, una “cesio ipso lege”, de los derechos del acreedor, fundamentada en la propia obligación fideiusoria y en su cumplimiento o pago, cualquiera que sea la forma en que se haya satisfecho ... Ha sido materia de discusión doctrinal, si de la fianza una vez efectuado el pago, nacen dos acciones distintas – la de reintegro o regreso del fiador frente al deudor y la de subrogación en los derechos del*

<sup>204</sup> ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, 7ª ed., Barcelona, 1982, p. 440; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV-2ª, Madrid, 1983, p. 208 y 216.

<sup>205</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 27, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1972, 14 de noviembre de 1981, 11 de junio de 1984 y 13 de febrero de 1988.

*acreedor pagado -, o sólo una con las dos facetas expresadas. El criterio doctrinal, y jurisprudencial mayoritario, se inclina por la primera opción. Por todas, puede citarse el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de la Sala de lo Civil del T.S. de 13 de febrero de 1988. Como se establece, en tal precedente jurisprudencial, por razón del pago, nace el derecho a ser indemnizado, al que se refiere el art. 1838 del Código civil ... la cual nada tiene que ver con subrogación. Argumentándose, que ello lo sanciona explícitamente el art. 1212 del Código civil, cuando establece que “la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos ya contra el deudor ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de hipotecas”. Haciéndose expresa constancia, de la patente diferencia, entre la utilización en el precepto que acabamos de señalar del Código sustantivo común de “transferencia” y no de creación o nacimiento. El crédito que se transmite, por razón de la subrogación, es el mismo, y según literal expresión, del precedente que ahora citamos .... “.. en toda su integridad, extensión y contenido, sin que sufra, no puede ser de otra forma, la más mínima alteración, salvo la exclusiva del cambio de personas .....”; continúa indicando dicha sentencia que “... es decir, el fiador que paga, dispone de la acción de reintegro o regreso y de la subrogación, ambas acciones, son de distinta naturaleza, y el fiador, puede optar por una u otra acción, pero elegida una queda descartada la otra ... pero, la subrogación en la posición del acreedor afianzado, es en su integridad, hasta el punto, de que, en un supuesto que no es del caso, en el cual el acreedor, por hecho propio impida, que el fiador pueda quedar subrogado en los derechos, hipotecas y privilegios del crédito, el fiador queda libre de la obligación de garantía asumida ....”.*

Frente a la anterior tesis partidaria de la dualidad de vías (reembolso y subrogación), cierto sector de la doctrina, patria y extranjera, aboga por la refundición de las previsiones contenidas en ambos preceptos. Así, se afirma que la subrogación es concedida por la ley al fiador como cauce para hacer efectivo con mayor facilidad el derecho de reembolso<sup>206</sup>. En este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ<sup>207</sup> es partidario de que los

<sup>206</sup> En este sentido, FRAGALI, *Della Fideiussione, Comentario del Codice civile*, a cura di SCIALOJA e BANCA (ART. 1936 A 1959), Bologna-Roma, 1968, p. 365; REDENTI, *Dizionario pratico del diritto privato*, directo da MAROI, vol. III, parte I, Milano, 1923, p.135; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª ed., Madrid, 1973, p. 415; PÉREZ GONZALEX Y ALGUER, *Traducción y notas al Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS / LEHMAN*, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1966, p. 832; REYES LOPEZ, *Algunas consideraciones sobre los art. 1838 y 1839 del Código civil*, ADC, 1988 (enero-marzo), p. 220.

<sup>207</sup> PÉREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 288 a 290.

art. 1838 y 1839 del Código civil “ ... *no establecen dos acciones de entre las que el fiador ha de optar por una de ellas. Antes bien, el garante puede exigir, con apoyo en la subrogación, que el deudor le indemnice por los conceptos que determina el art. 1838 del Código civil ...*”; ALONSO SÁNCHEZ<sup>208</sup> entiende que la ley no configura dos caminos diferentes para exigir la reclamación de lo pagado por el fiador, sino que, parte de considerar que el ejercicio de la subrogación (art. 1839 del Código civil) conlleva, en sí mismo, la invocación del derecho de reembolso (art. 1838 del Código civil); de esta forma, a través del mecanismo instrumental de la subrogación, el fiador subingresa en la posición jurídica del acreedor para proceder a reclamar el reembolso de lo que hubiera pagado mediante el ejercicio de la acción de regreso, pudiendo hacer valer para ello, los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, anejos al crédito principal.

Al margen de la posición doctrinal mantenida al respecto de la dualidad o no de acciones, existe coincidencia, en buena parte de la doctrina civilista, a la hora de valorar negativamente el sistema de dualidad de vías de reintegro, señalando, al respecto, los desaconsejables resultados a que conduce. Así, DELGADO ECHEVARRÍA<sup>209</sup> quien, refiriéndose al Code, y no considerando probable que un sistema de concurrencia incompatible de dos distintas acciones “.. *podiera salir de la cabeza de un legislador razonable y avisado..*”, señala que “.. *la subrogación es mero complemento o caracterización del regreso correspondiente al fiador ..*”; PUIG BRUTAU<sup>210</sup>, a pesar de reconocer la aparente duplicidad legislativa de acciones, critica la “.. *manera tradicional de configurar los remedios que asisten al fiador que ha pagado en lugar del deudor principal..* “, indicando que “ *se habla de las dos acciones examinadas como si fueran algo de consistencia poco menos que física y que, en todo caso, deberían mantenerse por separado, sin tener en cuenta que, si el Estado pretende dotar de una ordenación jurídica racional a la sociedad, lo que ha de hacer en este caso es proporcionar al fiador la compensación que sea justa por su acto de pagar al acreedor..*”, continuando, “.. *afirmar que puede optar entre una y otra acción y ejercitar la que le sea más favorable, es una manera de demostrar que ni una ni otra, por sí solas, están configuradas a la medida de lo que sería justo. Cabría preguntar por qué no ha de ser posible al legislador disponer a favor del fiador que ha pagado al*

---

<sup>208</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 28.

<sup>209</sup> *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 521.

<sup>210</sup> *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1982, p. 28 y 29.

*acreedor el derecho de reembolso a cargo del deudor principal, en forma que tal derecho sólo prescriba por el transcurso de un lapso de tiempo cuyo punto inicial sea el hecho de realizar dicho pago el fiador (ventaja que ahora tiene la acción de simple reembolso) y con subsistencia, además, de los mismos derechos accesorios de garantía de que disponía el acreedor (ventaja de la acción subrogatoria)...”, concluyendo el citado autor que “.. en lugar de esto seguimos hablando de las dos acciones, la de simple reembolso y la resultante del pago con subrogación, como si nuestro Derecho civil fuera un sistema de acciones ...”; ALONSO SÁNCHEZ<sup>211</sup> afirma que “.. resulta posible afirmar la situación de complementariedad y de recíproca concurrencia, aun parcial, de las distintas disposiciones contenidas en los art. 1838 y 1839 del Código civil. Esta fusión legislativa de los dos preceptos aquí considerados se concreta en la idea básica de hallarse la subrogación en función del regreso. La justificación de tal criterio legal se encuentra en la causa de garantía que motiva la intervención de un sujeto determinado en el pago de deuda ajena. No encontramos razón alguna que justifique la procedencia ni la conveniencia de dos diferentes acciones incompatibles en cabeza del fiador solvens. El garante, tras el cumplimiento por su parte de la obligación fideiusoria asumida, ostentará la titularidad de una única acción, la que podemos denominar genéricamente “acción de regreso”, instituida a favor de todo fiador en el art. 1838, de contenido propio y específico, diferente del que conforma aquellas otras actuaciones jurídicas, previstas por la ley, de parecida estructura funcional de regreso, como son las previstas en contemplación de los codeudores solidarios, coobligados cambiarios, deudores hipotecarios o pignoratarios, etc., que hubieran dado cumplimiento a sus respectivas obligaciones de pago recuperatorio. Pues bien, los conceptos económicos susceptibles de integrar el contenido específico de la acción de regreso permitida a los fiadores aparecen desglosados de manera detallada en el art. 1838, hallándose destinado el art. 1839 a reforzar la efectividad de su consecución mediante el reconocimiento a favor de los mismos garantes del beneficio legal que supone el instituto de la subrogación ...”. De esta forma concluye el citado autor que “.. desde un punto de vista de técnica legislativa, nuestro ordenamiento jurídico configura a favor de todo fiador que hubiera cumplido su compromiso de garantía una sola acción o vía de reintegro, legitimándolo frente al deudor principal, y frente a los restantes coobligados subsidiarios del crédito garantizado, a efectos de*

---

<sup>211</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 29.

*poder obtener el reembolso cuanto hubiera pagado en el cumplimiento de la obligación fideiusoria contraída. Para tal finalidad, se arbitra en sede de fianza el mecanismo jurídico de la subrogación por pago, cuyo alcance objetivo aparece consagrado en términos generales en el art. 1212 del Código, pero debiendo ajustarse en sus presupuestos operativos a los esquemas típicos que presenta el aspecto interno de la relación de fianza, esto es, respetando los rasgos propios que individualiza la acción de regreso para cuya efectividad aquélla se halla dispuesta ...”.*

El fiador que hubiere pagado al acreedor, en cumplimiento de su obligación de garantía, queda subrogado “*ipso iure*”, automáticamente, en todos los “*.. derechos, hipotecas y privilegios..*” que el acreedor tenía y que eran anejos al crédito principal; así, de manera específica, se establece para la fianza en el art. 1839 del Código civil (“*... el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor ...*”). De esta forma, parece que el art. 1839 del Código civil no es sino una especificación, para la fianza, del contenido del art. 1210 del Código civil que genéricamente determina que “*... Se presumirá que hay subrogación: 3º. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda..*”)<sup>212</sup>. Asimismo, en cuanto a la extensión del beneficio de dicha subrogación, el art. 1839 del Código civil no es sino reproducción del criterio general consagrado en el art. 1212 del Código civil a cuyo tenor “*.. la subrogación transfiere al subrogado el crédito con todos los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas ..*”.

Por otro lado, parece obvio, que la efectiva existencia o prestación de garantías complementarias, especialmente de carácter real, que refuercen la seguridad del crédito principal, pueden haber influido notablemente en el fiador de cara a la asunción de la garantía, ya que, por un lado, verá reducidas las posibilidades reales de que la obligación principal sea satisfecha sobre el patrimonio del fiador, es decir, sea ejecutada la fianza y, también, por otro lado, porque, aún en el supuesto de ejecución de la fianza, gracias a la técnica de la subrogación podrá hacer valer, por sí mismo, las citadas

---

<sup>212</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XXIII (art. 1822 a 1886), Jaén, 1980. p. 215, afirma que el fiador está obligado por otro y que su interés en el cumplimiento de la obligación es incuestionables, a fin de evitar las consecuencias que del incumplimiento puedan derivar.

garantías complementarias, a fin de obtener el reembolso de cuanto hubiera pagado al acreedor subrogante. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre indica que “... *no nos podemos sustraer a la circunstancia de que los derechos, hipotecas y privilegios del crédito no son indiferentes para el fiador, al proceder a asumir su obligación contractual de garantizar una deuda concreta con sus específicas garantías para asegurar su efectividad....*”.

Esta significación, y transcendencia práctica, que representa para el fiador el beneficio de la subrogación (art. 1839 del Código civil), ha sido apreciada por el legislador configurando normativamente una causa propia y específica de extinción de la fianza (art. 1852 del Código civil). De esta forma, con la finalidad de salvaguardar el ejercicio eficaz del citado mecanismo de subrogación, aparecen sancionadas en el art. 1852 del Código civil aquellas conductas del acreedor que impidan o imposibiliten la virtualidad operativa de dicho beneficio.

En este sentido, es opinión extendida en la doctrina<sup>213</sup> que la sanción de extinción de la fianza, contenida en el art. 1852 del Código civil, es consecuencia lógica y jurídica del art. 1839 del Código civil; en el mismo sentido en el Derecho Comparado. Así, lo pone de relieve SIMLER<sup>214</sup>, con respecto a los correlativos artículos 2037 y 2029 del Código civil francés; en el Derecho italiano, BO<sup>215</sup> apuntó igual interrelación funcional entre los correspondientes art. 1955 y art. 1949 del Codice. Más recientemente, PÉREZ GONZÁLEZ, ha expuesto, con igual criterio, dicha conexión normativa, cuando indica que “.. *para salvaguardar el derecho a recobrar lo pagado, el Código otorga transcendencia extintiva para la obligación de garantía, con incidencia por tanto en la relación externa de la fianza, a determinados actos del acreedor que impiden al fiador*

<sup>213</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 327; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2ª ed., Barcelona, 1982, p. 616; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª ed., Madrid, 1973, p. 484.

<sup>214</sup> *Juris-Classeur civil*, art. 2034-2039, fasc. J, nº 1., afirma que “*la subrogación constituye para el fiador un beneficio de tal importancia, en particular cuando la deuda estaba garantizada, simultáneamente, por una fianza y por otros derechos o garantías, acumuladas frecuentemente, que el legislador ha estimado que debía ser descargado aquél de su propio compromiso si se encuentra privado de ese beneficio por el hecho del acreedor*”.

<sup>215</sup> *Nuevo Digesto Italiano*, Torino, 1938, vol. V, p. 1127.

*subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios de que gozaba el titular del crédito..”<sup>216</sup>.*

Este hecho también ha sido reflejado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, cuando indica que “ ... *el art. 1852 del CC es una consecuencia del régimen legal de subrogación del fiador, como consecuencia del pago, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor principal, que proclama el art. 1839 de dicho texto legal ...*”; en el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 509/1996 (Sección 3ª), de 14 de octubre, indicando que “ ... *prácticamente toda la doctrina pone de relieve que el art. 1852 del Código civil no es sino una consecuencia obligada del principio de subrogación del fiador en los derechos del acreedor, proclamado en el art. 1839 del Código civil... “.*

Es decir, a pesar de que los art. 1838 y 1839 del Código civil despliegan su eficacia normativa en la esfera interna del afianzamiento (relación deudor / fiador), mientras que el art. 1852 del Código civil se incardina en la esfera externa de la fianza (relación fiador / acreedor), sin embargo la vinculación teleológica entre ambos preceptos es clara, al ir orientado el art. 1852 del Código civil a tutelar el ejercicio por el fiador de su derecho a recobrar lo que, eventualmente, deberá pagar al acreedor. En este sentido, parece que en la mente del legislador está el que, a pesar del carácter “*ipso iure*” de la subrogación, la operatividad de este derecho para el fiador devendría ilusorio si, en la práctica, su ejercicio efectivo quedara a merced de la voluntad del acreedor en conservar los “... *derechos, hipotecas y privilegios..*” que acompañan a la obligación principal. Así, con el fin de prevenir posibles perjuicios para el fiador, se instituye en el art. 1852 del Código civil una causa específica de extinción de la fianza; en este sentido, RAVAZZONI<sup>217</sup> afirma que, en el desenvolvimiento de la relación acreedor / deudor principal, el acreedor debe tener presente también los intereses relativos a la relación acreedor / fiador. De esta forma, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 134/2003 (Sección 7ª), de 28 de febrero, indica que “... *de otro lado como señala la STS de 8-5-02 el art. 1852 ... tratan de evitar que por cualquier medio como puede*

---

<sup>216</sup> *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 97.

<sup>217</sup> *Nuevo Digesto Italiano*, 1957, p. 288.

*ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique al fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado ...”.*

Por otro lado, CARRASCO PEREA<sup>218</sup> señala que no existe regreso del fiador contra el deudor cuando la fianza se hubiere dado con ánimo de donar, cuando se afiance en contra de la voluntad del deudor y cuando la fianza se otorgara en interés propio del fiador. Así, en cuando a la fianza “*donandi animo*” señala que “*.. no se trata de que en cabeza, del fiador nazca la pretensión de regreso, que después condonará al deudor, sino que la voluntad de donar aparece como obstáculo impeditivo al nacimiento de esa pretensión, incluso frente al acreedor; por esa razón el fiador no podría excepcionar al acreedor el perjuicio en la subrogación (art. 1852) dado que el acreedor no estaría obligado a subrogarle ni a ninguna conducta con el fiador que permitiera a éste la adquisición de la pretensión de regreso..*”; en cuando a la fianza “*invito debitore*” (art. 1823, *in fine*, del Código civil “*.. puede también, constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consitiéndolo, ignorándolo y aún contradiciéndolo éste..*”), no significa que el fiador no tenga otro medio de reembolsarse, sino sólo que su posición queda reducida a la de quien pagó por tercero en la circunstancia prevista en el art. 1158.3 del Código civil (“*..el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago..*”); en cuando a la fianza prestada en “interés propio del garante”, por ejemplo socio que afianza a la sociedad civil, indica el citado autor, que, cuando el fiador paga, no existe un regreso contra la sociedad, sino contra cada uno de los socios en virtud de la “*actio pro socio*”, pero esta acción, contra el socio, ni puede aprovecharse de la subrogación (art. 1839 del Código civil) ni, consecuentemente, del perjuicio de la subrogación (art. 1852 del Código civil).

La extinción de la fianza al quedar perjudicada la subrogación por algún “*hecho del acreedor*” no estaba contemplada en el Derecho romano, en donde el fiador no gozaba, por regla general, del beneficio de subrogación. No obstante, se puede considerar que esta regla sancionada en el art. 1852 del Código civil encuentra su origen más remoto en

---

<sup>218</sup> *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid, 1002, p. 42 y sts.

el Derecho romano justiniano, si bien configurada bajo presupuestos distintos a los actuales, en razón de los diferentes esquemas operativos a que respondía el “*beneficium cedendarum actionum*”, en cuya virtud, se legitimaba al garante para, después de haber pagado, exigir del acreedor, si se hubiera pactado, la cesión de cuantas acciones le correspondieran contra el deudor. Así, JUSTINIANO, concedió al “*fideiussor*” el poder de exigir del acreedor satisfecho la cesión expresa de cuantas acciones le correspondieran frente al deudor y, para el caso de ser desatendido su requerimiento, instituyó a favor del mismo garante la “*exceptio cedendarum actionum*”; antecedente primero de la excepción del perjuicio de la subrogación. De esta forma, la “*exceptio cedendarum actionum*” constituía un recurso, propio y específico, de oposición al pago que podía hacer valer el “*fideiussor*” cuando el acreedor se hubiera negado a cederle las acciones que tuviera contra el deudor o cuando se hubiere colocado en la imposibilidad de hacerlo<sup>219</sup>.

No obstante dicho antecedente histórico, con anterioridad al planteamiento de JUSTINIANO, los juriconsultos, principalmente PAPIANO<sup>220</sup>, instituyeron, por primera vez en la historia, una “*exceptio cedendarum actionum*” a favor de los “*mandatores pecuniae credendae*”. Dicho “*mandatum pecuniae credendae*” venía caracterizado como un contrato sinalagmático, basado en la buena fe de los contratantes, que imponía al mandatario (acreedor) la obligación expresa de velar por los intereses del mandante (fiador) y, en particular, la de conservar en beneficio de éste último todas las acciones inherentes al crédito concedido en virtud del mandato, con el fin de asegurarle su eventual recurso ulterior contra el deudor; en este sentido, LAMBERET<sup>221</sup> afirmó que la pérdida de estos derechos por negligencia del acreedor-mandatario determinaba que éste quedaba privado del derecho que le asistía a reintegrarse de su crédito frente al fiador-mandante.

Fue cuestión debatida entre los autores, hasta el momento de la codificación francesa, la de determinar si dicha “*exceptio cedendarum actionum*” podía o no ser extendida, en su

---

<sup>219</sup> Idéntica protección jurídica del beneficio de cesión de acciones se encuentra en nuestro Derecho histórico de las Partidas, ley 11 del título XII de la partida V.

<sup>220</sup> Ley de Papiniano, 95, & 15, D. *De solutum*, “*si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est ut actione mandati nihil a mandatote consequi debeat; cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere*”.

<sup>221</sup> *Du bénéfice de cession d'action en droit Romaní*, París, 1881, p.63.

aplicación práctica, fuera del caso especial del “*mandatum pecuniae credendae*”; concretamente si dicha “*exceptio*”, conferida a los “*mandatores pecuniae credendae*”, estaba también abierta al “*fideiussor*”.

La cuestión fue objeto de atención específica por parte de POTHIER<sup>222</sup>, indicando, dicho autor, las razones que le llevan, inicialmente, a negar tal recurso al fiador, razonando, al respecto, que la “*fideiussio*” viene configurada como un contrato unilateral, en el cual el acreedor no asume obligación alguna para con el fiador, a diferencia del carácter sinalagmático propio de los contratos de mandato en los que el mandatario sí contrata una obligación formal para con el “*mandator pecuniae credendae*” de cederle y conservarle la/s acción/es que él adquiriera por el préstamo que hiciera al deudor en ejecución del mandato. Asimismo, indica el mencionado autor que “.. *si el acreedor (refiriéndose a la caución) está obligado a ceder sus acciones al fiador cuando se le hace el pago, es sólo la equidad lo que a ello le obliga por cuanto no tiene interés alguno en rehusarlas: más no debe obligársele a cederlas que en tanto que las tiene, y tales como las tiene; y no debe imputársele si no las ha conservado, o si se ha puesto en estado de no poderlas ceder...*”.

No obstante sostener inicialmente dicha postura, POTHIER varía finalmente su postura al afirmar que “... *no obstante estas razones, es necesario decidir que cuando el acreedor se ha puesto por su hecho fuera de estado de poder ceder al fiador sus acciones, sea contra el deudor principal, sea contra los otros fiadores, sea porque les haya decargado, sea porque su falta haya dejado que se diera punto a la demanda contra ellos, el fiador puede per “exceptionem cedendarum actionum” hacer declarar al acreedor no recibibile en su demanda...*”. Este parecer favorable al “*fideiussor*” inspiró a los redactores del Código civil francés, quedando consagrado en el art. 2037 a cuyo tenor “.. *el fiador se libera cuando la subrogación en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor, no pudiera, por el hecho del acreedor, operarse a favor del fiador. Toda cláusula contraria se estima no escrita*”.

De esta forma, es de destacar la influencia del Código civil francés en la estructura formal de la reglamentación de la fianza contenida en el Código civil español,

---

<sup>222</sup> *Tratado de las obligaciones*, t. II, Barcelona, 1978, nº 557, p. 215 y sts.

concretamente, en la redacción dada al art. 1852 (“ .. *Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo...*”), el cual coincide, sustancialmente, con el art. 2037 del Code. Dicha trasposición lo fue a través del art. 1766 del Proyecto de 1851, cuyo artículo, asimismo inspirado en el Code, es reproducción del art. 1852 del Código civil, si bien con la diferencia de la mención a los fiadores “... *mancomunados...* ” contenida en el art. 1766, según redacción dada por GARCIA GOYENA, y finalmente reflejada como “... *solidarios ...*” en el actual art. 1852 del Código civil.

Por su parte, en el Derecho comparado también se sanciona esta causa extintiva de la fianza, con diferencias de matiz, en preceptos con el mismo contenido que el art. 1852 del Código civil. Así, además del mencionado art. 2037 del Code, el art. 1955 del Código civil italiano (“...*la fianza se extingue cuando por hecho del acreedor no pueda tener efecto la subrogación del fiador en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y en los privilegios del acreedor..*”); en el párrafo 776 BGB (“...*si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el párrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza..*”); y en el mismo sentido, el art. 653 del Código civil portugués y art. 1885 del Código civil holandés de 1838<sup>223</sup>.

Asimismo, el art. 1852 del Código civil reproduce, casi literalmente, el art 32 del Anteproyecto, que coincidía con el art. 1766 del Proyecto de 1851 (“... *Los fiadores, aunque sean mancomunados, quedan libres de su obligación, siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo*”), observándose, que mientras el art. 1852 del Código civil habla de “... *los fiadores, aunque sean solidarios...*”, en el art. 1766 del Proyecto de 1851 se

---

<sup>223</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 41, cita el Código federal de Obligaciones suizo como excepción, ya que sus art. 503 y 505, de enorme extensión, conllevan una profunda alteración de los principios que han caracterizado siempre a la fianza, por contradecir éstas el carácter unilateral de la fianza típica.

indica “... *los fiadores, aunque sean mancomunados...*”, no obstante, parece que ambos términos tienen la misma significación<sup>224</sup>.

En este sentido, BAUDRY<sup>225</sup> afirma que el acreedor que hace imposible, o ilusoria, la subrogación en las garantías que debían operarse de pleno derecho, con las que contaba el fiador que prestó la fianza en consideración a ellas, es culpable si las deja perder, pues de haberse conservado hubieran asegurado el reembolso del fiador; por su parte, nuestra doctrina<sup>226</sup> señala el mismo fundamento a la regla contenida en el art. 1852 del Código civil.

FRAGALI<sup>227</sup> indica que la “ratio” del art. 1955 del Código civil italiano no es una simple constatación de equidad, sino que surge de la misma estructura de la fianza; así, indica el citado autor, que el fiador intercede en una obligación de otro, que tiene características determinadas en el débito y en la responsabilidad, y asume el cumplimiento de una obligación ajena que presume una determinada relación entre sus elementos constitutivos; si tal relación se altera, es el acreedor y no el fiador quien debe soportar las consecuencias. Así, el fiador, puede confiar en la diligencia del acreedor a fin de tutelar su derecho y mantener íntegra la garantía ofrecida por el patrimonio del deudor o la específica inherente a la obligación fiada. Concluyendo, el citado autor, que si el derecho a la subrogación, que corresponde al fiador, ha sido lesionado, se opera un cambio en las condiciones de actuación de la obligación garantizada existentes al tiempo de constituirse la fianza y que fueron tenidos en cuenta al asumir ésta, presumiendo que podría contar con todos los derechos y acciones del acreedor a efectos de resarcirse de lo que, eventualmente, debiera pagar; si esto se hace imposible por algún “*hecho del acreedor*”, el perjuicio del fiador sólo se compensa con la extinción de la fianza. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm.

<sup>224</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 40, afirma que la diferencia entre “*mancomunados*”, art. 1766 del Proyecto de 1851, y “*solidarios*”, art. 1851 del Código civil, debe ser entendida hoy con la misma significación. Asimismo indica que la expresión “*solidarios*” del art. 1852 Cc representa una particularidad respecto del correlativo art. 2037 del Código civil francés que la omite, si bien señala que la unanimidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales admitiendo la aplicación generalizada del mencionado precepto del Code a los fiadores solidarios. Así, COLIN / CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. V., *Garantías personales y reales*, Madrid, 1982, p. 34.

<sup>225</sup> En este sentido, V. BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *Dello Fideiussione*, Milán, p. 628.

<sup>226</sup> Por todos, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 327.

<sup>227</sup> FRAGALI, *Fideiussione-Mandato di credito*, *Comentario del CC de Scialoja-Branca*, art. 1936-1959, Bolonia-Roma, p. 466 y 467.

783/2002 (Sección 4ª), de 31 de diciembre, cuando indica que “ ... *tal precepto invocado no resulta aplicable al supuesto objeto del debate, que tal norma sólo impone al acreedor no alterar ni contribuir con su conducta a variar la relación entre débito y responsabilidad, tal y como aparecía configurada ésta en el momento de constituirse la fianza y en relación al deudor principal ...*”.

La “*exceptio cedendarum actionum*”, consagrada inicialmente en la reglamentación justiniana de la “*fideiusso*”, aparece recogida en las legislaciones modernas bajo una forma legalmente distinta, pero con los mismos principios<sup>228</sup>. En este sentido, GARCIA GOYENA señalaba que “.. *por ser la subrogación de derecho, según el artículo 1753, si no puede realizarse por el hecho o culpa del acreedor, no debe ser permitido a éste perseguir al fiador; la regla de derecho es que cada cual daña su culpa y que por el hecho ajeno no puede empeorarse mi condición..*”, destacándose por el citado autor, la “*justicia y equidad de estas razones*”<sup>229</sup>; regla que también es utilizada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, “ ... *el citado precepto, como indicaba Manresa, se funda en el principio de que el hecho ajeno no puede empeorar la propia condición ...*”.

Por su parte, la doctrina contemporánea con frecuencia ha realizado, en sus exposiciones, expresas referencias a los “principios de equidad y de justicia” para justificar la regla contenida en el art. 1852 del Código civil y la correspondiente a los respectivos textos civiles codificados<sup>230</sup>; también son numerosos los autores que hacen referencia al “principio de la buena fe contractual”<sup>231</sup>.

Cierta doctrina, sin embargo, indica que, si bien los principios de equidad, justicia y buena fe contractual, pueden explicar el por qué de la presencia de una determinada regla legislativa, en este caso, las razones que indujeron al legislador a la redacción del

---

<sup>228</sup> En este sentido, MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, n° 385, p. 492.

<sup>229</sup> GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, art. 1766.

<sup>230</sup> En este sentido, RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1975, 3ª ed., p.48; BOZZI, *Trattato di Diritto privato*, XIII, t. quinto, Torino, 1985, p. 267; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª ed., Madrid, 1973, p. 484 y 495; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. II, Madrid, 1946, p. 502.

<sup>231</sup> En este sentido, BETANT.ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, *Reveu trimestrielle de Droit civil*, 1974, n°. 9, p. 313 ; MARTY-RAYNAUD / JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2ª edic, París, 1987, n° 570, p. 371 ; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, p. 542 y sts.

art. 1852 del Código civil, se muestran, en cambio, incapaces para justificar jurídicamente, con rigor dogmático, el régimen, límites y exactas consecuencias legales de la institución jurídica; es decir, de la excepción de perjuicio de la subrogación que puede oponer el fiador<sup>232</sup>.

En este sentido, desde los inicios de la codificación, ha sido cuestión que ha preocupado a los civilistas, especialmente la doctrina francesa e italiana, la de determinar con exactitud el fundamento jurídico de la disposición legal relativa al beneficio de la liberación del fiador, así como, cuál sea la naturaleza jurídica del deber que se impone al acreedor en orden a observar la conducta pertinente a fin de conservar, para el fiador, los derechos y garantías susceptibles de integrar la eventual subrogación del fiador tras el pago.

No obstante ser muy numerosas las teorías propuestas al respecto, existe una coincidencia de principio a la hora de admitir que es en la noción de subrogación donde reside, básicamente, el elemento generador de la excepción. Esta unanimidad desaparece cuando, por parte de los autores, se trata de precisar la técnica jurídica que subyace en la disposición legal que permite sancionar el defecto de la subrogación con la pérdida de la fianza para el acreedor que hubiere provocado el evento; en este sentido ALONSO SÁNCHEZ destaca las escasas sentencias del Tribunal Supremo al respecto<sup>233</sup>.

Si se acoge el criterio del “espíritu y finalidad“ del art. 3.1 del Código civil (“.. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas ...*”), se podría deducir que la excepción del perjuicio de la subrogación (art. 1852 del Código civil) aparece, legalmente configurada, como una sanción impuesta al acreedor negligente, a fin de evitar la realización por éste de determinados actos que puedan poner en peligro la efectiva subrogación del fiador tras el pago. De esta forma, en esta afirmación quedarían expresados dos aspectos básicos sobre los que se asienta el

<sup>232</sup> Por todos, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p44.

<sup>233</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 45.

beneficio de la liberación del fiador: el carácter sancionador (acreedor) y el carácter protector y preventivo (fiador). En este sentido, MOULY<sup>234</sup> precisa que “ .. *el beneficio de la subrogación (como así denomina el autor esta institución) cumple una doble función de sanción al acreedor y de protección al fiador. De una parte, es una sanción dirigida contra el acreedor; culpable de haber dejado perder los derechos preferenciales que detentaba frente al deudor, perderá sus recursos contra el fiador ... De otra parte, el beneficio de subrogación es una medida de protección del fiador. A fin de evitar al fiador el tropezar con dificultades incrementadas de reintegrarse, es necesario prevenir su perjuicio privando al acreedor de sus acciones contra el garante... ”.*

Por otro lado, ¿cuáles han sido las razones, jurídicas y de hecho, que han justificado, en criterio del legislador, la imposición al acreedor de un “deber jurídico de conservación”, en beneficio de los fiadores, del eventual contenido objetivo de la subrogación conferida “*ex lege*” a favor de los mismos?. En este sentido, la doctrina<sup>235</sup> ha estimado que la norma contenida en el art. 1852 del Código civil es una consecuencia, lógica y jurídica, del art. 1839 del Código civil (“ ... *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor...*”), que tipifica un caso de subrogación legal, cuyo ejercicio debe ser tutelado, sancionándose al acreedor que lo impida. Es decir, la consagración legislativa del beneficio de la subrogación, a favor de los fiadores, contenida en el art. 1839 del Código civil, constituye la razón básica que justifica la atribución, por el art. 1852 del Código civil, del beneficio de liberación a los garantes. Es este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 507/1996 (Sección 3ª), de 14 de octubre, al indicar que “ ... *a este respecto, prácticamente, toda la doctrina pone de relieve que el art. 1852 del Código civil no es sino una consecuencia obligada del principio de subrogación del fiador en los derechos del acreedor, proclamado en el art. 1839 del Código civil ...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, cuando indica que “ ... *el art. 1852 del CC es una consecuencia del régimen legal de subrogación del fiador, como consecuencia del pago, en todos los*

---

<sup>234</sup> *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, núm. 440, p-538-539.

<sup>235</sup> Por todos, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Ccompilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 327.

*derechos que el acreedor tenía contra el deudor principal, que proclama el art. 1839 de dicho texto legal...”.*

Del contenido del art. 1852 del Código civil, parece desprenderse la presunción de que, por el mero hecho de ser fiador, hay en éste un interés en la subrogación; es decir, la existencia de una legítima expectativa en todo fiador a quedar subrogado “*ipso iure*” en todos los “*derechos, hipotecas y privilegios*” de que gozara el titular del crédito principal<sup>236</sup>. De esta forma, la excepción del perjuicio de subrogación consagrada en el art. 1852 del Código civil, si bien cabe entenderla fundada jurídicamente en el art. 1839 del Código civil, debe estimarse que se haya dispuesta con el fin primordial de tutelar el “interés en la subrogación”, del que son legítimos titulares los fiadores hasta el momento mismo de verificarse el pago de la obligación garantizada; tras el pago surgirá a favor del fiador la facultad de beneficiarse de las ventajas jurídicas de la subrogación. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 183/2004 (Sección 3ª), de 30 de abril indica que “ *... el artículo 1852 del Código civil al contemplar como causa de extinción de la fianza los hechos del acreedor obstativos a la subrogación del fiador, responde a la finalidad de evitar que el acreedor, por su sola voluntad, pueda empeorar la condición del fiador que, probablemente, no se hubiera obligado, de no contar con la facilidad en el reintegro que la subrogación en los derechos del acreedor le asegura ...*”.

Así, previsiblemente, la asunción de la fianza por parte del garante, que no lo fuere en su propio provecho, es decidida por él tras una previa valoración, tanto de las condiciones patrimoniales y de solvencia económica del deudor, como de la existencia de otros “*derechos, hipotecas y privilegios*” vinculados al crédito principal; este análisis, será realizado por el fiador con la finalidad de ponderar los riesgos que le entraña contraer la obligación *fideiusoria*, riesgos que se amioran cuando concurren garantías complementarias que, por vía de subrogación, refuercen su derecho de reintegro.

En esta realidad jurídica parece encontrarse el fundamento práctico en que parece descansar el beneficio legal de liberación del art. 1852 del Código civil. De esta forma,

---

<sup>236</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 48.

el fiador confía en que su eventual pago (obligación garantizada) queda reforzado por el mecanismo subrogatorio (art. 1839 del Código civil); si dicha confianza queda destruida por la conducta, negligente o voluntaria, del acreedor (“*hecho del acreedor*”), sin culpa del garante, es lógico que el fiador pueda rechazar el pago y hacer descargar las consecuencias perjudiciales de la pérdida (“*derechos, hipotecas y privilegios*”) en el acreedor causante. Si otra fuera la solución, quedaría al arbitrio del acreedor el agravar o perjudicar la situación jurídica del fiador tras el pago, decidiendo la conservación o no de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” tenidos en cuenta por el fiador al asumir la fianza; también supondría eliminar toda virtualidad práctica al mandato legal del art. 1839 del Código civil. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, cuando indica que “ *... el razonamiento expuesto armoniza con la doctrina que sienta la Sentencia en orden a que el art. 1852, en relación con el art. 1830, ambos del CC, tratan de evitar que por cualquier medio, como puede ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique el fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena, sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado....*”.

De esta forma, entiende la doctrina justificada jurídicamente la institución legal del beneficio de liberación (art. 1852 del Código civil), es decir, en esta situación de expectativa por parte del fiador en la subrogación y de confianza en el mantenimiento íntegro de la misma por el acreedor; así, MARTY-RAYNAUD/JESTAZ<sup>237</sup>, CORSI<sup>238</sup> y FRAGALI<sup>239</sup>. De esta forma, FRAGALI indica que “ *.... si el derecho del fiador a la subrogación ha sido lesionado se opera un cambio en las condiciones de realización de la obligación fiada que existían al tiempo de la fianza. Estas condiciones fueron tenidas en cuenta por el fiador para valorar las conveniencias de asumir la garantía, debiendo presumirse que el fiador contaba con la posibilidad de repetir el importe que se viera constreñido a pagar, mediante el ejercicio de todas las acciones y de todos los derechos que pudieran corresponder al acreedor, en los cuales confiaba poder subrogarse. Si este cambio perjudicial para el fiador es debido a un hecho propio del acreedor, es el*

<sup>237</sup> *Les sûretés. La publicité foncière*, 2ª ed., París, 1987, p. 417.

<sup>238</sup> *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice Civile con i principi del diritto romano, con la dottrina e la giurisprudenza*, Catania, 1891, 432.

<sup>239</sup> *Della fideiussione en Comentario del Codice Civile*, Bologna / Roma, 1968, p. 467.

*acreedor quien debe soportar la consecuencia y la sanción es la extinción de la garantía...*”. También en nuestra doctrina se han pronunciado en este sentido DE DIEGO<sup>240</sup>, PUIG PEÑA<sup>241</sup> y MANRESA<sup>242</sup>, entre otros, afirmando estos autores, que la regla del art. 1852 del Código civil queda explicada, además de por razones de equidad y de justicia, al resultar claro que el fiador, probablemente, no se hubiera obligado si no contara con la facilidad de reintegro que la subrogación en los “*derechos, hipotecas y privilegios*” del crédito principal le brinda.

En definitiva, el legítimo interés en la subrogación “*ex lege*” (art. 1839 del Código civil) que habrá de operarse a favor del fiador, constituye el objeto de derecho que el art. 1852 del Código civil trata de proteger, representando dicho elemento jurídico el fundamento práctico que justifica la atribución al fiador del beneficio legal de pretender, frente al acreedor negligente, la liberación de sus responsabilidades accesorias de garantía<sup>243</sup>.

Por otro lado, parece que, a pesar de disponer el art. 1852 del Código civil que “... *los fiadores ... quedan libres de su obligación...*”, esta extinción de la fianza no opera de forma automática; así, la doctrina dominante, opina que la liberación del fiador por esta causa no opera “*ipso iure*” sino que debe ser instada por el propio garante y decretada judicialmente<sup>244</sup>. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo, indica que “... *no opera la previsión del art. 1852 del CC en forma automática, sino que debe ser objeto de alegación como excepción....*”.

<sup>240</sup> *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930, p. 290.

<sup>241</sup> *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. 2ª, Madrid, 1946, p. 502.

<sup>242</sup> *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª ed., Madrid, 1973, p. 486.

<sup>243</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiadores vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 51.

<sup>244</sup> En este sentido, MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, p. 589; PLANIOL/RIPERT, *Traité pratique de Droit civile francais*, t. XI, 2ª edic, París, 1954, nº. 1562, p. 1009; BOZZI, *Trattato di Diritto privato*, t. V, Torino, 1985, p. 268; RAVAZZONI, *Fideiussione en Nuovo Digesto Italiano*, VII, 1957, p. 288. En la doctrina española es de esta opinión, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 338. En este sentido ALONSO SANCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 51, afirma que “*el carácter facultativo del mismo instituto legal de la subrogación y el ámbito del Derecho dispositivo en el que se desarrollan los preceptos que disciplinan este aspecto de la fianza nos confirma la solución expuesta..*”.

De esta forma, el beneficio de liberación (art. 1852 del Código civil) confiere a los fiadores el derecho potestativo de hacer declarar la extinción de su obligación *fideiusoria*; también, en base a esta configuración jurídica, el fiador podrá, válida y anticipadamente, renunciar a promover en el juicio correspondiente dicha excepción; dicha renuncia anticipada del beneficio de liberación es mayoritariamente admitida por la doctrina<sup>245</sup>.

Por otro lado, desde la perspectiva de la función sancionadora de la norma, ¿cuál es el fundamento jurídico que justifica la sanción impuesta al acreedor en el art. 1852 del Código civil?, y ¿cuál es la naturaleza y configuración jurídica del “deber”, que se presume en la disposición legal, a cargo del acreedor de no lesionar la subrogación del fiador?. En cuanto a la razón jurídica en que reposa la decisión del legislador de imponer al acreedor la sanción en que consiste la extinción de la fianza (art. 1852 del Código civil), se podría afirmar que dicha previsión legal sancionadora responde a la peculiar estructura subjetiva y formal de la relación jurídica de la fianza. Así, la ajenidad del interés en que interviene el fiador, y la consecuente vía de regreso (reembolso y subrogación) a favor del mismo tras el pago, constituyen los elementos básicos que, institucionalmente, componen la posición jurídica del fiador, y es sobre la base de estos rasgos estructurales de la relación de fianza por lo que la ley sanciona aquellos comportamientos del acreedor que, de cualquier modo, se manifiesten contrarios con la función de garantía desplegada por la figura jurídica de la fianza o incompatibles con los esquemas legales que caracterizan la condición jurídica de los fiadores, como deudores subsidiarios, aunque sean solidarios, respecto al crédito principal<sup>246</sup>. En este sentido, DELGADO ECHEVARRÍA<sup>247</sup> considera fundada, jurídicamente, la solución legal, contenida en el art. 1852 del Código civil, en razón de la específica estructura, funcional y operativa, de la relación de fianza, precisando que “... *el fiador no se ha obligado sino para garantizar una deuda ajena; por tanto, con derecho de reembolso y subrogación en el sentido visto; el acreedor ha de comportarse*

<sup>245</sup> Por todos, SIMLER, *Cautionnement en Juris Classeur Civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, n.º. 38 ss.

<sup>246</sup> Este criterio valorativo del art. 1852 del Código civil ha sido mantenido ampliamente por la doctrina; FRAGALI, *Della fideiussione en Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Boliogna/Roma, 1968, p.466-467; DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 618; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 327-328; ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 53.

<sup>247</sup> *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ BERDEJO, t. II, vol. 3º, 2º ed., Barcelona, 1986, p. 529.

*con diligencia tal que no perjudique al fiador, haciendo con su conducta que sea privado de medios útiles de hacerse pagar por el deudor ...”.*

Así, la sanción prevenida en el art. 1852 del Código civil, se halla orientada a reforzar y dar consistencia jurídico-práctica a la finalidad primordial de protección y amparo del legítimo interés en la subrogación del que es titular todo fiador con carácter previo al cumplimiento por su parte de las responsabilidades accesorias de garantía<sup>248</sup>.

Por otro lado, esta sanción al acreedor, prevista en el art. 1852 del Código civil, implica una evidente prohibición, o limitación, en el ejercicio, por su parte, de las facultades de disposición inherentes a la titularidad del crédito, así como de los demás derechos y garantías a él anexos, integrantes, con el mismo, de la subrogación del fiador tras el pago. De esta forma, se configura, para el titular del crédito principal que no desee perder la garantía, en que consiste la fianza, un “deber”, concreto y determinado, de observar la conducta que fuere precisa para el mantenimiento íntegro de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, otorgadas a su favor en el momento de la constitución de la fianza; es decir, “deber” y, correlativamente, “prohibición” son el “*prius*” de la sanción prevista en el art. 1852 del Código civil<sup>249</sup>.

En este sentido, FRAGALI<sup>250</sup> observa “ ... *un deber del acreedor de conservar al fiador el derecho a la subrogación, o negativamente, de no alterar o de no contribuir a alterar la relación entre el débito y responsabilidad ofrecida por la obligación garantizada al tiempo de la asunción de la fianza...*”; en el mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO<sup>251</sup> precisa como el incumplimiento de tal “deber”, que presume el art. 1852 del Código civil y que está implícito en la propia relación de garantía, se sanciona con la extinción de la fianza, como fórmula más adecuada para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

<sup>248</sup> BECQUE/CABRILLAC, *Revue trimestrielle du Droit commercial*, 1967, p. 1106-1108 ; MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement*, n.º. 415, París, 1979, p. 521., afirman que esta causa extintiva de la fianza no es dispuesta sino para prevenir la aparición de un perjuicio para el fiador.

<sup>249</sup> En estos términos, FRAGALI, *Comentario del Codice Civile* a cura di SCIALOJA / BRANCA (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 467, sintetiza, con referencia al art. 1955 del Codice, cuáles sean los elementos jurídicos determinantes de la sanción al acreedor que se analiza. ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 54.

<sup>250</sup> *Della Fideiussione*, en *Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 466-467.

<sup>251</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 328.

Este “deber” legal de conducta del acreedor, cuyo incumplimiento determina la sanción establecida en el art. 1852 del Código civil, consiste en procurar, por parte del acreedor, no lesionar, con su comportamiento, las ventajas jurídicas que habrán de derivarse para el fiador en virtud de la futura subrogación. No obstante, pueden surgir dudas interpretativas en orden a encuadrar en una categoría dogmática conocida este “deber jurídico” del acreedor de no perjudicar la subrogación. Una respuesta podría venir dada en el sentido de calificar jurídicamente este “deber jurídico” como una “carga”, referida a intereses ajenos, cuya falta de realización hace nacer a favor del garante el derecho potestativo de hacer declarar la extinción de la obligación *fideiusoria* asumida por el fiador; este criterio es acogido por un sector mayoritario de la doctrina italiana<sup>252</sup> ; también, por parte de la doctrina española<sup>253</sup>. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª) de 27 de septiembre, indica que “ ... sabemos que la razón de tal disposición legal proviene de la necesaria protección que debe dispensarse al fiador, pues aunque éste lo que hace es interceder en una obligación ajena, lo hace en virtud de una relación jurídica en la que también es elemento constitutivo su derecho de reintegro y de subrogación, de modo que la lesión del derecho del fiador a la subrogación operaría un cambio en las condiciones de la obligación garantizada, en razón de lo cual tiene el acreedor la “carga” de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de efectos.... “; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 diciembre, cuando indica que “ ... la doctrina viene considerando que esa obligación del acreedor de desarrollar una conducta que no impida la subrogación del fiador en los derechos, privilegios e hipotecas del crédito garantido, tiene la naturaleza de una carga, entendida como deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia implícita en la relación de garantía ....”.

No obstante, también hay ciertas orientaciones doctrinales que, mostrándose contrarias a reconocer la simple naturaleza de “carga”, han estimado fundada la causa de extinción

---

<sup>252</sup> Entre ellos, BOZZI, *Trattato di Diritto privato*, t. V., Torino, 1985, p. 268; FRAGALI, *Della fideiussione en Commentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 467; RAVAZZONI, *Fideiussione en Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1957, p. 289.

<sup>253</sup> Así, entre otros, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 328; DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 619; DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 529.

de la fianza del art. 1852 del Código civil en otras teorías; siendo las más significativas las siguientes:

**a) Responsabilidad civil por culpa o extracontractual**

La extinción de la fianza por “*hecho del acreedor*” lesivo del interés en la subrogación de los fiadores, ha sido explicada entendiendo que dicha regla jurídica no es sino aplicación específica de los principios de responsabilidad civil por culpa o extracontractual.

De esta forma se pronunciaron, a finales del siglo pasado y principios del actual, numerosos tratadistas franceses<sup>254</sup>, haciéndose eco de la jurisprudencia francesa, observando que la interrelación del art. 2037 del Code con el principio de la responsabilidad delictual o “cuasidelictual”, consagrada en el art. 1383 del Code, quedaba manifiesta con sólo comprobar las condiciones o presupuestos básicos a los que se hallaba subordinada la puesta en funcionamiento de la regla del art. 2037, es decir, la realidad del daño (perjuicio en la subrogación), la existencia de falta en el sujeto que la produce (el acreedor por culpa, negligencia o imprudencia) y la relación de causalidad entre ambos; circunstancias objetivas todas ellas que conllevan para el acreedor, de conformidad con la regla de responsabilidad por daños a terceros del art. 1382 del Code, una obligación de reparación o resarcimiento de los perjuicios causados, representada en el art. 2037 del Code, por la liberación de los fiadores.

Los argumentos esgrimidos por la doctrina contraria a dicha tesis son que la misma no tiene en cuenta la naturaleza contractual de la fianza<sup>255</sup>, que con dicho planteamiento quedaría excluida toda posible renuncia a la excepción del perjuicio de subrogación, dado que la responsabilidad delictual o extracontractual no puede ser objeto, anticipadamente, de arreglos contractuales<sup>256</sup> o que la teoría de la responsabilidad por culpa presupondría la existencia a cargo del acreedor de una

<sup>254</sup> Por todos, BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL, *Trattato teorico pratico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, Della fideiussione e Della transazione*, Milano, n° 1173, p. 631.

<sup>255</sup> BETANT-ROBET, *La décharge de la caution para application de l'article 2037*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, n° 8, 1974, p. 313 ; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, n° 424, París, 1979, p. 527.

<sup>256</sup> SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., n° 7.

propia y auténtica “obligación”, aun extracontractual, que, conforme a la opinión de la doctrina dominante, no representa la exacta naturaleza jurídica del “deber” impuesto al acreedor por el art. 2037 del Code<sup>257</sup>.

Por otro lado, y en el contexto del Código civil, la conmixtión de los art. 1852 y 1902 del Código civil supone circunscribir la regla sancionadora del art. 1852 del Código civil a los actos del acreedor afianzado que causen daños al fiador interviniendo culpa o negligencia, conforme al art. 1902 del Código civil. Esta regla de imputabilidad no es la que parece deducirse del art. 1852 del Código civil, ya que éste último se limita a hacer una referencia genérica a un “*hecho del acreedor*”, sin más, y porque, fuere la que fuere la intencionalidad del acreedor afianzado, su actitud parece que nunca podría ser definida como constitutiva de un ilícito legal, contractual o extracontractual. En efecto, el acreedor que deja perder o renuncia a “*derechos, hipotecas y privilegios*” no hace, en principio, sino un uso legítimo de las facultades de disposición inherentes a su condición de titular del crédito de garantía abandonado, no excluyendo el art. 1852 del Código civil la legitimidad y licitud de dichas actitudes de renuncia o abandono, sino que tan sólo configura una excepcional limitación relevante a efectos de la supervivencia de la fianza<sup>258</sup>.

También se puede argumentar, en contra de tal conmixtión, que el art. 1902 del Código civil requiere, entre sus requisitos básicos, la justificación de la realidad del daño, contrariamente a lo que cabe señalar respecto al art. 1852 del Código civil, ya que en el momento en el que el fiador invoca el beneficio de liberación frente al acreedor negligente en verdad aún no se ha sufrido ningún daño o perjuicio en su derecho de subrogación; precisamente dicho daño o perjuicio es lo que trata de evitar el art. 1852 del Código civil, quedando la realidad del daño determinada a modo de previsible seguridad de su producción ante la eventualidad de pagarse por el fiador el crédito principal al que se encontraban vinculados los “*derechos, hipotecas y privilegios*” perdidos o deteriorados por la conducta del acreedor.

---

<sup>257</sup> FRAGALI, *Della fideiussione en Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 468.

<sup>258</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 57.

## **b) Responsabilidad contractual**

Partiendo de la naturaleza esencialmente contractual de la fianza, ha llevado a un sector doctrinal a plantearse cuál es el específico fundamento jurídico del “deber” del acreedor, llegándose a la conclusión que la responsabilidad del acreedor frente al fiador nace en el seno de las relaciones contractuales que vinculan a ambos y, concluyendo, en consecuencia, que dicha responsabilidad es contractual.

Así, se indica que el acreedor ha contraído, al constituirse la fianza, una obligación frente al fiador derivada de un pacto tácito entre ambos contratantes, por el cual aquél se ha comprometido a velar por el mantenimiento de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” anejos al crédito principal y susceptibles de integrar la subrogación del fiador.

En el Derecho comparado, esta tesis es acogida por PLANIOL / RIPERT<sup>259</sup>, MESTRE<sup>260</sup>, CAMPOGRANDE<sup>261</sup>, entre otros, poniendo de manifiesto los citados autores, como el “deber” del acreedor de preservar la subrogación del fiador constituye una verdadera, aunque tácita, obligación conducente a la finalidad de tutela de los recursos del fiador tras el pago. Dicha naturaleza contractual determina que su cumplimiento sea exigible al acreedor dentro de los límites de un buen padre de familia y según el principio de la buena fe contractual; su inobservancia conlleva, como sanción para el acreedor, la extinción de la obligación *fideiusoria*.

El carácter correspectivo del contrato de fianza, como justificación jurídica de la regla sancionadora, ha sido destacado por COLIN / CAPITAN<sup>262</sup> para quien “... *la disposición del art. 2037 del Código civil francés puede ser explicada por la misma idea que había inspirado a los juriconsultos romanos al tratar del “mandatum pecuniae credendae”. El acreedor, con relación al cual se ha comprometido el fiador, debe ser considerado en nuestros días como si se*

---

<sup>259</sup> *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2ª ed., París, 1954, nº 1560, p.1005.

<sup>260</sup> *La subrogation personnelle*, París, 1979, nº 630, p. 694.

<sup>261</sup> *Trattato dell fideiussione nel Diritto odierno*, Torino, 1902, p. 629

<sup>262</sup> *Curso elemental de Derecho civil*, t. V., Madrid, 1987, p. 43-44.

*obligara por su parte a conservar a favor de dicho fiador, y con la mira puesta en el eventual recurso de éste, las demás garantías de su crédito. La fianza, pues, reviste en nuestro Derecho un carácter sinaligmático, y esta razón es la que explica que la falta de ejecución de la obligación arrastre consigo la extinción de la obligación del fiador*<sup>263</sup>.

El principal argumento esgrimido por la doctrina para desvirtuar la validez de esta tesis contractualista se basa en la unilateralidad de la fianza. Así, quienes defienden la naturaleza obligacional del “deber” del acreedor, y su carácter correspondiente respecto de la obligación *fideiusoria*, no hacen sino contradecir el carácter típicamente unilateral de la relación de fianza, desfigurando, con ello, la verdadera y propia configuración jurídica del negocio de garantía tal como viene configurado. Este carácter, consensual y unilateral, de la fianza ha sido resaltado por el Tribunal Supremo, así en la Sentencia (Sala de lo Civil) de 23 de marzo de 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernandez Cid de Temes, al indicar que “.. *al no haber intervenido la supuesta acreedora en el otorgamiento del instrumento, ni expresado con posterioridad su consentimiento, el negocio de garantía alegado no nació a la vida jurídica, pues la fianza convencional, como negocio consensual que es, se perfecciona por el consentimiento o concurso de la oferta y la aceptación y con anterioridad a ésta por el acreedor, haya intervenido o no el deudor, que no es indispensable, no hay verdadera obligación para el fiador, hallándonos entre tanto ante una mera oferta, que puede ser revocada, de no mediar plazo, al no existir declaraciones de voluntad concurrentes, toda vez que el consentimiento supone la coincidencia de los quererres de todos los intervinientes en algún momento del tracto contractual; ... debiendo recordarse que la fianza es contrato y que cuando se habla de unilateralidad se hace referencia no a su nacimiento (es consensual), sino a que de él nacen obligaciones para una sola de las partes, pero siempre y cuando se haya perfeccionado, lo que no se produce con una simple manifestación de voluntad recepticia, pues requiere la conjunción de voluntades ...*”. Este sentido, también

---

<sup>263</sup> Idéntico planteamiento ha sido sustentado por DE BUEN, *Curso elemental de Derecho civil de COLIN / CAPITANT*, t. V, 3ª ed., Madrid, 1982, p. 62.

autores como MOULY<sup>264</sup>, SIMLER<sup>265</sup>, PECHER<sup>266</sup>, entre otros; en la doctrina española igual observación ha sido realizada por PUIG PEÑA<sup>267</sup> y DELGADO ECHEVARRÍA<sup>268</sup>, indicando, este último autor, que “.. *no es una obligación, en sentido estricto, frente al fiador, de mantener en vida de sus derechos y privilegios respecto del deudor, sino una “carga”, expresión a su vez de que el reembolso, elemento natural del contrato de fianza, no puede ser desconocido por el acreedor...*”.

En consecuencia, siendo la fianza un contrato típicamente unilateral, pues sólo engendrará obligaciones, en el sentido técnico jurídico, a cargo de una sola de las partes (fiador), no significa ello que la relación jurídica de la fianza venga caracterizada por una carencia absoluta de deberes legales a cargo del acreedor, titular de la fianza, como tampoco, el carácter unilateral del negocio *fideiusorio*, autoriza a pensar que el acreedor no contrae responsabilidad alguna frente al fiador; así, en el art. 1833 del Código civil, en cuanto a la responsabilidad del acreedor negligente en la excusión de los bienes del deudor, o en el mencionado art. 1852 del Código civil, en cuanto al deber de conservación, por parte del acreedor, de derecho de subrogación de los fiadores.

De esta forma, este “deber”, impuesto por el art. 1852 del Código civil al acreedor, no viene configurado jurídicamente como una específica obligación, correspectiva a la propia obligación *fideiusoria* asumida por el fiador en virtud del contrato de fianza, sino que se trata tan sólo de una “carga” del acreedor, cuyo incumplimiento no perjudicará más que al propio acreedor infractor al producir, con su actuación, la liberación del garante<sup>269</sup>.

### **c) Teoría de la resolución por incumplimiento de obligaciones recíprocas**

<sup>264</sup> *Les causes d’extinction du cautionnement*, París, 1979, nº 427, p. 529-530.

<sup>265</sup> *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, nº 8,

<sup>266</sup> *Münchener Kommentar BGB*, München, 1984, parágrafo 776, nº 1.

<sup>267</sup> *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. 2º, Madrid, 1946, p. 485.

<sup>268</sup> *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 529.

<sup>269</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 63.

Dentro de las teorías contractualistas, cierto sector de la doctrina francesa, representado principalmente por JOSSERAND<sup>270</sup>, afirma que el mecanismo del beneficio de liberación, conferido a los fiadores en el art. 2037 del Code, representa una aplicación específica del principio general de resolución de los contratos sinalagmáticos por inejecución, consagrado en el art. 1184 del Code (“.. *la condición resolutoria es siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que una de las dos partes no cumpliere puntualmente su obligación..*”). En el derecho italiano, igual argumentación de fondo, llevaría a reconocer la relación entre los art. 1955 y art. 1453 del Código civil italiano (“.. *En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliere su obligación, el otro podrá, a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, si perjuicio, en todo caso, del resarcimiento del daño ...* “); en este sentido CAMPOGRANDE<sup>271</sup> observó que la excepción del perjuicio conferida a los fiadores era consecuencia de la propia condición resolutoria tácita derivada del contrato de fianza y en virtud de su carácter correspectivo.

La admisión de esta tesis en nuestro Derecho conduciría a preconizar que la regla sancionadora del art. 1852 del Código civil configura una reproducción concreta de la disposición general, en materia de resolución de contratos, por incumplimiento, del art. 1124 del Código civil (“.. *la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación .....*”).

Los detractores de esta postura doctrinal, consistente en relacionar los art. 1852 y art. 1124 del Código civil, argumentan, no sólo estar en contra de la configuración jurídica de este “deber” del acreedor afianzado como una obligación y a favor, en consecuencia, del carácter unilateral de la relación jurídica de la fianza, sino, además, que la sanción de extinción del art. 1852 del Código civil, presupuesto el incumplimiento de tal “deber” jurídico, resulta contraria e incompatible con la

---

<sup>270</sup> *Tours de Droit civil positif français*, t. II, 2º ed., París, 1993, nº 1490, p. 810.

<sup>271</sup> *Trattato Della fideiussione nel Diritto odierno*, Torino, 1902, p. 638.

extensión objetiva con la que parece sancionada la facultad resolutoria del art. 1124 del Código civil. Así, el art. 1124 del Código civil establece que “ ... *el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible...*”; es decir, el fiador perjudicado en su interés en la subrogación, si bien viene facultado por el art. 1852 del Código civil para promover judicialmente la declaración de extinción de su obligación *fideiusoria*, no se haya legitimado, en cambio, para, sobre la base del beneficio de liberación concedido, instar la ejecución forzosa del “deber” de obrar impuesto al acreedor e incumplido por el mismo, como tampoco el art. 1852 del Código civil permite al fiador hacer valer frente al acreedor negligente ninguna pretensión indemnizatoria<sup>272</sup>.

Es decir, parece que la regla general de resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, consagrada en el art. 1124 del Código civil, no permite justificar la específica regla sancionadora del art. 1852 del Código civil, ni tampoco cabe encontrar en aquella disposición legal el fundamento y naturaleza propios del deber de conducta del acreedor afianzado.

#### **d) Teoría de la “*exceptio non adimpleti contractus*”**

También dentro de las teorías contractualistas, se ha defendido que la excepción del perjuicio de la subrogación se justifica en razón a los mismos criterios que inspiran la denominada “excepción de incumplimiento contractual”<sup>273</sup>. Sostienen sus defensores que el carácter sinalagmático de la fianza conlleva la aplicación, a esta figura contractual, de las reglas propias de las obligaciones recíprocas y, en consecuencia, justifican la sanción prevista (art. 1852 del Código civil) ante el incumplimiento de la obligación del acreedor de mantener íntegra la subrogación para el fiador en base a la regla general de la excepción por incumplimiento, como consecuencia jurídica propia de todas las relaciones obligatorias sinalagmáticas.

<sup>272</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 63.

<sup>273</sup> Sus defensores, entre otros, AUBRY / RAU, *Droit civil français*, t. VI, 7ª ed., 1975, & 429, n° 240, nota 23; BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL, *Trattato teorico pratico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, Della fideiussione e delle transazione*, Milano, n° 1180, p. 636.

Así, consideran, que el beneficio de liberación articulado a favor de los fiadores les permite la posibilidad de rehusar cumplir su respectiva obligación de garantía y, por tanto, de retener su prestación, mientras el acreedor no procediere simultáneamente a cumplir su obligación.

Es decir, la “*exceptio non adimpleti contractus*”, a la que cierto sector de la doctrina francesa ha equiparado el beneficio de la no subrogación de los fiadores, se funda en la regla de la ejecución simultánea de las prestaciones recíprocas y en la idea de que cada parte puede rehusar, o rechazar, el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo mientras la otra parte no cumpla con la que le corresponde<sup>274</sup>.

Los detractores de esta corriente de opinión mantienen que la misma es insostenible; afirman que la “*exceptio non adimpleti contractus*” difiere notablemente de la “*exceptio cedendarum actionum*”, tal como ésta última aparece configurada en la fianza. Así, la teoría de la excepción por incumplimiento presupone admitir la existencia de una verdadera obligación recíproca para el acreedor afianzado, asimismo, según la caracterización de la figura de la “*exceptio non adimpleti contractus*”, supondría reconocer la legitimación del fiador para exigir, a su propia iniciativa y por vía judicial, el cumplimiento o realización forzosa del “deber” jurídico correspondiente del acreedor, como paso previo al cumplimiento por parte del garante de su obligación *fideiusoria*; lo que parece contrario al carácter sancionador contemplado en el art. 1852 del Código civil<sup>275</sup>.

#### **e) Causa subjetiva**

Cierto sector de la doctrina afirma que el beneficio de liberación del fiador aparece articulado en la ley en razón a que la misma presume que el derecho a la subrogación representa, para el fiador, la causa primordial y básica de su compromiso de garantía. Esta construcción doctrinal fue inicialmente planteada,

---

<sup>274</sup> En este sentido define la “*exceptio non adimpleti contractus*” DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2ª. ed., Madrid, 1983, p. 529.

<sup>275</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 65.

en la doctrina francesa, por SIGALAS<sup>276</sup> quien estimaba como fundamento único de la regla del art. 2037 del Code el que la contemplación de las garantías o derechos susceptibles de integrar la eventual subrogación podía ser considerada como la causa impulsiva y determinante del compromiso del fiador. En este sentido MANRESA<sup>277</sup>, explica el contenido del art. 1852 del Código civil, poniendo de relieve la justicia y equidad del remedio, indicando que “ ... *ese derecho a la indemnización o reintegro que al fiador corresponde constituye la causa de la obligación del fiador, porque, si éste no contare con los medios que le proporciona la subrogación en los derechos y acciones del acreedor para reintegrarse de lo que pagó, con seguridad no se obligaría y, por tanto, estando o debiendo estar tan íntimamente unidas la obligación del fiador y la posibilidad del reintegro, que la una no se concibe sin la otra, no puede subsistir aquélla sin la subrogación en los derechos del acreedor, y en su virtud debe cesar cuando cesa la posibilidad de esa subrogación por culpa del acreedor...* ”. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 183/2004 (Sección 3ª) de 30 de abril, indica que “ ... *.El artículo 1852 del Código civil al contemplar como causa de extinción de la fianza los hechos del acreedor obstativos a la subrogación del fiador, responde a la finalidad de evitar que el acreedor, por su sola voluntad, pueda empeorar la condición del fiador que, probablemente, no se hubiera obligado, de no contar con la facilidad en el reintegro que la subrogación en los derechos del acreedor le asegura ...* ”.

Los detractores de esta tesis, afirman que, con independencia del carácter, oneroso o gratuito, del negocio de la fianza, el fiador no asume genéricamente la obligación contractual de garantía movido por el propósito primordial de poder ser subrogado en los “*derechos, hipotecas y privilegios*” de que fuere titular el acreedor en razón del crédito principal; dicha expectativa en la subrogación existe en todo fiador y ha podido influir decisivamente a la hora de asumir la obligación *fideiusoria*, pero ello, afirman, no permite considerar el mencionado “interés en la subrogación” como la causa, impulsiva y determinante, del compromiso del fiador, ni por consiguiente, puede admitirse que la sanción del art. 1852 del

<sup>276</sup> *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Aix, 1959, n°s. 97-104, p. 91-98.

<sup>277</sup> *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª ed., Madrid, 1973, p. 486.

Código civil se halle fundada en esa equívoca función, económica-jurídica, de la fianza. En este sentido MOULY<sup>278</sup> pone de manifiesto como “.. *es difícilmente sostenible aquel análisis que hace del deseo de ser subrogado en las garantías complementarias el motivo determinante del compromiso del fiador, porque se coloca en él en primer rango una motivación que aparece, con toda objetividad, como secundaria...*”; igualmente SIMLER<sup>279</sup> rechaza esta formulación indicando que “.. *si todo móvil, con tal de que haya entrado en el campo contractual, puede llegar a ser causa, lo relevante, en todo caso, es que este móvil haya llegado a ser realmente la finalidad, el “porqué” del compromiso adoptado. Así pues, resulta evidente que el fiador no se compromete para poder ser subrogado; se compromete para procurar una garantía al acreedor...*”.

Se afirma también, como objeción principal, la de no distinguir, debidamente, los conceptos jurídicos de “causa” y de “motivo”, en su exacta aplicación en el negocio *fideiusorio*. Así, se indica, que esta ausencia de precisión conceptual ha conducido a identificar la “causa” del contrato de fianza aludiendo a razones jurídicas que no son sino mero “motivos”, subjetivos e individuales, del fiador y de carácter secundario, o accesorio, respecto de la verdadera y propia motivación principal del negocio de garantía que constituye la causa determinante de la obligación *fideiusoria*. De esta forma, se defiende, que una correcta delimitación jurídica entre los conceptos de “causa” y de “motivación”, considerados en el concreto marco de la relación obligatoria de fianza, de conformidad con los criterios legal, doctrinal y jurisprudencial<sup>280</sup>, llevaría a afirmar que la “causa” del contrato de fianza es, desde su consideración objetivista, la función económica-social típica de este negocio, es decir, garantizar el cumplimiento de una obligación ajena mediante la asunción por el garante de una propia obligación (art. 1822 del Código civil “ .. *Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste ...*”) y, desde un criterio subjetivista, el propósito empírico determinante de la obligación *fideiusoria*, es decir, la atribución patrimonial a favor del acreedor de un derecho de crédito accesorio que

<sup>278</sup> *Les causes d’extinction du cautionnement*, París, 1979, nº 433, p. 533.

<sup>279</sup> *Cautionnement en Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., nº 11.

<sup>280</sup> Cita, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, nota 69, p. 72, las sentencias del Tribunal Supremo del 26 de septiembre de 1918, 9 de julio de 1929, 21 de abril de 1931, 21 de marzo de 1980, 17 de junio de 1985 y 17 de septiembre de 1987.

le refuerce la seguridad de la satisfacción del interés perseguido por su parte en un derecho de crédito concreto, del que aquél depende y en función del cual se justifica<sup>281</sup>.

De esta forma, la “causa”, así entendida, es algo distinto de los “motivos” que no son sino las razones, personales e individuales, que indujeron a las partes a formalizar el negocio de fianza; “motivos”, que en el fiador, pueden ser muy variados, por ejemplo, prestar un servicio al deudor o percibir una remuneración. Como ha puesto de relieve LACRUZ BERDEJO<sup>282</sup> “.. *no hay que confundir la base de la obligación nacida de la fianza con la causa que la determina. El fiador se obliga, no porque exista una obligación principal, lo cual sería insuficiente, sino para garantizar esta obligación principal y aumentar el crédito del deudor. En realidad, la razón jurídica que explica la obligación del fiador es una intención liberal*”.

Entendida así, la “causa” de la fianza, es difícil que pueda fundarse la disposición del art. 1852 del Código civil en el “interés de la subrogación”, el cual sería sólo una mera “motivación” individual del fiador apoyada en el art. 1839 del Código civil (“.. *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor...*”)

#### **f) Condición resolutoria**

Una formulación teórica, muy próxima a la anterior, ha ido abriéndose camino en nuestros días por un numeroso grupo de autores que, negando que el “interés en la subrogación” pueda ser considerado la causa de la obligación *fideiusoria*, han buscado una fundamentación igualmente subjetiva de la sanción jurídica contenida en el art. 1852 del Código civil.

Refiriéndose, dichos autores, también a la “perspectiva de la subrogación del fiador”, matizan su consideración jurídica estimando que la misma representa, por

---

<sup>281</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 72.

<sup>282</sup> *La causa en los contratos de garantía*, RCDI, 1981, n° p. 730.

el contrario, un elemento previsible y determinante para el fiador y constituye para él la condición básica de su compromiso.

Esta referencia, más o menos explícita, al concepto “condición resolutoria” para justificar el deber de cuidado y prevención impuesto al acreedor afianzado y explicar las razones jurídicas de la sanción derivada de su incumplimiento, aparece en los planteamientos de un amplio sector de la doctrina francesa<sup>283</sup>; siendo SIMLER quien ha defendido, con mayor rigor, la tesis de la condición resolutoria como justificación y fundamento del art. 2037 del Code.

Argumenta dicho autor que “.. *si es verdad que numerosos fiadores suscriben fianzas de manera inconsciente, hay otros que se rodean de precauciones diversas, consistiendo éstas, unas veces, en contragarantías reales o personales, otras, en obligaciones positivas estipuladas del acreedor, convirtiendo excepcionalmente el contrato de fianza en sinalagmático y, otras veces, incluso, en condiciones diversas a las cuales el otorgamiento o la puesta en funcionamiento de la garantía está subordinada. La idea de que el fiador no se compromete más que a condición de que el acreedor le conserve el beneficio de los otros derechos o garantías es, pues, perfectamente plausible y, a la vez, simple y conforme con la intención más probable de las partes*”.

En nuestra doctrina, DE DIEGO<sup>284</sup> parece seguir este criterio al manifestar, con referencia al art. 1852 del Código civil, que “.. *cuando la deuda principal está asegurada con hipotecas y privilegios, es fundado presumir que el fiador contrajo la fianza contando con la subrogación legal que el pago produce en los derechos del acreedor, y siendo esto condición del contrato, parece natural que la fianza se extinga cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado el fiador en los derechos, privilegios e hipotecas del mismo*”.

---

<sup>283</sup> GUILLOUARD, *Traité du cautionnement et des transactions*, París, 1894, p. 257 ;CHEVALLIER, *Revue trimestrielle de Droit*, 1965, p. 344 ; SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, nº. 13-14, entre otros.

<sup>284</sup> *Instituciones de Derecho civil español II*, Madrid, 1990, p. 290.

Por su parte, los detractores de esta tesis afirman que es inadmisibles sostener que la excepción del perjuicio de subrogación sea el fruto de una supuesta “condición resolutoria” tácitamente incluida en todo contrato de fianza, representando su evento constitutivo la omisión por el acreedor de su deber de conservación de la subrogación, y los efectos de su acontecer la resolución del negocio *fideiusorio*. Insisten también, dichos autores, que dicha construcción teórica (“condición resolutoria”) queda contradicha si se considera el incuestionable origen legal, no contractual, del beneficio de liberación; es decir, sean cuales fueren los términos del contrato, el fiador puede instar la declaración judicial correspondiente a fin de obtener la extinción de la fianza<sup>285</sup>. SIMLER<sup>286</sup> rebate, a su vez, dicha objeción indicando que “.. *si bien es cierto que el beneficio de no subrogación resulta de una disposición legal y no de una cláusula contractual, también lo es, que el art. 2037 se considera precisamente que expresa la intención presumible de las partes, al menos su intención hipotética, es decir, la que tendrían con toda probabilidad formulada si el problema les hubiera sido claramente planteado...*”.

También se objeta a dicha tesis (“condición resolutoria”) que, al entenderse que la pervivencia jurídica de la obligación *fideiusoria* aparece condicionada tácitamente al evento del cumplimiento efectivo por el mismo acreedor del deber de conducta que, en beneficio del fiador, le corresponde, aunque no signifique ello admitir un propio carácter sinaligmático del contrato de fianza, sí supone dotar a este negocio de garantía de una cierta reciprocidad en la realización por los contratantes de sus respectivos deberes<sup>287</sup>. Por su parte, SIMLER<sup>288</sup> nuevamente rebate dicha objeción indicado que la tesis de la “condición resolutoria” “...*se armoniza plenamente con el carácter unilateral de la fianza, pues si establece un vínculo de dependencia entre la eficacia de la garantía y la conservación por el acreedor de sus derechos y privilegios no se traduce ello en ninguna obligación positiva para éste...*”.

---

<sup>285</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 75.

<sup>286</sup> *Juris Clausseur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, núm. 13.

<sup>287</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 75.

<sup>288</sup> *Juris Clausseur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, núm. 14.

En este sentido, PUIG PEÑA<sup>289</sup> afirma que la unilateralidad de la fianza “.. *no quiere decir, sin embargo, que el resto del complejo personal del contrato esté carente de deberes. Pero la característica de estos deberes es que no son proyectados contra tercero, sino contra la propia persona; es decir, son deberes contra sí mismo, puesto que de no cumplirlos se pierde la posibilidad de ejercitar los derechos...*”.

Otro argumento en contra de esta tesis (“condición resolutoria”) es esgrimido por MOULY<sup>290</sup> para quien dicho planteamiento teórico “.. *es incapaza de explicar que la liberación del fiador sea proporcional al perjuicio que él podría sufrir ...*”, deduciéndolo de ello, dicho autor, su rechazo a dicha tesis, teniendo en cuenta que “ *... por el contrario, el efecto de la condición resolutoria es total: la obligación condicional se extingue por completo cuando el evento se realiza*”. Argumento en contra plenamente acertado, si se tiene en cuenta, como es casi unánime en la doctrina<sup>291</sup>, que la extinción de la fianza, por perjuicio en la subrogación del fiador, se opera, en todo caso, dentro de los límites objetivos del perjuicio que el garante haya sufrido en su derecho de subrogación. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, cuando indica que “ *... la extinción de la fianza, que el precepto autoriza, sólo tendrá lugar en tanto el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 301/2000 (Sección 7ª), de 8 de noviembre, indica que “ *... en alguna ocasión lo ha hecho el T.S. que la ratio legis del art. 1852 es el perjuicio que para el fiador se deriva de un acto del acreedor que le impide subrogarse en las garantías de la deuda afianzada y que, consiguientemente si dichas garantías se demuestran inútiles como ocurre, p.e.*

---

<sup>289</sup> *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. 2º, Madrid, 1946, p. 485.

<sup>290</sup> *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, nº. 436, p. 535.

<sup>291</sup> PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, ed. por SAVATIER, París, 1954, nº. 1561, p. 1008-1009; BETANT-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, p. 344; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, núm. 417, p. 253; CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel Diritto odierno*, Torino, 1902, p. 634-635; FRAGALI, « *Della fideiussione* » en *comentario del Codice civiles cura di SCIALOJA / BRANCA* (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 424; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Traducción y notas al *Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS / LEHMAN*, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1966, p. 839; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 338.

*cuando el bien hipotecado carece de valor o en otras circunstancias semejantes, es posible estimar que la cancelación de la hipoteca ningún perjuicio ha producido a los fiadores y por tanto la fianza no se extingue... ”.*

Otra objeción a la tesis (“condición resolutoria”) es que si, como afirman quienes defienden esta solución interpretativa, pudiera entenderse que el fiador se ha comprometido bajo la “condición” de una subrogación en los restantes “*derechos, hipotecas y privilegios*” anejos al crédito principal, en contemplación a los cuales prestó su consentimiento, no se explica cómo es que el eventual pago por parte del fiador, dando cumplimiento a la obligación asumida, pueda representar para el mismo la efectiva subrogación “.. *en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor ...*(art. 1839 del Código civil), esto es, en la íntegra transferencia “*ipso iure*” de cualesquiera “*derechos, hipotecas y privilegios*” correspondientes al acreedor en el momento del pago, y no sólo los existentes al formalizarse el contrato de fianza<sup>292</sup>. En este sentido la doctrina<sup>293</sup> estima que al fiador le corresponde la subrogación, no sólo en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor en el momento de constitución de la fianza, sino también en aquellos adquiridos sucesivamente por el acreedor, confiriendo, en consecuencia, igual extensión temporal y objetiva a la correlativa excepción del perjuicio en la subrogación correspondientes al fiador.

### **g) Decadencia legal**

Cierto sector de la doctrina, italiana y francesa, ha configurado esta regla sancionadora del perjuicio de la subrogación como constitutiva de un caso de “*decadencia legal*”<sup>294</sup>. Al respecto señala MOULY, principal promotor y defensor de esta tesis, que “.. *el beneficio de no subrogación es una decadencia impuesta*

<sup>292</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 76.

<sup>293</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 335; PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, Traducción y notas al *Trattato de Derecho civil de ENNECCERUS / LEHMAN*, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1966, p. 839; BETANT-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1974, nº. 47-54, p. 328; PIRES DE LIMA / ANTUNES VALERA, *Código anotado*, vol. I, art. 1 a 761, Coimbra, 4ª ed., 1987, p. 671.

<sup>294</sup> PELLEGRINI, *Comentario del Codice civile*, diretto da AMELIO/FINCI/BARBERA, I, *Obligazioni*, Firenze, 1940-1947, p. 162, en Italia; MOULY, *Les cause d'extinction du cautionnement*, París, 1979, nº. 455, p. 555.

*por el legislador al acreedor a fin de proteger preventivamente al fiador, por razones de equidad, cuando el acreedor contraviene los deberes de buena fe y de lealtad que han llegado a ser más severos por la existencia de derechos preferenciales”*; del mismo modo, MARTY-RAYNAUD / JESTAZ<sup>295</sup>, haciéndose eco del planteamiento ofrecido por MOULY, acogen, asimismo, en sus explicaciones teóricas, la tesis de la decadencia legal, sin bien con alguna matización.

Ciertamente, el beneficio de liberación de la fianza representa para el acreedor la posible pérdida, o “decadencia”, del derecho de garantía que representa la fianza; también, es incuestionable, que tal “decadencia” se opera en virtud de una disposición legal y que la regla de conducta, a que el acreedor se ve sometido para no perder su garantía *fideiusoria*, conlleva, para el mismo, el que una determinada diligencia concreta de un modo especial los genéricos deberes, de lealtad y buena fe, exigidos en la ejecución de todo contrato.

No obstante, lo indubitado de las anteriores afirmaciones, en las que basan su planteamiento los partidarios de esta tesis (“decadencia legal”), su planteamiento no ofrece ningún dato acerca de cuál fuere la justificación y fundamento jurídico de la causa de extinción de la fianza.; es decir, no se perfila cuáles sean los elementos jurídicos en que deba entenderse fundada la disposición sancionadora.

Entre las críticas de que ha sido objeto esta construcción doctrinal destacan la impropiedad e inexactitud de la expresión “decadencia legal” para definir y configurar jurídicamente al efecto sancionador de la excepción del perjuicio de la subrogación<sup>296</sup>. En este sentido FRAGALI<sup>297</sup> pone de relieve los rasgos distintivos de la noción de “decadencia” respecto de las notas que caracterizan propiamente la causa de extinción de la fianza, indicando que “.. *la decadencia subsigue a la falta de ejercicio de un poder o de un derecho, mientras que la extinción de la garantía fideiusoria viene dada en consideración a la omisión de un deber; no*

---

<sup>295</sup> *Les sûretés. La publicité foncière*, 2ª. ed., París, 1987, núm. 619, p. 417.

<sup>296</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 78.

<sup>297</sup> *Comentario del Codice civile* a cura di SCIALOJA /BRANCA (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1986, p. 467.

*observando el deber, no se perjudica el interés general a la certeza de las situaciones jurídicas ajenas (decadencia), sino un concreto interés patrimonial de la contraparte; no se causa un perjuicio en la esfera propia y consiguiente ventaja a otros, como sucede en todo caso de decadencia, sino que se provoca un perjuicio al tercero y como efecto una ventaja a sí; la sanción al acreedor consiste en la extinción y no en la pérdida del derecho contra el fiador, porque la relación fideiusoria deja de producir efectos, y nunca jamás, como si hubiera pérdida, podría pasar de un sujeto a otro...”.*

No obstante las anteriores teorías, sobre la justificación y fundamento de la sanción contenida en el art. 1852 del Código civil, lo cierto es que este precepto se halla encaminado a cumplir una doble finalidad. Por un lado, una “función sancionadora”, concretada en la extinción de la garantía *fideiusoria*, en que incurrirá el acreedor cuya conducta sea contraria a los legítimos intereses del fiador en la subrogación; y por otro lado, una “finalidad de prevención”, o tutela jurídica, del derecho de subrogación “*ex lege*” (art. 1839 del Código civil). Así, de esta forma, aparece implícito en el contenido del art. 1852 del Código civil la existencia, a cargo del acreedor, de un específico deber de conducta. Este deber jurídico parece tener la naturaleza de verdadera “carga” del acreedor, entendida ésta como deber de desenvolver una determinada diligencia<sup>298</sup>, sancionándose el incumplimiento de tal deber con la extinción de la fianza, como fórmula de resarcimiento de los perjuicios ocasionados. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª) de 27 de septiembre cuando indica que “... *de modo que la lesión del derecho del fiador a la subrogación operaría un cambio en las condiciones de la obligación garantizada, en razón de lo cual tiene el acreedor la “carga” de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de efectos...*”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 diciembre, indicando que “... *la doctrina viene considerando que esta obligación del acreedor de desarrollar una conducta que no impida la subrogación del fiador en los derechos, privilegios e hipotecas del crédito garantido, tiene la naturaleza de una carga, entendido como deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia implícita en la relación de garantía ...*”.

---

<sup>298</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 79.

En este sentido, FRAGALI justifica la causa extintiva de la fianza consagrada en el art. 1955 del Código civil italiano, correspondiente al art. 1852 del Código civil, indicando que “.. la razón de la disposición no se encuentra en simples consideraciones de equidad, sino que dimana de la misma estructura del negocio fiduciario. El fiador intercede en una obligación ajena que tiene características determinadas en el elemento débito y en el elemento responsabilidad: asume el cumplimiento de una obligación ajena que presupone una determinada relación entre sus dos elementos constitutivos. Si esta relación se perturba por el hecho del acreedor, es el acreedor quien debe soportar las consecuencias, no el fiador, que puede confiar en la diligencia del acreedor en tutelar su propio derecho y en mantener íntegra la garantía ofrecida por el patrimonio del deudor o aquélla específica inherente a la obligación garantizada. La existencia de la fianza no debe atenuar aquella diligencia porque el perjuicio será, no del acreedor, sino del fiador...”. Asimismo, el citado autor aborda las razones jurídicas en que descansa tal liberación entendiendo que “ .. si el derecho a la subrogación ha sido lesionado, se opera un cambio en las condiciones de actuación de la obligación fiada que existían al tiempo de la fianza. Estas condiciones fueron tenidas en cuenta por el fiador para valorar la conveniencia de asumir la garantía, debiendo presumirse que el fiador contaba con la posibilidad de repetir el importe que se viera contrerñido a pagar, mediante el ejercicio de todas las acciones y de todos los derechos que pudieran corresponder al acreedor, en los cuales confiaba poder subrogarse.. “; todo ello lleva al citado autor a deducir “.. un deber del acreedor de conservar al fiador el derecho a la subrogación, o, negativamente, de no alterar o de no contribuir a alterar la relación entre débito y responsabilidad ofrecida por la obligación garantizada al tiempo de la asunción de la fianza...”; atribuyendo al mismo “... la naturaleza de carga ...” <sup>299</sup>. Estos argumentos también han sido utilizados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 783/2002 (sección 4º), de 31 de diciembre, cuando indica que “ ... tal norma impone al acreedor no alterar ni contribuir con su conducta a variar la relación entre débito y responsabilidad, tal y como aparecía configurada ésta en el momento de constituirse la fianza y en relación al deudor principal ....”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm.

---

<sup>299</sup> FRAGALI, *Della fideiussiones*, en *Comentario del Codice civil*, (art. 1936 a 1959), Bologna/Roma, 1968, p. 466-467.

256/2003 (Sección 2ª), de 27 de septiembre, indicando que “ ... *la razón de tal disposición legal proviene de la necesaria protección que debe dispensarse al fiador, pues aunque lo que hace es interceder en una obligación ajena, lo hace en virtud de una relación jurídica en la que también es elemento constitutivo su derecho de reintegro y de subrogación, de modo que la lesión del derecho del fiador a la subrogación operaría un cambio en las condiciones de la obligación garantizada, en razón de lo cual tiene el acreedor la carga de preservar el derecho a la subrogación del fiador con plenitud de efectos.....*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, al indicar que “ ... *el fiador tiene en consideración las condiciones del crédito que afianza y confía en que el acreedor sea diligente en su conservación, manteniéndolas íntegras y no lesionándolas o disminuyéndolas por acto al mismo imputable, pues en tal caso se operaría un cambio en las condiciones de la obligación garantizada, existentes al tiempo del compromiso contractual, que generaría una alteración sustancial de las bases tenidas en cuenta a la hora de concertar la fianza y exteriorizar el fiador su consentimiento convencional ...*”.

Este criterio doctrinal de FRAGALI es el que ha encontrado mayor respuesta entre los civilistas contemporáneos, principalmente en la doctrina italiana<sup>300</sup>; asimismo en nuestra doctrina patria<sup>301</sup>. Así, DIEZ PICAZO pone de relieve como de la disposición contenida en el art. 1852 del Código civil “.. *se desprende la existencia de una “carga” que compete al acreedor de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos, es decir, con extensión a todas las garantías y privilegios del crédito .... por consiguiente, la norma del art. 1852 constituye una sanción por el incumplimiento de tal carga...*”. ALONSO SÁNCHEZ<sup>302</sup> estima que la liberación del fiador, sancionada en el art. 1852 del Código civil, encuentra su justificación y fundamento, en la peculiar estructura subjetiva y formal de la relación jurídica de la fianza y, concretamente, en la nota de indemnidad que comporta la posición jurídica del fiador; de esta forma, uno de los elementos que definen la relación jurídica de la fianza

<sup>300</sup> BOZZI, *Trattato di Diritto privato*, t. V., Torino, 1985, p. 268; RAVAZZONI, *Fideiussione en Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1957, p. 289.

<sup>301</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 327-328; DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, 2ª edic, Barcelona, 1986; DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 618-619.

<sup>302</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 81.

es la ajenidad del interés en que interviene el fiador, es decir, que la obligación *fideiusoria* es asumida para pagar o cumplir por un tercero (*art. 1822.1 del Código civil ... “por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste...”*). Así, se desprende que el pago del fiador no forma parte de la esencia de la institución, sino que es un aspecto contingente de la relación de fianza, y que la intromisión en una obligación ajena, determina la condición de indemne que comporta la cualidad jurídica del fiador, configurándose como elementos típicos de la fianza el derecho de reembolso (*art. 1838 del Código civil*) y el derecho de subrogación (*art. 1839 del Código civil*). Esta nota de indemnidad de la fianza parece ser la razón jurídica básica en que se funda la causa de extinción del *art. 1852 del Código civil*. También ha sido utilizado este argumento por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 507/1996 (Sección 3ª), de 14 de octubre, cuando indica que “ ... *prácticamente toda la doctrina pone de relieve que el art. 1852 del Código civil no es sino una consecuencia obligada del principio de subrogación del fiador en los derechos del acreedor, proclamado en el art. 1839 del Código civil y dichos dos preceptos lo que tratan es de evitar que, por cualquier medio, como puede ser el acuerdo entre acreedor y deudor, se perjudique al fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena, sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado...*; la Sentencia Audiencia Provincial de Asturias núm. 134/2003 (Sección 7ª), de 28 febrero, indicando que “ ... *como señala la STS de 8-5-2002 el art. 1852 en relación con el art. 1830 ambos del C. civil tratan de evitar que por cualquier medio como puede ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique al fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado ...*”.

Esta noción de “carga” ha sido definida por BADOSA como una conducta que se debe realizar solamente si se pretende evitar las consecuencias negativas que comportaría su inobservancia<sup>303</sup>. Al respecto, coinciden la mayor parte de civilistas en destacar que, a diferencia del concepto jurídico de “obligación”, no es rasgo esencial de la noción de “carga” la idea de coactividad; esta ausencia de coercibilidad en la “carga” del acreedor, ha llevado a la doctrina a destacar, por una parte, la libertad del sujeto para ejercitar o no la conducta en que consiste la “carga”, ya que no se encuentra obligado a

---

<sup>303</sup> *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bologna, 1987, p. 317.

cumplirla, y de otra, a poner de relieve cómo la “carga” no implica nunca una conducta cuyo cumplimiento pueda ser exigido coactivamente, por vía judicial, en este caso al acreedor, y que su inobservancia se traduce en la imposibilidad de ejercitar un derecho o facultad concreta<sup>304</sup> y no en una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, como es propio del incumplimiento de una obligación (art. 1101 del Código civil “... quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella...”).

De esta forma, parece que este deber de conducta, que al acreedor impone el art. 1852 del Código civil, se ajusta, en cuanto a su contenido funcional, ejercicio práctico y consecuencias de su inobservancia, a los esquemas jurídicos propios de la noción de “carga”<sup>305</sup>. De esta forma, así, el art. 1852 del Código civil es ajeno a toda idea de coacción, el acreedor es libre para llevar o no a cabo la conducta en que consiste su particular deber jurídico, es decir, puede libremente, en el uso de las legítimas facultades de disposición inherentes al crédito o a sus garantías accesorias, dejar perder los “*derechos, hipotecas y privilegios*” de que fuera titular en razón del crédito principal, sin que, actuando de esa manera, pudiera entenderse realizado por su parte ningún ilícito contractual. No obstante, ello no supone que dicha inobservancia no le acarree ningún efecto desfavorable, sino que el mismo legislador (art. 1852 del Código civil) preve, dicha específica “carga”, como presupuesto previo para el ejercicio eficaz por parte del acreedor del derecho de garantía (fianza), es decir, sólo si observa la conducta tendente a no perjudicar los “*derechos, hipotecas y privilegios*” podrá hacer valer su garantía *fideiusoria*.

De este modo, parece que el tenor literal del art. 1852 del Código civil (“... *los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación* ...”) impide configurar jurídicamente este particular deber del acreedor como una propia y verdadera “obligación”, en el sentido con que aparece determinada en los art. 1088 y sts del Código civil (*art. 1101 del Código civil “... quedan sujetos a la indemnización de los*

<sup>304</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Madrid, 1988, p. 64.

<sup>305</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 83.

*daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella...*”). Así, la inobservancia de ese deber concreto de conducta del acreedor no hace surgir en el fiador un correlativo derecho, o acción, para exigir coactivamente del acreedor la ejecución exacta de aquel “deber” de obrar, tal como aparece dispuesto para las obligaciones recíprocas en el art. 1124 del Código civil, ni tampoco está facultado el fiador por el art. 1852 del Código civil para entablar pretensión alguna contra el acreedor negligente o doloso a fin de ser indemnizado de los eventuales daños y perjuicios que le ocasione la contravención de su “deber” jurídico, como así aparece previsto en el art. 1101 del Código civil para todo tipo de obligaciones incumplidas. Es decir, ninguna de dichas consecuencias legales, previstas para el incumplimiento de las obligaciones, pueden ser válidamente esgrimidas para fundamentar el aspecto sancionador del art. 1852 del Código civil y, por lo tanto, no debería recurrirse a la noción de “obligación” al objeto de definir y justificar este deber que se deriva del mencionado precepto (art. 1852 del Código civil) para el acreedor.

De esta forma, parece ser debería ser interpretada la sanción contenida en el art. 1852 del Código civil, y, en este sentido, la contravención por parte del acreedor de su deber de cuidado y prevención de la subrogación (“carga”) hará surgir en el fiador lesionado el derecho potestativo de hacer declarar judicialmente la definitiva y automática extinción de sus responsabilidades accesorias derivadas de la fianza, sin ser preciso, por su parte, una previa ejecución forzosa del deber jurídico desatendido. En este sentido, aunque se hable genéricamente de perjuicio en la subrogación como causa determinante de la liberación del fiador, contemplada en el art. 1852 del Código civil, la sanción que en el mismo se establece cumple una “función de prevención” y no de compensación de daños, es decir, se halla dispuesta para impedir que el fiador sufra los perjuicios que conllevaría la imposibilidad de subrogación y no para resarcir al garante los daños ocasionados por el acreedor<sup>306</sup>. CASANOVAS MUSSONS<sup>307</sup>, entendiendo la nota de indemnidad como justificación y fundamento del art. 1852 del Código civil, afirma que “.. *indemnidad se opone a indemnización, en tanto que ésta implica la efectiva producción de un daño; en el art. 1843 (como en el art. 1852, precepto análogo en este*

<sup>306</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 85.

<sup>307</sup> *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 149.

*aspecto concreto) se trata de evitar que el daño se produzca, con lo que, en definitiva, se elimina el propio concepto de indemnización...”.*

En conclusión, esta “carga” le viene exigida al acreedor como fórmula legal para tutelar preventivamente el interés de la subrogación del fiador, y su inobservancia, más que perjudicar al garante, perjudica al mismo acreedor, ya que de su contravención se va a poder derivar para el acreedor la pérdida de la garantía *fideiusoria*; del mismo modo, el cumplimiento, efectivo y correcto, de la conducta en que consiste la “carga”, tiene un interés para el fiador, dado que su realización le permitirá mantener íntegras las expectativas de la subrogación tras el pago.

En este sentido PUIG PEÑA<sup>308</sup> encuadra dogmáticamente este deber de conducta del acreedor, a que se refiere el art. 1852 del Código civil, dentro de lo que el propio autor denomina como “deberes contra sí mismo”, lo que justifica señalando que “ .. *de su incumplimiento por el acreedor puede derivarse un particular perjuicio para él; tiene, pues que observar una conducta delicada, dado que, caso contrario, él mismo produce la liberación del fiador*”. Esta proyección contra la propia persona gravada es igualmente puesta de relieve por FRAGALI<sup>309</sup>.

Es prácticamente unánime en la doctrina<sup>310</sup>, que la sanción que se establece en el art. 1852 del Código civil es una consecuencia inherente al derecho de subrogación, atribuido legalmente al fiador por el art. 1839 del Código civil (“... *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado ...*”). En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 507/1996 (Sección 3ª), de 14 de octubre, al indicar que “ ... *prácticamente toda la doctrina pone de relieve que el art. 1852 del Código civil no es sino una consecuencia obligada del principio de subrogación del fiador en los derechos del acreedor, proclamado en el art. 1839 del Código civil ...*”; la Sentencia de la Audiencia

<sup>308</sup> *Tratado de Derecho civil español*, t. IV , vol. 2º, Madrid, 1946, p. 500.

<sup>309</sup> *Della fideiussione, en Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 467.

<sup>310</sup> Por todos, DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I*, Madrid, 1983, p. 618 y 619; PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 250; DELGADO ECHEVARRIA, *Elementos de Derecho civil*, II-3ª, Barcelona, 1986, p. 528 y 529; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Madrid, 1990, p. 407.

Provincial de Sevilla (Sección 5ª), 29 de diciembre del 2000, al indicar que “... y proceder a su enajenación a un tercero, hace inviable la subrogación de la fiadora, por el pago de la deuda, en todos los derechos que la entidad acreedora tenía contra la deudora, tal como señala el artículo 1839 del Código civil, lo que determina la extinción de la fianza conforme al art. 1852 del mismo Código...”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indicando que “ ... el art. 1852 del CC es una consecuencia del régimen legal de subrogación del fiador, como consecuencia del pago, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor principal, que proclama el art. 1839 de dicho texto legal ... ”.

Para que opere dicha sanción al acreedor se exige, en primer lugar, que el acreedor haya impedido la subrogación del fiador en los “derechos, hipotecas y privilegios” específicos del crédito; de esta forma se trata de salvaguardar, para el fiador, la mayor ventaja, protección o situación de privilegio que tenga el acreedor contra el deudor, protegiendo, no la capacidad económica del deudor, sino el específico derecho de subrogación del fiador (art. 1839 del Código civil); por el contrario, si el acreedor disminuye, o pierde (por ejemplo prescripción de la acción contra el deudor), el propio crédito principal, la liberación del fiador tendría su origen, no en la sanción del art. 1852 del Código civil, sino en la extinción, total o parcial, de la obligación principal (art. 1847 del Código civil “... la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones...”). En segundo lugar, es necesario que la imposibilidad en la subrogación implique un perjuicio efectivo para el fiador. Ello parece que no sucederá cuando los “derechos, hipotecas y privilegios” fueran inútiles o ineficaces, es decir, cuando no impliquen una real y mayor protección del crédito. En cambio, si los “derechos, hipotecas y privilegios” son útiles para el cobro del crédito parece que la sanción del art. 1852 del Código civil operará igual aunque el acreedor ostentará otros suficientemente amplios y bastantes para garantizar la totalidad del crédito; del mismo modo, por la lógica sancionadora de la norma, parece que la fianza se extinguirá en la medida del perjuicio resultante causado al fiador por la

lesión en los “*derechos, hipotecas y privilegios*”<sup>311</sup>. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, indica que “... *La extinción de la fianza, que el precepto autoriza, sólo tendrá lugar en tanto el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido ...*”.

Por otro lado, esta sanción, contemplada en el art. 1852 del Código civil, no opera automáticamente; es decir, aunque el precepto se refiere a “... *quedan libres de su obligación ...*”, lo que parece que realmente establece es un supuesto de pérdida de acción del acreedor contra el fiador, que sólo juega como excepción que corresponde oponer al fiador frente a la reclamación del acreedor (“*exceptio cedendarum actionum*”); tal excepción, en virtud de lo establecido en el art. 1255 del Código civil (“... *los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público....*”), puede ser renunciable por el propio fiador beneficiario<sup>312</sup>. De esta forma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo, indica que “... *no opera la previsión del art. 1852 del CC en forma automática, sino que debe ser objeto de alegación como excepción...*”.

Tal como se ha indicado, la tesis más seguida por un amplio sector doctrinal<sup>313</sup> se corresponde con la concepción propugnada por FRAGALI<sup>314</sup> quien encuentra el fundamento de la norma en un genérico deber o “carga” impuesta legalmente al

<sup>311</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 11.

<sup>312</sup> En este sentido, FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del artículo 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 11; SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed, París, 1990, p. 9 a 12, indica que no obstante la modificación sufrida por el art. 2037 del Código civil francés, según la Ley de 1 de marzo de 1984 por la cual se añade al precepto el párrafo “*Toda cláusula contraria se estima no escrita*”, la doctrina admite la renuncia parcial y limitada a derechos concretos o, si es a posteriori, una vez que el fiador pudo oponer el art. 2037 al acreedor.

<sup>313</sup> RAVAZZONI, *La fideiussione*, 3ª, ed. Milano, 1975, p. 53; SIMONETO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, p. 95; BOZZI, *La fideiussiones, le figure affín e l'anticresi*, en *Trattato di Diritto privato*, t. 13, dirig. por P. RESCIGNO, Torino, 1986, p. 268; DIEZ PICAZO, *Fundamento de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 618 y 619; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Madrid, 1990, p. 408; DELGADO ECHEVARRIA, *Elementos de Derecho civil*, II-3ª, Barcelona, 1986, p. 529.

<sup>314</sup> *Delle obbligazioni Fideiussione-mandato di credito*, en *Comentario del Codice civile*, Scialoja e Branca, libro cuarto, art. 1936-1959, Bologna-Roma, 1957, p. 468.

acreedor; carga que supone un cierto deber de diligencia en la conservación de las garantías. Ahora bien, el art. 1852 del Código civil ¿establece un estricto y específico deber de diligencia para el acreedor garantizado o este deber de diligencia no puede ir más allá de la carga genérica de diligencia que le es exigible a todo acreedor en la conservación y gestión del propio crédito?.

En este sentido, el problema central del art. 1852 del Código civil consiste en determinar su alcance y extensión, es decir, delimitar, con una cierta precisión, los supuestos que van a dar lugar a la liberación del fiador. Así, ¿cualquier pérdida, o lesión, del derecho de subrogación del fiador que sea imputable al acreedor, va a conducir a la extinción de la fianza?. La respuesta a dicho interrogante parece que vendrá dada según la interpretación que se de al concepto “*hecho del acreedor*” contenido en el art. 1852 del Código civil. Si la liberación del fiador se funda en la culpa del acreedor, el “*hecho del acreedor*” exigirá un comportamiento negligente, o doloso, para que la extinción tenga lugar; si, por el contrario, se interpreta la norma como una promesa tácita por parte del acreedor en la conservación de las garantías del crédito el “*hecho del acreedor*” se convertiría en una circunstancia prácticamente objetiva, que produciría como efecto la extinción de la fianza ante un mero incumplimiento de la promesa.

De esta forma, la respuesta sobre el alcance y extensión del art. 1852 del Código civil se halla entre dos parámetros. Por un lado, la fianza se constituye en interés del acreedor y, en principio, ha de subsistir mientras se mantenga vivo ese interés; en este sentido, la fianza no sólo otorga al acreedor una protección reforzada de su crédito, sino que lo garantiza frente a cierta negligencia o descuido, ya que por ello tiene un segundo obligado. De otro lado, es necesario limitar las actuaciones del acreedor que coarten las posibilidades de reintegro del fiador; o sea proteger eficazmente su derecho de subrogación.

En resumen, en orden al fundamento jurídico del art. 1852 del Código civil y a la naturaleza del “deber” impuesto al acreedor, se podría concluir que<sup>315</sup>:

---

<sup>315</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 87.

1º Que la “*ratio*” de la excepción del perjuicio de subrogación sancionado en el art. 1852 del Código civil parece encontrarse en la misma estructura de la relación jurídica de la fianza y, concretamente, en la nota de “indemnidad” que comporta la cualidad de fiador. En este sentido Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 134/2003 (Sección 7ª), de 28 de febrero, cuando indica que “... *de otro lado como señala la STS de 8-5-02 el art. 1852 en relación con el art. 1830 ambos del Código civil tratan de evitar que por cualquier medio como puede ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique al fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado .....*”; .la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 183/2004 (Sección 3ª), de 30 de abril, indica que “... *el artículo 1852 del Código civil al contemplar como causa de extinción de la fianza los hechos del acreedor obstativos a la subrogación del fiador, responde a la finalidad de evitar que el acreedor, por su sola voluntad, pueda empeorar la condición del fiador que, probablemente, no se hubiera obligado, de no contar con la facilidad en el reintegro que la subrogación en los derechos del acreedor le asegura...*”.

2º Que el art. 1852 del Código civil cumple dos funciones, diferenciadas e interconexas; la sanción al acreedor y la protección al fiador.

3º Que el fin último del art. 1852 del Código civil es tutelar, preventivamente, el interés en la subrogación del fiador, presumido en base a lo establecido en el art. 1839 del Código civil. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 507/1996 (Sección 3ª), de 14 de octubre, cuando indica que “... *prácticamente toda la doctrina pone de relieve que el artículo 1852 del Código civil no es sino una consecuencia obligada del principio de subrogación del fiador en los derechos del acreedor, proclamado en el art. 1839 del Código civil ...*”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indicando que “... *el art. 1852 del CC es una consecuencia del régimen legal de subrogación del fiador, como consecuencia del pago, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor principal, que proclama el art. 1839 de dicho texto legal.. .....*”.

4º Que de esta dualidad funcional del art. 1852 del Código civil (“sancionadora” y “preventiva”) se desprende la configuración de un deber jurídico a cargo del acreedor de preservar el eventual derecho de subrogación del fiador, cuya inobservancia hace surgir en el garante el derecho potestativo de hacer declarar la extinción de su obligación *fideiusoria*. ... “.

5º Que este deber de conducta diligente, a que viene sometido el acreedor en beneficio del fiador, como presupuesto previo para el ejercicio eficaz por parte del acreedor de su garantía *fideiusoria*, tiene la naturaleza de una “carga”, encuadrada dentro de la categoría dogmática de los “deberes contra sí mismo”, pues su incumplimiento (por el acreedor gravado) determinará, como efecto jurídico desfavorable, que el fiador pueda provocar la liberación de la fianza. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª), de 27 de septiembre cuando indica que “... *de modo que la lesión del derecho del fiador a la subrogación operaría un cambio en las condiciones de la obligación garantizada , en razón de lo cual tiene el acreedor la carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de efectos...*”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indica que “... *la doctrina viene considerando que esa obligación del acreedor de desarrollar una conducta que no impida la subrogación del fiador en los derechos, privilegios e hipotecas del crédito garantizado, tiene la naturaleza de una carga, entendida como deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia implícita en la relación de garantía ...*”.

En consecuencia, del análisis de esta causa de extinción de la fianza contenida en el art. 1852 del Código civil surgen diversas cuestiones; en primer lugar, ¿qué “*hecho del acreedor*” implica el efecto extitivo de la fianza?; en segundo lugar, ¿qué “*derechos, hipotecas y privilegios*”, no subrogados por el fiador, tienen como efecto la extinción de la fianza?, y por último, ¿cuáles son las condiciones que deben darse para la extinción de la fianza?

### **1.2. ¿Qué “*hechos del acreedor*” implican la extinción de la fianza?**

Para que tenga lugar la extinción de la fianza, vía art. 1852 del Código civil, es preciso que el perjuicio en la subrogación del fiador obedezca a algún “*hecho del acreedor*”. En este sentido, el citado precepto al mencionar “.. *siempre que por algún hecho del acreedor ....*” no establece ningún dato que permita delimitar cuáles sean los elementos que caracterizan e individualizan dicho “*hecho del acreedor*” a los efectos de tener la suficiente entidad para producir el efecto jurídico pretendido por la norma, es decir, la liberación de la fianza.

Algún sector doctrinal<sup>316</sup>, circunscribe este “*hecho del acreedor*” a una conducta que, causante de la extinción de la fianza en virtud del art. 1852 Código civil, consista en una actividad “de hacer” (positiva), privando de los mismos efectos a la conducta omisiva del acreedor. Otro sector doctrinal<sup>317</sup>, en cambio, indica que por “*hecho del acreedor*” debe entenderse cualquier conducta (positiva o negativa) que le sea imputable, excluyéndose el caso fortuito.

Analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y la menor de las Audiencias Provinciales, encontramos sentencias en las que se indica que este “*hecho del acreedor*” consiste en un obrar positivo; así parece entenderlo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 1 de marzo de 1983, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui, al indicar que “ *...como ya sancionaron las sentencias de esta Sala de 7 de octubre de 1933 y 9 de octubre de 1962,..... la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia ...*”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, indicando que “ *... como se infiere de la no muy abundante doctrina jurisprudencial relativa a dicho precepto, para su aplicación, se requiere la existencia de un acto positivo y directo del acreedor, posterior a la constitución de la fianza, que perjudique la situación del fiador, impidiéndole subrogarse en los derechos y privilegios del mismo...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 197/1999 (Sección 2ª), de 13 de julio, indicando que “ *... Para el examen y decisión de la cuestión debatida hemos de partir del citado y transcrito art. 1852 del Código civil. Según la interpretación de dicho*

<sup>316</sup> CASTAN TOBEÑAS, JOSE, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 9ª ed., Madrid, 1969, p. 702; PUIG PEÑA, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, p. 502.

<sup>317</sup> DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 602.

*artículo realizada por el Tribunal Supremo en las pocas ocasiones en que se ha ocupado del mismo, para que opere la causa de extinción de la fianza que contempla se requiere en primer lugar algún “hecho del acreedor”, esto es, un comportamiento positivo, no una mera negligencia o pasividad, del acreedor, y en segundo lugar, que ese comportamiento positivo impida la subrogación del fiador en los derechos, hipotecas y privilegios de aquél (Sentencias 7 de octubre 1933, 9 de octubre 1962 y 20 de octubre de 1992)...”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 204/2003 (Sección 4ª), de 1 de abril, cuando indica que “... hecho que implica actividad del acreedor, no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad...”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 183/2004 (Sección 3ª), de 30 de abril cuando indica que “... Según el Tribunal Supremo, el hecho del acreedor ha de ser personal, directo y de carácter positivo (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1927 y 9 de octubre de 1967)...”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 289/2006 (Sección 3ª), de 30 de noviembre, al indicar que “... pues la frase “algún hecho” que utiliza el citado precepto implica actividad y acción del acreedor y han de ser hechos personales, directos y de carácter positivo ...”.*

No obstante, también se ha estimado por la jurisprudencia que en el concepto “*hecho del acreedor*” del art. 1852 del Código civil, además de los actos positivos, se contienen los actos negativos; así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, cuando indica que “... el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistentes en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo ...”; la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 577/2002 (Sala de lo Civil), de 14 de junio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, indicando que “... o la aparente restricción del concepto “*hecho del acreedor*” a un acto necesariamente positivo, no pueden ser compartidas por esta Sala, pues aunque tal identificación de hecho con acción, excluyendo por tanto la omisión, pueda hallarse en sentencias como la de 1-3-1983, otras más recientes, como las de 20-10-1993 y 29-11-1997, no descartan que la conducta del acreedor determinante de la liberación del fiador pueda ser incluso pasiva...”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2003 (Sala de lo Civil), sección única, de 21 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, al indicar que “... más recientemente, la sentencia de 8 de mayo de 2002 señala como el art. 1852 del

*Código civil se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo...”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª), de 26 de noviembre, indicando que “ ... se trata de una causa extintiva de la fianza con la consiguiente consecuencia de la liberación de la deuda de los fiadores, por hechos propios del acreedor que implican un perjuicio de los fiadores, y tanto se deba a actos positivos como omisivos ... ”; Sentencia Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª), de 27 de septiembre, indicando que “... Ahora bien, precisamente como dice la STS de 8 de mayo del 2002... el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación - imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad - en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito ....” ; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo, al indicar que “ ... el perjuicio de la subrogación debe de tener como causa un hecho del acreedor y en la discusión sobre si ha de ser directo y positivo o también una conducta omisiva, la mejor doctrina tanto abarca lo uno como lo otro (y en este sentido también la STS de 8-5-2002, que tanto se refiere a un hecho positivo como negativo ....”;* Sentencia Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indicando que “ ... el perjuicio de no hacerlo así que sufre el fiador ha de ser consecuencia de un “hecho del acreedor”, como señala el art. 1852 del CC. En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende que este hecho tanto puede ser positivo como negativo, si bien se destaca que no bastará una simple inercia o abstención, sino va acompañada de un deber de actuar, es decir que si de una inactividad de tal clase resulta perjuicio para las garantías existentes, entonces concurrirá el supuesto del hecho de la sanción jurídica extintiva de la fianza contemplada en el meritado art. 1852....”.

Al respecto, es de destacar un último criterio jurisprudencial sostenido por el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 403/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan, que indica que “... la aparente restricción del concepto “hecho del acreedor”, a un acto necesariamente positivo, no pueden ser compartidas por esta Sala, pues aunque tal identificación de hecho con acción, pueda hallarse en Sentencias de 1 de marzo de 1983, que a su vez cita las de 7

*de octubre de 1933 y 9 de octubre de 1962, otras más recientes, como las de 20 de octubre de 1993 y 29 de noviembre de 1997, no descartan que la conducta del acreedor determinante de la liberación del fiador pueda ser incluso pasiva...”;* asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 407/2007 (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 4 de mayo, ponente Excmo. Sr. D. Xavier O`Callaghan Muñoz, cuando indica que “... el hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza...”.

Por otro lado, parece que este deber legal (“carga”) impuesto al acreedor en el art. 1852 del Código civil no debería implicar que deba observarse por el acreedor un comportamiento tal que mejore, notoriamente, la utilidad y efectividad del derecho de subrogación del fiador; ahora bien, la “carga” si supone la omisión de aquella conducta del acreedor que impida el derecho de subrogación del fiador<sup>318</sup>.

Los principales puntos de divergencia doctrinal que presenta la expresión “*hecho del acreedor*”, contenida en el art. 1852 del Código civil, vienen dados, de una parte, por el problema de los presupuestos de imputabilidad subjetiva del perjuicio sancionable y, de otra, por el interrogante relativo a la significación de las conductas negativas o de omisión del acreedor.

En este sentido, parece que una simple inercia, o abstención, del acreedor, no debería ser suficiente para operar el efecto extintivo del art. 1852 Código civil, si éste no tenía un “deber” de actuar o si de su inactividad no se derivan específicas consecuencias perjudiciales en cuanto a las garantías existentes<sup>319</sup>. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, cuando indica que “... *el art. 1852 se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo....*”; en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 21 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González

---

<sup>318</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 13.

<sup>319</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario a los art. 1822 a 1886 CC, Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 328.

Poveda, indicando que “ ... *la sentencia de 8 de mayo de 2002 señala como el art. 1852 del Código civil se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo...* “; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2º), de 27 de septiembre, cuando indica que “ ... *precisamente como dice la STS de 8 de mayo de 2002 ..... el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación ....*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indicando que “ ... *en este sentido, la doctrina mayoritaria entiende que este hecho tanto puede ser positivo como negativo, si bien se destaca que no bastará una simple inercia o abstención, sino va acompañada de un deber de actuar ....*” .

En cuanto a la primera cuestión (“problema de los presupuestos de imputabilidad subjetiva del perjuicio sancionable”), la doctrina se encuentra dividida, manteniéndose, al respecto, dos criterios distintos. Un criterio mantiene que la extinción de la fianza procederá exclusivamente cuando la imposibilidad de subrogación del fiador deriva de un hecho, voluntario y directo, del acreedor, excluyéndose la mera negligencia del mismo; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, habla de “... *un acto positivo y directo del acreedor ....*”; en el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 289/2006 (Sección 3ª), de 30 de noviembre al menciona que “... *el citado precepto implica actividad y acción del acreedor y han de ser hechos personales, directos y de carácter positivo ...*”. Un segundo criterio doctrinal, entiende que la excepción del perjuicio de la subrogación puede ser válidamente invocada por el fiador, tanto en los casos de simple falta de diligencia del acreedor, como en los casos en que el impedimento en la subrogación proviene de un hecho realizado por el acreedor directa e intencionadamente; así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indicando que “...*no podemos compartir, pues, el alegato del recurso de apelación de que esa conducta del acreedor ha de ser siempre de carácter positivo, ni mucho menos que ella sea la doctrinalmente dominante, sino que, por el contrario, se viene entendiendo como hecho propio del*

*acreedor no sólo un comportamiento activo sino también omisivo, doloso como simplemente negligente ...”.*

En el Derecho comparado, los defensores<sup>320</sup> de la primera postura afirman que la puesta en funcionamiento del beneficio de liberación exige, necesariamente, la concurrencia de un hecho voluntario del acreedor que comporte una culposa violación de su deber de conducta, ya que la norma no hace responsable al acreedor de las consecuencias perjudiciales seguidas de una simple imprudencia o negligencia, ni impone, en favor del fiador, al acreedor ninguna obligación específica de cuidar diligentemente por sus intereses.

En el seno de la doctrina española, parte de los tratadistas<sup>321</sup>, se han inclinado por estimar que la falta de diligencia en el acreedor en orden a conservar el derecho de subrogación de su fiador no puede ser considerada causa bastante para operar la extinción de la fianza prevista en el art. 1852 del Código civil; en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 1983, ponente: Excmo Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui, afirmó que “... *no puede estimarse que la conducta del acreedor constituya el “hecho” determinante de que el fiador solidario no pudiera quedar subrogado en la garantía que para el saldo de la deuda la reserva de dominio significaba, pues como ya sancionaron las sentencias de esta Sala de 7 de octubre de 1933 y 9 de octubre de 1962, citadas por el recurrente, la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia .....*”.

No obstante dicha postura doctrinal, si parece que el acreedor deberá desenvolver una determinada y precisa diligencia en el cumplimiento, por su parte, de la específica “carga” que al mismo le impone el art. 1852 del Código civil, orientada a preservar el derecho a la subrogación de los fiadores<sup>322</sup>. En este sentido, señala DELGADO

---

<sup>320</sup> Es postura ha sido sostenida por RAVAZZONI, *Fideiussione, en Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1957, p. 288; BOZZI, *Trattato di Diritto privato*, XIII, t. quinto, Torino, 1985, p. 267; BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, Della fideiussione e Della transazione*, Milano, núm. 1176, p. 629; ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1966, p 836, entre otros. .

<sup>321</sup> En este sentido, PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho civil español*, t.IV, vol. 2º, Madrid, 1946, p. 502; SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. IV, Madrid, 1973, p. 548; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª ed., Madrid, 1973, p. 486.

<sup>322</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 129.

ECHEVARRÍA<sup>323</sup> que “... el acreedor ha de comportarse con diligencia tal que no perjudique al fiador, haciendo con su conducta que sea privado (en forma contradictoria con la función de garantía) de medios útiles de hacerse pagar por el deudor..”; es decir, que sí parece que será relevante, a los efectos del art. 1852 del Código civil, aquella concreta falta de diligencia del acreedor que se manifieste contraria al específico deber de cuidado y prevención a que todo acreedor se ve sometido<sup>324</sup>. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 21 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, cuando indica que “ ... Más recientemente, la sentencia de 8 de mayo de 2002 señala como el art. 1852 del Código civil se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación – imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad – en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito ... “; la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente Excmo. Sr. D. Jesús Carbal Fernández, indicando que “ ..... por lo razonado no se aprecia infracción de los preceptos cuya conculcación se denuncia en el motivo y singularmente del art. 1852 y la jurisprudencia citada en su aplicación. El art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación – imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad – en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito ... ”; en el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 593/2005 (Sección 25ª), de 14 de noviembre; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo, cuando indica que “... el perjuicio de la subrogación debe tener como causa un hecho del acreedor y en la discusión sobre si ha de ser directo y positivo o también una conducta omisiva, la mejor doctrina tanto abarca lo uno como lo otro (y en este sentido también la STS de 8-5-2002, que tanto se refiere a un hecho positivo como negativo) advirtiendo que la invocada referencia de la sentencia del Alto Tribunal de 7-10-33 en apoyo de la interpretación restrictiva también alude a la “falta de diligencia o pasividad”...”.

<sup>323</sup> Elementos de Derecho civil, de LACRUZ BERDEJO, t. II, vol. 3º, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 526.

<sup>324</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. XXIII, art. 1822 a 1886, Jaén, 1980, p. 330.

Un segundo criterio relativo la expresión “*hecho del acreedor*” es sostenido por otro sector doctrinal que afirma que por “*hecho del acreedor*” debe entenderse cualquier conducta del acreedor que le sea imputable, excluyéndose el caso fortuito<sup>325</sup>; es decir, comprendería el concepto tanto un comportamiento positivo como una simple omisión, una actividad voluntaria, dolosa o simplemente negligente.

En el Derecho comparado, este planteamiento, es formulado por la mayor parte de civilistas contemporáneos. En este sentido, refieren la operatividad del beneficio de liberación a todas las conductas del acreedor, incluso las no intencionadas, con la única exigencia de representar el acto concreto causa directa del perjuicio de subrogación de los fiadores<sup>326</sup>. De esta forma, FRAGALI indica que “.. *no es necesario que el hecho del acreedor represente un ilícito, siendo también independiente de toda idea de culpabilidad. Basta individualizar un nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio...*”.

También hay un amplio sector doctrinal en España que, siguiendo a FRAGALI, señala que lo determinante, para que se produzca la sanción prevista en el art. 1852 del Código civil, es que pueda establecerse una relación de causalidad entre el “*hecho del acreedor*” y la imposibilidad de la subrogación, al margen de toda idea de culpa o hecho ilícito<sup>327</sup>. De esta forma, la expresión “*hecho del acreedor*” significaría un criterio de imputación objetiva y el interés protegido sería el derecho de subrogación del fiador y éste podría resultar perjudicado por un comportamiento, culposo o no, del acreedor. En idénticos términos se pronuncia GUILARTE ZAPATERO<sup>328</sup> señalando que “.. *el precepto exige una conexión directa entre el hecho del acreedor y la imposibilidad de subrogación del fiador.. Es precisa, pues, la correspondiente relación de causa a efecto, de modo que la conducta del acreedor sea determinante de la*

---

<sup>325</sup> En este sentido DIEZ PICAZO, citado por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 129.

<sup>326</sup> En este sentido, PIRES DE LIMA /ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. 1, 4ª ed., Coimbra, 1987, p. 671; SIMLER, *Juris Classeur civil*, art. 2034 a 2039, fasc. J., nº 96-97; FRAGALI, *Della fideiussione*, en *Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 472, entre otros.

<sup>327</sup> En este sentido, FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 14.

<sup>328</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 336.

*pérdida del derecho o de la garantía de que se trate, independientemente de toda idea de ilicitud o de culpabilidad de aquélla. Si le es imputable al acreedor el acto o la omisión que origina la pérdida de la garantía o del derecho en cuestión, la liberación del fiador debe materializarse..”*; por su parte, DIEZ PICAZO<sup>329</sup>, indica que “... *por hecho propio del acreedor debe entenderse cualquier conducta de éste, que le sea imputable y que no obedezca a un caso fortuito. Puede ser un comportamiento positivo o una simple omisión. Puede ser una actividad voluntaria, dolosa o simplemente negligente...*”. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª), de 26 de septiembre, cuando indica que “... *se trata de una causa extintiva de la fianza, con la consiguiente consecuencia de la liberación de la deuda de los fiadores, por hechos propios del acreedor que implica un perjuicio de los fiadores, tanto se deba a actos positivos como omisivos, excepto que obedezcan a caso fortuito...*” .

La admisión de esta última tesis podría conducir a resultados de cierta complejidad. Así, por ejemplo, ¿el no ejercicio de la acción de devastación del art. 117 del Real Decreto 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Hipotecaria (“.. *cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitarlo o remediar el daño ....*”) frente al perjuicio causado por el propio deudor en el bien hipotecado debe conducir, vía art. 1852 del Código civil, a la liberación del fiador?. La respuesta afirmativa a esta pregunta parece que exige una previa imposición de una carga, o deber de diligencia, en el acreedor, en el sentido de que el acreedor no sólo debería velar por sus propios intereses, sino también por los del fiador. Ahora bien, en caso positivo, ¿de donde surgiría esta obligación para el acreedor? y ¿porqué debe ejercitar el acreedor la mencionada acción de devastación si tiene garantizada la deuda con un fiador solvente?. Aceptar esta última tesis podría

---

<sup>329</sup> *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 619.

suponer que, para el acreedor, tener fiadores sería más una carga que un alivio del crédito afianzado<sup>330</sup>.

En consecuencia, en esta primera cuestión (“problema de la imputabilidad subjetiva”), correspondiente a la interpretación del concepto “*hecho del acreedor*” contenido en el art. 1852 del Código civil, se mezclan dos tipos de cuestiones; por un lado, si lo determinante para la liberación del fiador es la imputación objetiva al acreedor de la pérdida de la subrogación del fiador, o si este “*hecho del acreedor*” requiere que el perjuicio le sea imputable subjetivamente, al menos por culpa, para que exista la extinción de la fianza. En este último caso, partiendo de la base de que no basta una simple relación de causalidad, ¿cuál debería ser el grado de culpabilidad del acreedor para que el fiador quede liberado de la fianza?, e ¿impone el art. 1852 del Código civil un auténtico y específico deber de diligencia al acreedor?.

Como regla general, es principio que recorre todo el derecho patrimonial<sup>331</sup>, que para hacer responsable de las consecuencias dañosas de un determinado comportamiento a un sujeto, no basta la mera relación de causalidad (imputación objetiva), sino que hay que valorar su comportamiento, doloso o culposo, para así afirmar su responsabilidad. Si se admite el criterio de imputación objetiva, en el ejemplo antes propuesto, el no ejercicio de la acción de devastación por parte del acreedor sería causa extintiva de la fianza, lo que conlleva afirmar que el acreedor tiene una obligación “*strictu sensu*” de conservación de las garantías del crédito a favor del fiador; incumplida dicha obligación, operaría la liberación del fiador, vía art. 1852 del Código civil, al margen de toda idea de culpabilidad en la abstención del fiador.

Analizando el concepto “*hecho del acreedor*” contenido en el art. 1852 del Código civil, se puede observar que dicha expresión parece ser equivalente al concepto “*actos propios*” contenido en el art. 1129.3 del Código civil (“.. *perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 3º cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas*

---

<sup>330</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 15.

<sup>331</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 15.

*garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras..”*); de esta forma, en el art. 1129.3 del Código civil se contienen dos supuestos distintos que facultan al acreedor para exigir el vencimiento anticipado de la obligación; uno, cuando por “*actos propios*” del deudor se disminuyen las garantías, y otro, cuando éstas desaparecen por “*caso fortuito*”. La primera, es una sanción al deudor que, dolosa o culposamente, disminuye las garantías; de esta forma la disminución por “*actos propios*” quebranta la confianza despositada por el acreedor en la concesión del plazo, aumentando, en consecuencia, su riesgo; asimismo, cuando la disminución (no desaparición) no sea imputable subjetivamente (dolo o culpa) al deudor (por ejemplo depreciación del valor del bien en el mercado), el acreedor no debería poder ampararse en el vencimiento anticipado establecido en el mencionado precepto (“... *cuando por actos propios ...*”). La segunda causa (“*caso fortuito*”), contenida en el art. 1129.3 del Código civil, tiene un fundamento distinto; el vencimiento anticipado obedece, en este caso, a la desaparición sobrevenida por caso fortuito, no a la disminución, de las garantías causantes de la concesión del plazo; es decir, se exige en este supuesto expresamente, no la disminución, sino el perecimiento o desaparición de las garantías<sup>332</sup>. Es de destacar, al respecto, que en el art. 1188 del Code (“.. *El deudor no podrá reclamar el beneficio del plazo cuando por su actuación hubiera disminuido las garantías que hubiera dado por el contrato al acreedor... “*) no es causa de vencimiento anticipado ni la insolvencia del deudor<sup>333</sup> ni el caso fortuito, y en el art. 1186 del Codice (“... *Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse ...*”) no aparece tampoco el caso fortuito como causa de vencimiento anticipado; el caso fortuito tampoco aparecía como causa en el art. 1048 del Proyecto de Código civil de 1851.

---

<sup>332</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 16., afirma que no se ve la razón para que de un hecho del que no es culpable el deudor puedan sucederse consecuencias perjudiciales para el deudor (vencimiento anticipado); por esto, afirma, que “.. *la única razón que puede explicar el supuesto es la ineficacia sobrevenida de la causa...*”.

<sup>333</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica del Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, nota 15, p. 17, en el caso francés el supuesto de insolvencia del deudor ha desaparecido del art. 1188 después de la nueva Ley de Quiebras de 1985.

Asimismo, en el propio art. 1129.3 del Código civil se indica que “.. *a menos que sean inmediatamente substituidas por otras nuevas e igualmente seguras ...*”, dando a entender que dicha substitución de las garantías sólo deberá afectar al supuesto de “*caso fortuito*”, ya que es difícil admitir dejar en manos del deudor la sanción (evitar el vencimiento anticipado) cuando la disminució n obedece a “*actos propios*” del mismo; es decir, parece que el legislador está pensando en el supuesto de “*caso fortuito*” para la facultad del deudor de evitar el vencimiento anticipado mediante la substitució n de las garantías<sup>334</sup>.

En consecuencia, a la vista del contenido del art. 1129.3 del Código civil, se podría concluir que no puede jugar el vencimiento anticipado, por “*actos propios*”, sino cuando la disminució n de las garantías es imputable subjetivamente (dolo y/o culpa) al deudor, no bastando, en consecuencia, la imputación objetiva o la mera relación de causalidad; DIEZ PICAZO<sup>335</sup> afirma, en este sentido, que la disminució n de las garantías lo sea por voluntad del deudor o, al menos, por comportamiento culposo.

De este forma, en el concepto de “*actos propios*”, contenido en el art. 1129.3 del Código civil, subyace una valoración del comportamiento del deudor (disminució n culposa o dolosa) que justifica la sanción de vencimiento anticipado; así, GARCIA GOYENA<sup>336</sup>, comentando el art. 1048 del Proyecto de 1851 (“.. *el deudor constituido en quiebra o que hubiere disminuido, por medio de actos propios, las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligació n, no puede reclamar el beneficio del término..*”) precisa que “*actos propios*” son los imputables al deudor y para definirlos se remite al art. 1796 (“.. *cuando los bienes hipotecados se pierdan o deterioren por culpa del deudor, podrá el acreedor reclamar el pago, aunque no hubiere vencido el plazo estipulado, a no ser que el mismo acreedor prefiera que se*

---

<sup>334</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinció n de la fianza como sanció n al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica del Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 17, basa la afirmación en el art. 1796 del Proyecto de 1851 que distinguía según la pérdida o deterioro de la cosa hipotecada fuere imputable o no al deudor. En el primer caso, el acreedor podía optar entre el vencimiento anticipado o la ampliación de las garantías, en el segundo, se da opción al deudor de renovar o ampliar la hipoteca y sólo si no lo hace el acreedor puede exigir el crédito anticipadamente.

<sup>335</sup> *El pago anticipado*, Revista de Derecho mercantil, 1959, núm. 73, p. 77.

<sup>336</sup> *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, t. IV, Madrid, 1852, p. 202.

*amplíe la hipoteca. Si la pérdida o deterioro no fuese imputable al deudor, podrá éste renovar o ampliar suficientemente la hipoteca, y sólo en el caso de no hacerlo tendrá el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo...*”). De esta forma se observa que, en este último precepto, se ocupa de la pérdida o deterioro del bien hipotecado, diferenciando el régimen de efectos según que la pérdida o deterioro sea por culpa del deudor o no fuese imputable al deudor; GARCIA GOYENA afirma que la razón de este distinto régimen, es adecuar la responsabilidad del deudor según cual haya sido la causa de la pérdida o deterioro.

Es decir, cuando se habla de imputabilidad, se hace referencia, al menos, a una conducta negligente del deudor, que se toma como base para hacerle responsable de la disminución de las garantías; y por “*actos propios*”, que determinen el vencimiento anticipado del crédito (art. 1129.3 del Código civil), se debe de entender los supuestos en que el deudor, dolosa o negligentemente, disminuye las garantías<sup>337</sup>; este parece ser el significado que hay que atribuir al concepto “*actos propios*” del art. 1048 del Proyecto de 1851 (actual art. 1129.3 del Código civil) por la misma remisión que GARCIA GOYENA hace al art. 1796.

De esta forma, si se acepta la equivalencia entre los conceptos “*actos propios*” (art. 1129.3 del Código civil) y “*hecho del acreedor*” (art. 1852 del Código civil), se debería concluir que la sanción (liberación de la fianza) que impone este último precepto no debería deducirse de la simple apreciación de una relación de causalidad (objetividad); es decir, en el precepto late la idea de que el acreedor debe ser responsable de su propia culpa y por ello parece que es exigible que la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” obedezca, al menos, a un comportamiento negligente del acreedor (subjetividad); en consecuencia, parece, que la idea de la mera imputación objetiva es insuficiente para fundar la extinción de la fianza por lesión del derecho de subrogación (art. 1852 del Código civil).

---

<sup>337</sup> En este sentido, FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 617, enero-febrero, 1993, p. 19.

Este pensamiento culpabilístico también está presente en el derecho comparado; así, parece que subyace en el art. 1955 del Codice<sup>338</sup> (“.. *La fianza se extingue cuando por hecho del acreedor no pueda tener efecto la subrogación del fiador en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y en los privilegios del acreedor..*”); parágrafo 776 BGB (“.. *si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el parágrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza..*”); también está presente esta idea de imputabilidad subjetiva en el art. 1766 del Proyecto de 1851, correspondiente del art. 1852 del Código civil, (“.. *los fiadores, aunque sean mancomunados, quedan libres de su obligación, siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo*”). Por su parte, GARCIA GOYENA<sup>339</sup> equipara “*hecho del acreedor*” a su comportamiento culpable, indicando que “.. *la regla general de derecho es que a cada cual daña su culpa, y que por hecho ajeno no puede empeorarse mi condición*”; este sentido culpabilístico también es defendido por SÁNCHEZ ROMAN, MANRESA y MUCIUS SCAEVOLA<sup>340</sup>, entre otros.

En cuanto a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como la menor de las Audiencias Provinciales, nos encontramos con resoluciones en las cuales se hace referencia a la relación de causalidad pero sin añadir, expresamente, como requisito la imputabilidad subjetiva; así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, indicando que “... *por lo razonado no se aprecia infracción de los preceptos cuya conculcación se denuncia en el motivo y singularmente del art. 1852 y la jurisprudencia dictada en su aplicación. El art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación ...*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 21 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, indicando que “.. *la sentencia de 8 de mayo de*

<sup>338</sup> SIMLER, *Voz, C autonnement, Juris-Classeur civil*, actualización 1990, p. 20-23.

<sup>339</sup> *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, p. 167.

<sup>340</sup> *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1899, p. 924; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Madrid, 1973, p. 484 y 486; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXVIII, Madrid, 1953, p. 692.

2002 señala como el art. 1852 del Código civil se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación ....”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 63/2004 (Sección 1ª), de 12 de febrero y Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª), de 27 de septiembre, entre otras, en el mismo sentido.

También hay sentencias en las que, de una forma más o menos clara, subyace el requisito de la imputación subjetiva; así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 898/1999 (Sala de lo Civil), de 25 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, indicando que “ ... tal evento, encaja en el supuesto que previene el art. 1852 del Código civil, al tratarse de un “hecho del acreedor” que impide por su culpa o negligencia, el buen fin del derecho al reembolso del préstamo exigible a la prestataria ...”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, cuando indica que “ .. no existe, por tanto, una actuación dolosa ni negligente del acreedor que perjudique los derechos de subrogación del fiador y que deba determinar la extinción de la fianza en aplicación del citado art.1852...”; Sentencia Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª), de 26 de septiembre, indicando que “ ... se trata de una causa extintiva de la fianza, con la consiguiente consecuencia de la liberación de la deuda de los fiadores, por hechos propios del acreedor que implican un perjuicio de los fiadores, y tanto se deba a actos positivos como omisivos, excepto que obedezcan a caso fortuito...”; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indicando que “ ... no podemos compartir, pues, el alegato del recurso de apelación de que esa conducta del acreedor ha de ser siempre de carácter positivo, ni mucho menos que ella sea la doctrinalmente dominante, sino que, por el contrario, se viene entendiendo como hecho propio del acreedor no solo un comportamiento activo sino también omisivo, doloso como simplemente negligente, siempre claro está que haga inviable la subrogación en las garantías de las que gozaba la obligación objeto de la fianza... ”.

En consecuencia, la extinción de la fianza, vía art. 1852 del Código civil, parece descansar en una sanción impuesta al acreedor por su comportamiento, doloso o

culposo; incluso, los autores que defienden que basta la mera relación de causalidad (“imputación objetiva”), lo hacen bajo la consideración que la norma impone un deber jurídico al acreedor de desenvolver una determinada diligencia. De esta forma, el perjuicio en la subrogación, imputable al acreedor, se traduciría siempre en un incumplimiento del deber de diligencia establecido, es decir, en el comportamiento culposo o negligente<sup>341</sup>. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (sección 4ª) de 15 de diciembre, indica que “... *ha de ser consecuencia de un hecho del acreedor como señala el art. 1852 del CC. En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende que ese hecho tanto puede ser positivo como negativo, si bien se destaca que no bastará una simple inercia o abstención, si no va acompañada de un deber de actuar...*”.

Aceptado el hecho de la exigencia, en la conducta del acreedor, de un comportamiento, doloso o culposo, ¿cuál debería ser grado de culpa exigible?; es decir, la diligencia del acreedor debe valorarse según el comportamiento común y razonable de todo acreedor en interés de su propio crédito o, el art. 1852 del Código civil, impone una carga o deber específico de mayor grado.

Admitiendo que sobre el acreedor pesa un auténtico deber de diligencia, se podría afirmar que cualquier comportamiento culposo, o cualquier falta de diligencia, daría lugar a la extinción de la fianza; al contrario, si no existe tal deber de diligencia, el fiador sólo quedaría liberado cuando la lesión, o la pérdida, del derecho de subrogación fuera debida a un comportamiento contrario a la buena fe del acreedor, según los parámetros, normales y razonables, de conducta de todo acreedor en el ejercicio de sus derechos; es decir, en los casos de renuncia voluntaria, dolo o culpa grave<sup>342</sup>.

El art. 1852 del Código civil establece una medida de protección del interés del fiador en la conservación del derecho de subrogación, consagrado “*ex lege*” en el art. 1839 del

---

<sup>341</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica del Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 21.

<sup>342</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica del Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 21, afirma que “...*No parece que de la “ratio” del art. 1852 del Código civil, ni de la estructura y función de la fianza, se pueda desprender que existe un deber general de diligencia para el acreedor...*”.

Código civil, pero ello no debería significar que el acreedor deba mejorar la posición del fiador, ni le obliga a actuar en interés de éste; si se considera que el art. 1852 del Código civil impone al acreedor un deber de diligencia, parece que éste debería velar, no sólo por sus propios intereses, sino también por los del fiador; sin embargo, se observa que el propio Código civil se preocupa de dotar al fiador de instrumentos propios de tutela, como lo son las acciones de relevación y cobertura de la fianza contenidas en el art. 1843 del Código civil.

El límite, parece que podría estar, en aquella conducta del acreedor que suponga una falta de cuidado absoluta en la protección del propio crédito del acreedor y de la cual se deduzca un perjuicio al derecho de subrogación del fiador; así, por ejemplo, cuando el acreedor renuncia voluntariamente a una garantía, o dolosamente la perjudica, o el menor valor de la garantía es producto de una culpa grave o negligencia inexcusable del acreedor; siendo manifestación todas estas conductas de un desinterés en la protección del propio crédito; es decir, que de la simple negligencia o culpa leve, no debería deducirse la consecuencia de la extinción de la fianza del art. 1852 del Código civil<sup>343</sup>. Esta idea parece estar clara en la doctrina alemana; así el párrafo 776 BGB dispone que “.. *si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que exista en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el párrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza...*”. En este sentido HEDEMANN<sup>344</sup> afirma que “*si el acreedor abandona otras garantías, ello arriesga más la posición del fiador. Por lo cual este último queda en este supuesto liberado por ministerio de la ley..*”; deduciendo también, el citado autor, que el acreedor está obligado a no agravar la posición del fiador, preguntándose también si, por ello, se puede atribuir al acreedor un deber general de diligencia y, en consecuencia, declarar liberado al fiador cuando el acreedor está viendo como se torna cada vez más insegura la solvencia del deudor principal o las garantías, afirmando que ello “.. *conduciría demasiado lejos..*”. Indica, asimismo el citado autor, que si se pretende inclinar al

---

<sup>343</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica del Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 22.

<sup>344</sup> *Tratado de Derecho civil*, III, Madrid, 1958, p. 474.

acreedor a un deber de diligencia a favor del fiador, llegaría a ser un obligado a cumplir una prestación, lo cual contradice su posición como acreedor y la naturaleza de la fianza.

Dar cabida a la simple negligencia, en la interpretación del art. 1852 del Código civil, o entender que el acreedor tiene un deber específico de conservación de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” sólo podría tener sentido si se defiende que el fiador se obliga en vistas al derecho de subrogación en el crédito del acreedor; esta concepción desnaturaliza la fianza, transformando el contrato unilateral en un contrato atípico bilateral, donde la función de garantía pasaría de ser elemento principal a subsidiario<sup>345</sup>; lo cierto es que el fiador se obliga en interés del acreedor y, a esto, la ley atribuye el beneficio de la subrogación (*art. 1822 del Código civil “.. por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste ...”*).

Si cualquier negligencia del acreedor llevara aparejada la extinción de la fianza, el acreedor resultaría doblemente sancionado; por un lado, el menor valor de la garantía y, por otro, la liberación del fiador en la medida del perjuicio sufrido. Cuando se exige a un fiador que garantice el crédito es para asegurar el cobro del mismo y para permitir un mayor ámbito de actuación del acreedor, es decir, para que éste pueda despreocuparse de las circunstancias económicas o patrimoniales del deudor. De admitirse que el art. 1852 del Código civil abarca la negligencia simple, parece que la fianza, como garantía, perdería gran parte de su eficacia y sentido.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 1983, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui, indica que “.... *no puede estimarse que la conducta del acreedor constituye el hecho determinante de que el fiador solidario no pudiera quedar subrogado en la garantía .... pues como ya sancionaron las sentencias de esta Sala de 7 de octubre 1933 y 9 de octubre 1962 .... la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia ...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 197/1999 (sección 2<sup>a</sup>) de 13 de julio, indicando que “....*si no un no hacer, un comportamiento negativo, calificable, si acaso,*

---

<sup>345</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 23.

*de negligente y, por ende, excluido de los supuestos de extinción de la fianza previstos en el citado artículo 1852 del Código civil...”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 848/2000 (sección 12ª) de 5 de diciembre, indicando que “ ... según interpretación de dicho artículo realizada por el Tribunal Supremo en las pocas ocasiones en que se ha ocupado del mismo, para que opere la causa de extinción de la fianza ... se requiere en primer lugar un hecho del acreedor; esto es, ... un actuar positivo, no una mera negligencia o pasividad del acreedor ...”; no obstante en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (sección 4ª) de 15 de diciembre, se indicó que “... se viene entendiendo como hecho propio del acreedor no sólo un comportamiento activo sino también omisivo, doloso, como simplemente negligente, siempre claro está que haga inviable la subrogación en las garantías de las que gozaba la obligación objeto de la fianza ...”.*

Otro punto de divergencia doctrinal que origina el concepto “*hecho del acreedor*” del art. 1852 del Código civil, está representado por la inclusión o no dentro del mismo de las conductas negativas o de omisión del acreedor.

En cuanto a los hechos positivos realizados por el acreedor, no cabe duda que entran dentro del concepto “*hecho del acreedor*” del art. 1852 del Código civil; en consecuencia, deberá evitar el acreedor la realización por su parte de cualquier acto positivo que pueda hacer ineficaz o imposible la subrogación del fiador; en caso contrario, es decir, si hace caso omiso de tal regla de conducta y ejecuta algún acto de renuncia o abandono de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” de que era titular, surgirá para el fiador el derecho potestativo de hacer declarar la extinción de su obligación *fideiusoria*.

Dentro de la gran variedad de “*hechos del acreedor*”, de carácter positivo (art. 1852 del Código civil) que estarían incluidos en el concepto, se podrían enunciar, a modo de ejemplo, los siguientes:<sup>346</sup>

---

<sup>346</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 131.

- Prestar el acreedor su consentimiento a la cancelación de una hipoteca u otra garantía real inscrita a su favor. Así, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 301/2000 (Sección 7ª), de 8 de noviembre, indicando que “ *...La cuestión se reduce pues a determinar si, por disposición del art. 1852 C.C., la cancelación de la hipoteca por un acto voluntario del acreedor lleva consigo la extinción de la fianza al realizarse aquélla sin el consentimiento de los fiadores.... Así pues, ha de concluirse que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1852 C.C., la fianza se extinguió en el momento de cancelación de la hipoteca mobiliaria sobre el vehículo, extinción que, dada la solidaridad de los fiadores, produce efectos respecto a todos ellos....*”.

- Restituir la prenda al deudor antes de satisfacer la totalidad del crédito principal.

- Instar la cancelación del embargo de bienes del deudor. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 261/2001 (Sección 3ª), de 23 de mayo, indicando que “ *.. la utilización de la cosa embargada y depositada, y el desmerecimiento consiguiente de su valor, disminuye las garantías que puede tener el fiador, aunque no sea el propietario de la misma, en el proceso de ejecución que se sigue contra él, cabe decir que los medios de protección que este puede utilizar son bien diferentes al ejercicio de una acción indemnizatoria con base en un crédito que no es él quien lo ostenta. Así, puede pedir la extinción de la fianza, como se ha dicho antes, con base al art. 1852 del Código civil si por cualquier acto del acreedor no pudiera quedar subrogado en los derechos y garantías que correspondan al deudor ....* “

- Restituir el acreedor al deudor las letras de cambio impagadas u otros documentos que instrumentalizaban la obligación principal, comprometiendo la subrogación del fiador en los “*derechos, hipotecas y privilegios*”. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 5/2006 (Sección 6ª), de 10 de enero, cuando indica que “*... considerando tal argumentación, no es necesario extendernos sobre el hecho de que también pudieran quedar liberados los fiadores en virtud de lo dispuesto en el art. 1852 del CC cuando por algún hecho del acreedor no puedan éstos quedar subrogados en los derechos, hipotecas y*

*privilegios de aquél, teniendo en cuenta el hecho de que la propia actora reconoció haber extraviado el documento original de la póliza en cuestión, y éste conllevaba una acción ejecutiva, que evidentemente habrían también perdido los fiadores que hubiesen pagado, al quedar subrogados en los derechos del acreedor y el carácter de privilegiada que tiene esa acción ejecutiva respecto de la ordinaria....”.*

- Consentir, expresamente, el acreedor la venta de bienes gravados, cuando el precio de la enajenación sea destinado al pago de deuda diversa de la que se hallaba garantizada con fianza. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) de 29 de diciembre del 2000, indicando que “ ... *la fianza, en cuya virtud se demanda a la Sra. G.I. quedó extinguida desde el momento en que la entidad actora, sin el consentimiento de la fiadora, aceptó de la compradora demandada, Sra. B.C. el vehículo al que se refiere la póliza de financiación suscrita entre las partes, ya que habiéndose establecido en dicha póliza un acto de reserva de dominio a favor de la entidad actora, al aceptar el vehículo como parte del pago de la deuda y proceder a su enajenación a un tercero, hace inviable la subrogación de la fiadora, por el pago de la deuda, en todos los derechos que la entidad acreedora tenía contra la deudora, tal como señala el art. 1839 del Código civil, lo que determina la extinción de la fianza conforme al art. 1852 del mismo Código... “.*

- Cumplimiento de la obligación, por parte del acreedor, a persona física sin poderes suficientes para representar al deudor. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 898/1999 (Sala de lo Civil), de 25 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, indicando que “ ... *debe tenerse presente, en este orden, que la disposición del capital prestado, por entrega indebida del propio prestamista, al pagar un cheque, prácticamente de su importe, al administrador que carecía de poderes suficientes, pese a constar en la misma póliza de préstamo, la referencia a la escritura social que definía el alcance de aquéllos, no obstante, las vacilaciones refleja la anulación, luego rectificadas, manifiestan, de manera patente, la ocurrencia de un hecho, que, en buena hermenéutica, supone que frente a la reclamación del reembolso del préstamo por la prestataria, esta*

*última puede oponer la irregularidad del pago efectuado a quien no estaba autorizado, frustrando, con ello, la reclamación, y, por ende, la devolución. Tal evento, encaja en el supuesto que previene el art. 1852 del Código civil, al tratarse de un hecho del acreedor que impide por su culpa o negligencia, el buen fin del derecho del reembolso de préstamo exigible a la prestataria...”*

En conclusión, como señalan CAMPOGRANDE<sup>347</sup> y CORSI<sup>348</sup>, procederá esta causa de extinción de la fianza por “*hecho del acreedor*” en todos los casos en los cuales el acreedor llevare a cabo algún acto positivo que implique renuncia por su parte a los derechos y/o garantías que hubieran podido integrar la subrogación de los fiadores.

Por el contrario, parece que no conllevará efecto extintivo alguno aquellas conductas positivas del acreedor que, aún pudiendo no convenir a los intereses del fiador, no determinen la desaparición de ninguno de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” que rodeaban a la obligación fiada. En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 980/1993 (Sala de lo Civil), de 20 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torre, indicando que “ *... el art. 1852, que requiere la existencia de algún hecho del acreedor que impida a los fiadores quedar subrogados en los derechos del acreedor ... ha de distinguirse el caso de que la conducta del acreedor dé lugar a la desaparición de alguna garantía del crédito perjudicando así la posible subrogación de los fiadores en aquélla, del supuesto en que, como sucede en el que nos ocupa, el acreedor se limita a ejecutar la garantía en forma legal para que cumpla la finalidad para que fue constituida ....En resumen, lo acontecido fue que, ante el impago de la deuda, la Caja Postal ejerció su derecho ejecutando una hipoteca y, posteriormente, se ha dirigido contra los fiadores para obtener el cobro de las sumas aun pendiente por no haberse cubierto el importe total al ser insuficiente la cantidad percibida en la ejecución hipotecaria, todo lo cual se halla muy lejos de configurar una conducta – activa e incluso pasiva – determinante de un perjuicio a los fiadores que pudiera, conforme a lo dispuesto en el art. 1852, ocasionar la extinción de la fianza...”*; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, en la que se indica que “ *... el citado precepto, como indicaba Manresa, se funda en el*

<sup>347</sup> *Trattato dell fideiussione nel Diritto odierno*, Torino, 1902, p. 630.

<sup>348</sup> *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile con i principi del Diritto Romano, con la dottrina e la giurisprudenza*, Catania, 1891, p. 431.

*principio jurídico de que el hecho ajeno no puede empeorar la propia condición. Como se infiere de la no muy abundante doctrina jurisprudencial relativa a dicho precepto, para su aplicación, se requiere la existencia de un acto positivo y directo del acreedor, posterior a la constitución de la fianza, que perjudique la situación del fiador, impidiéndole subrogarse en los derechos y privilegios del mismo (STS 20 de diciembre 1910, 21 de marzo 1927, 7 octubre 1933, 9 octubre 1962 y 28 febrero 1985). En el caso enjuiciado, el establecimiento entre el acreedor y deudor principal, casi seis años después de constituida la fianza litigiosa, de una garantía hipotecaria, no puede reputarse en modo alguno como un hecho directo que perjudique la anterior situación del fiador, quien sigue ostentando el mismo derecho de subrogarse en virtud del pago en la posición del acreedor, conforme a lo previsto en el art. 1839 del CC. El acreedor en el supuesto de litis no ha cancelado garantía o privilegio alguno que tuviera el crédito afianzado al tiempo de constituirse la fianza... No existe, por tanto, una actuación dolosa ni negligente del acreedor que perjudique los derechos de subrogación del fiador ...”; Sentencia Audiencia Provincial de Asturias núm. 543/2002 (Sección 4ª), de 19 de noviembre, indicando que “ .. afirma el apelante, con invocación del art. 1852 del Código civil, que la fianza se extinguió al no poder subrogarse en los derechos y privilegios del crédito por la conducta del acreedor. No merece acogida este motivo pues el hecho en que se basa, la no inscripción del pacto de reserva de dominio en el Registro de Venta de Bienes Muebles a Plazos en nada afecta al fiador. Debe significarse que el deudor no transmitió el automóvil a un tercero sino que lo entregó a la acreedora a fin de que procediese a su venta y se redujera la deuda en el importe obtenido. ... Se trata de una cesión”pro solvendo” y no “pro soluto” que favoreció manifiestamente los intereses de la fiadora ya que, en otro caso, el impago de las sumas adeudadas hubiera generado más intereses y el vehículo se iría depreciando con el tiempo ...”; entre otras.*

Con carácter de ejemplo, se pueden citar, entre otros los siguientes supuestos que no suponen pérdida de “derechos, hipotecas y privilegios” y, en consecuencia, el efecto extintivo del art. 1852 del Código civil:<sup>349</sup>

---

<sup>349</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *La protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 133.

- Instar la declaración de concurso del deudor. Esta actuación del acreedor, por sí sola considerada, no origina ninguna pérdida de “*derecho, hipoteca y privilegio*” del cual podría beneficiarse el fiador por vía de subrogación; en este sentido, CAMPOGRANDE<sup>350</sup> y FRAGALI<sup>351</sup>, en la doctrina italiana, BAUDRY-LACANTINERIE /WAHL<sup>352</sup>, PLANIOL/RIPERT<sup>353</sup> y SIMLER<sup>354</sup>, en la doctrina francesa.

- Instar, por parte del acreedor, la inclusión de su crédito en el procedimiento concursal. Así, lo afirma el Tribunal Supremo en Sentencia (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 1989, ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo, cuando indica que “.. *la liberación de los fiadores que se establece en el invocado precepto está condicionada a la realización de algún hecho por el que no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios de éste lo que no cabe entender se produjese por el hecho de pedir su inclusión como acreedor en el expediente de suspensión de pagos, cuando por el contrario, aparte de los propios efectos de dicho expediente, más parecía perjudicar a los fiadores su falta de inclusión, máxime cuando de aceptar algún modo de pago y tener cumplimiento, es decir, extinguida la obligación principal expresada, se verían libres de su condición de fiadores....*”.

- Autorizar, expresamente, el acreedor a retirar la consignación efectuada por el deudor para el pago de la deuda. A este respecto establece el art. 1181 del Código civil que “ *si hecha la consignación, el acreedor autorizase al deudor para retirarla, perderá toda preferencia que tuviere sobre la cosa. Los codeudores y fiadores quedarán libres..*”. En este sentido, el perjuicio para los fiadores que esta conducta del acreedor les comporta, no parece que sea motivo de liberación vía art. 1852 del Código civil, sino que la extinción de la fianza se operará por aplicación del art. 1181 del Código civil.

---

<sup>350</sup> *Trattato Della fideiussione del Diritto odierno*, Torino, 1902, p. 634.

<sup>351</sup> *Della fideiussione, en Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 474.

<sup>352</sup> *Trattato teorico-pratico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, Della fideiussione e Della transazione*, n.º. 1176, Milano, p. 632.

<sup>353</sup> *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2º ed., n.º. 1560, París, 1945, p. 1007.

<sup>354</sup> *Cautionnement, en Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., n.º. 76.

Si bien existe una cierta coincidencia de criterio doctrinal en la casuística de los “*hechos del acreedor*”, en su vertiente de actos positivos, no sucede lo mismo en lo que respecta a la significación y relevancia, a los fines del art. 1852 del Código civil, de los actos negativos o de simple pasividad del acreedor; así como en determinar qué concretas actitudes de abstención podrían tener entidad suficiente para operar el efecto extintivo de la fianza del art. 1852 del Código civil<sup>355</sup>.

En el Derecho comparado, las posiciones mantenidas por los civilistas extranjeros, sobre la valoración de los hechos negativos, han tendido a ser uniformes; en algunos países en razón del contenido de sus respectivas normas<sup>356</sup>. Así, en el parágrafo. 776 BGB (“... *si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el parágrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza..*”), es interpretado, concretamente el término “..*abandona ..*”, de una forma estricta, excluyendo de su significado las situaciones de mera inactividad del acreedor y dando entrada exclusivamente a los casos de pérdida de las garantías causadas por el hecho positivo y voluntario del acreedor<sup>357</sup>; en el Derecho portugués, en el que en virtud del art. 653 del Código civil en el que aparece sancionada la liberación de los fiadores indicando que “.. *por hecho positivo o negativo del acreedor, no puedan quedar subrogados...* “, pone de relieve PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA<sup>358</sup> que el citado texto tiene el mérito de esclarecer que la sanción prevista contra el acreedor opera tanto para las hipótesis de la imposibilidad de subrogación derivada de hecho positivo como por la que resulta de simples omisiones. En cuando al Derecho francés y al Derecho italiano, la doctrina en estos países se muestra conforme con estimar que la pasividad o inactividad negligente del acreedor puede constiuir el hecho determinante de la pérdida de los derechos y

<sup>355</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 135.

<sup>356</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 136.

<sup>357</sup> STAUDINGER-BRÄNDL, *Kommentar zum BGB*, 11ª ed., 1959, parágrafo 776, n. 3; ENNECCERUS / LEHMAN, *Tratado de Derecho civil*, II-1º y 2º, Barcelona, 1966, p. 836; PECHER, *Münchener Kommentar BGB*, &776, München, 1984, parágrafo, 776, nº 7.

<sup>358</sup> *Código civil anotado*, vol. 1, 4ª ed., Coimbra, 1987, p., 671.

garantías sancionadas por el legislador; se entiende que por “*hecho del acreedor*” la ley no ha querido limitar su previsión a la sola acción positiva<sup>359</sup>.

En cambio, en la doctrina científica española, no hay esta unanimidad apuntada del Derecho comparado; las soluciones apuntadas distan mucho de ser coincidentes. Por un lado, SANTOS BRIZ<sup>360</sup>, PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER<sup>361</sup> y PUIG PEÑA<sup>362</sup>, entre otros, estiman que la liberación de los fiadores sólo opera en los casos de perjuicio en la subrogación causado por un acto positivo del acreedor, debiendo excluirse las meras omisiones. Dicha tesis la fundamenta, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1983, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui, en la parte que indica “.. *la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia ....*”. En oposición a la anterior tesis tradicional, una nueva orientación se va abriendo camino; así, DIEZ PICAZO<sup>363</sup>, DELGADO ECHEVARRÍA<sup>364</sup>, GUILARTE ZAPATERO<sup>365</sup> y PEREZ ÁLVAREZ<sup>366</sup> no dudan en afirmar la perfecta idoneidad de los hechos negativos del acreedor como posibles conductas susceptibles de originar un perjuicio cierto al derecho de subrogación del fiador y, por lo tanto, incluidas dentro del término “*hecho del acreedor*” del art. 1852 del Código civil. Al respecto GUILARTE ZAPATERO indica que “.. *resulta incuestionable que también la omisión de cierta conducta puede ser determinante de la pérdida de derechos, garantías y privilegios del acreedor que, consiguientemente y de manera directa, hace ilusoria la subrogación del fiador y, por lo mismo, es causa de los perjuicios que de dicha imposibilidad deriva. Por ello, siendo la protección de la subrogación la finalidad perseguida por la norma, no se acierta a comprender la razón de excluir de su ámbito las omisiones si, en realidad, han sido determinantes de la pérdida de los derechos y garantías existentes y*

---

<sup>359</sup> PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2º ed., París, 1954, nº 1560, p. 1006; SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., nº. 103 y ss.; BETANT-ROBET, *La décharge de la caution para application de l'article 2037*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1974, nº. 60 ss., p. 33.

<sup>360</sup> *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. IV, Madrid, 1973, p. 548.

<sup>361</sup> *Traducción y notas al Tratado de Derecho civil de ENNECERUS / LEHMAN*, t. II, vol. 1º y 2º, Barcelona, 1966, p. 838.

<sup>362</sup> *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. 2º, Madrid, 1946, p. 502.

<sup>363</sup> *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2º ed., Madrid, 1983, p. 619.

<sup>364</sup> *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 529.

<sup>365</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 328.

<sup>366</sup> *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 250.

*del perjuicio del fiador..*”<sup>367</sup>. No obstante, la doctrina dominante<sup>368</sup>, es de la opinión que una simple inercia o abstención del acreedor no debería ser, por regla general, suficiente para provocar la extinción de la fianza, si el acreedor no tenía deber de actuar o de su inactividad no se derivan específicas consecuencias perjudiciales respecto de concretas garantías existentes..

De esta forma, parece desprenderse que la valoración particular de la omisión del acreedor, a los efectos de lo establecido en el art. 1852 del Código civil, en cada uno de los supuestos concretos sometidos a consideración, exigirá, por un lado, atender a la naturaleza y situación de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” afectados por la pasividad del acreedor, de otro lado, ponderar las circunstancias específicas, jurídicas y de hecho, que concurren en el caso particular, y de otro, determinar si le era o no exigible al acreedor desenvolver alguna actuación jurídica precisa a fin de salvaguardar la efectiva y eficaz subrogación de los fiadores.

En base a los presupuestos enunciados, y a modo de ejemplo, se podrían enunciar, entre otros, como supuestos de hecho negativos del acreedor que traerían como consecuencia la extinción de la fianza<sup>369</sup>:

- No inscribir en el Registro pertinente las garantías reales otorgadas a su favor. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª), de 26 de septiembre, indicando que “ ... *se trata de una causa extintiva de la fianza, con la consecuencia de la liberación de la deuda de los fiadores, por hechos propios del acreedor que implican un perjuicio de los fiadores, y tanto se deba a actos positivo como omisitivos, excepto que obedezcan a caso fortuito. Hechos imputables, tales como: omisión de una inscripción hipotecaria ...* “

- No reivindicar su derecho de preferencia en el momento de la venta de los bienes

---

<sup>367</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario s al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 329.

<sup>368</sup> Por todos, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 329.

<sup>369</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 139.

afectados a la seguridad del crédito principal. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª) de 15 de diciembre, indicando que “ .. el mentado precepto señala que los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. En este caso, el crédito de la Caja de Ahorros se encontraba garantizado con una segunda hipoteca, constituida por escritura pública de 3 de marzo de 1999, inscripción 9º, de cuyo crédito eran fiadores solidarios los demandantes, sosteniéndose en la demanda y sentencia de instancia que, por causa imputable a la Caja, los fiadores perdieron dicha garantía o al menos la suma de 17.128,84 euros sobre la que quedaba la misma afecta tras la realización de la primera hipoteca. ...El art. 1852 del CC es una consecuencia del régimen legal de subrogación del fiador, como consecuencia del pago, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor principal, que proclama el art. 1839 de dicho texto legal ... En definitiva, el fiador tiene en consideración las condiciones del crédito que afianza y confía en que el acreedor sea diligente en su conservación, manteniéndolas íntegras y no lesionándolas o disminuyéndolas por acto al mismo imputable, pues en tal caso se operaría un cambio en las condiciones de la obligación garantizada, existentes al tiempo del compromiso contractual, que generarían una alteración sustancial de las bases tenidas en cuenta a la hora de concertar la fianza y exteriorizar el fiador su consentimiento convencional... El perjuicio de no hacer así que sufre el fiador ha de ser consecuencia de un hecho del acreedor, como señala el art. 1852 del CC. En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende que ese hecho tanto puede ser positivo como negativo ... No podemos compartir, pues, el alegato del recurso de apelación de que esa conducta del acreedor ha de ser siempre de carácter positivo, ni mucho menos que ella sea la doctrinalmente dominante, sino que por el contrario, viene entendiéndose como hecho propio del acreedor no sólo un comportamiento activo sino también omisivo, doloso como simplemente negligente, siempre claro está que haga inviable la subrogación en las garantías de las que gozaba la obligación objeto de la fianza..... Pues bien, dentro de los supuestos configuradores del hecho del acreedor se vienen considerando como tales por parte de la doctrina estudiosa del tema alguno como ..... tolerar que el

*producto de la venta de los bienes sometidos a un gravamen real de garantía no se apliquen al pago de la deuda fiada, .... La sentencia apelada, compartiendo la tesis de la demanda, achaca a la Caja de Ahorros su pasividad, al no hacer valer la garantía que supone la segunda hipoteca del inmueble propiedad de la deudora principal, permitiendo con ello que el sobrante obtenido de 17.128,84 euros de la ejecución de la primera hipoteca, promovida por la misma entidad apelante, en su condición de acreedora hipotecaria, fuera remitida y satisfecha como embargo del sobrante al juicio ejecutivo 522/99 E del Juzgado de Primera Instancia nº de A Coruña, promovido por ....., titular de una simple anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad sobre el inmueble hipotecado, con posterioridad a la segunda hipoteca ..... Con todo ello, queremos destacar que por la circunstancia de haberse realizado la primera hipoteca, no perdía la Caja de Ahorros su condición de acreedora hipotecaria con la preferencia inherente a tal condición jurídica con respecto al sobrante de la subasta ... A los fiadores no les podía resultar indiferente que el banco dejase de reclamar su preferencia derivada de la segunda hipoteca sobre el sobrante de la subasta, en cuanto la misma conformaba una significativa cantidad.....” ; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª), de 26 de septiembre, indicando que “ ... se trata de una causa extintiva de la fianza, con la consecuencia de la liberación de la deuda de los fiadores, por hechos propios del acreedor que implican un perjuicio de los fiadores, y tanto se deba a actos positivo como omisivos, excepto que obedezcan a caso fortuito. Hechos imputables, tales como: .... admitir el acreedor que se pague anticipadamente a otros no preferentes ... “.*

- No insinuar el crédito principal en el procedimiento concursal que se incoe contra el deudor fiado, con las consecuencias previstas en el art. 92 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, (“ ... son créditos subordinados: 1º los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta ...”). Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 770/2002 (Sala de lo Civil), de 22 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco

Martín Castán, indicando que “ ... Sin embargo también este motivo ha de ser desestimado, porque si bien es cierto que la sentencia de esta Sala de 1 de julio de 1988 admitió la posibilidad de liberación del fiador si el acreedor no ejercitaba su derecho de abstención en una suspensión de pagos, dando lugar a la conversión en común de un crédito privilegiado ... “;

- No reivindicar, en tiempo y forma, la reserva de dominio pactada a su favor en el contrato de venta de bienes muebles a plazo cuyo precio fue objeto de fianza. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), de 29 de diciembre 2000, indicando que “ ... no comparte esta Sala el criterio del Juez a quo estimando, por el contrario, que la fianza, en cuya virtud se demanda a la Sra ... , quedó extinguida desde el momento en que la entidad actora, sin el consentimiento de la fiadora, aceptó de la compradora demandada, Sra ..., el vehículo al que se refiere la póliza de financiación suscrita entre las partes, ya que habiéndose establecido en dicha póliza un acto de reserva de dominio a favor de la entidad actora, al aceptar el vehículo como parte del pago de la deuda y proceder a su enajenación a un tercero, hace inviable la subrogación de la fiadora, por el pago de la deuda, en todos los derechos que la entidad acreedora tenía contra la deudora, tal como señala en artículo 1839 del Código civil, lo que determina la extinción de la fianza conforme al art. 1852 del mismo Código ... la fiadora, que no consintió en dicha entrega, no podría subrogarse en la reserva del dominio establecida a favor del acreedor y que constituía una garantía de la acción que en su día pudiera ejercitar la fiadora contra la deudora .... “.

En consecuencia, esta inactividad o pasividad del acreedor podrá traer como consecuencia jurídica la extinción de la fianza, y en consecuencia integrarse dentro del concepto “hecho del acreedor” del art. 1852 del Código civil, cuando dicha omisión vaya referida a una determinada conducta activa que le era exigible al titular del crédito (acreedor), determinando su inobservancia la desaparición o pérdida de los “derechos, hipotecas y privilegios” inherentes al crédito. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indica que “ ... la doctrina viene considerando que esa obligación del acreedor de desarrollar una conducta que no impida la subrogación del fiador en los derechos, privilegios e

*hipotecas del crédito garantido, tiene la naturaleza de una carga, entendida como deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia implícita en la relación de garantía ... “.*

En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ<sup>370</sup> relaciona una serie de hechos negativos, entre otros, no incluidos dentro del concepto “hecho del acreedor”, a los que, en consecuencia, no les sería aplicable el efecto extintivo de la fianza del art. 1852 del Código civil:

- No instar la adopción de medidas judiciales de cautela preventiva en la ejecución del crédito (por ejemplo embargo preventivo) o si decretadas, no solicitar la anotación en el correspondiente registro<sup>371</sup>.
- No aceptar un pago parcial de la obligación fiada que le haya sido ofrecido por el deudor principal. Así, el acreedor titular de un crédito ordinario, puede justificar la no admisión del pago parcial y su no inclusión en el concepto “*hecho del acreedor*” en el art. 1169.1 del Código civil (“.. *a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación ...*”); no obstante, habrá de tenerse en cuenta el caso del pago parcial del crédito cambiario, a cuyo tenor, el art. 45.2 de la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, dispone que “.. *el portador no podrá rechazar el pago parcial ...*”; en consecuencia, no aceptar un pago parcial en el supuesto de crédito cambiario si parece que podría ser un hecho negativo susceptible de ser incluido en el término “*hecho del acreedor*” con los efectos del art. 1852 del Código civil.
- No informar a los fiadores de las alteraciones que sufriera la situación patrimonial del deudor, conocidas por el acreedor, que puedan hacer incierto el derecho de reintegro de los mismos; en este sentido no aparece en nuestro ordenamiento jurídico ninguna obligación específica de información a cargo del acreedor y en beneficio del fiador, a diferencia de acontecido, por ejemplo, en el

---

<sup>370</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 140.

<sup>371</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 1401, basa este supuesto en las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1927 y 7 de octubre de 1933.

art. 505.1 del Código federal de obligaciones suizo (“*Lorsque le débiteur est en retard de six mois pour un paiement de capital ou pour l’intérêt d’un semestre ou pour un amortissement annuel, le créancier doit aviser la caution. Sur demande, il doit en tout temps la renseigner sur l’état de la dette.*”).

A falta de previsión legal al respecto, parece que incumbirá, exclusivamente, al fiador el procurar, por sí mismo, la información necesaria relativa a las posibles variaciones patrimoniales de las iniciales condiciones patrimoniales del deudor, que pudieran determinar la conveniencia para el fiador de hacer valer las acciones anticipadas de cobertura del art. 1843 del Código civil<sup>372</sup>. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, indica que “... *ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni le compete al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor* .....”.

Por su parte, de un análisis jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, sobre la amplitud dada al concepto “*hecho del acreedor*” se desprende que, en sentencias menos recientes del Tribunal Supremo, dentro de dicho concepto sólo se comprenden los hechos positivos del acreedor; así, en las Sentencias de 14 de marzo de 1908 y 20 de diciembre de 1910, se hace referencia a “*actos o hechos propios*”, en la Sentencia de 31 de marzo de 1927 se habla de “*hecho propio que tenga un carácter personal y directo*”, o en las Sentencias de 7 de octubre de 1933 y 9 de octubre de 1962 se refiere a “*actividad, acción, hechos no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad*”<sup>373</sup>. No obstante, en alguna de dichas sentencias, a pesar de exigir “*actividad o hechos positivos*” para la aplicación de los efectos extintivos del art. 1852 del Código civil, fundan la no liberación del fiador en base a que la mera abstención del acreedor no ha perjudicado el derecho a la subrogación, es decir, lo que concluyen no es la presencia de un hecho positivo o negativo, sino la relevancia del comportamiento para determinar la imposibilidad de la

<sup>372</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 142.

<sup>373</sup> Sentencias citadas por FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor*, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 26.

subrogación; también dentro del mismo período hay otras Sentencias del Tribunal Supremo, como las de 9 de julio de 1908 y 10 de junio de 1966, en las que los “hechos negativos” del acreedor se estiman a los efectos de la misma aplicación del art. 1852 del Código civil, en base a que de dichas conductas se desprende una renuncia voluntaria por parte del acreedor a la garantía y, en consecuencia, un negligencia grave del mismo, por lo que se le hace responsable<sup>374</sup>. De esta forma cuando el Tribunal Supremo habla de “.. *actividad, acción, hechos, no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad..*” parece que no se está refiriendo, principalmente, a la superación de la polémica sobre la relevancia de los “hechos negativos”, sino a excluir que cualquier perjuicio de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” imputable al acreedor pueda suficiente para desencadenar la liberación de los fiadores. En este sentido, FINEZ RATÓN<sup>375</sup> afirma que el argumento jurisprudencial recae en la valoración y alcance del pretendido deber de diligencia que corresponde al acreedor para sancionar que “.. *no pudiendo admitirse en buena lógica que para guardar los intereses del fiador haya de prestar más diligencia que éste el acreedor, quien confía en la solvencia del fiador tanto como en la del deudor ...*”.

En otras sentencias más recientes se mantiene esta disparidad sobre el contenido del concepto “*hecho del acreedor*”. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de marzo 1983, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui, indica que “... *pues como ya sancionaron las sentencias de esta Sala de 7 de octubre 1933 y 9 octubre 1962.... la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia ...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 noviembre, “... *como se infiere de la no muy abundante doctrina jurisprudencial relativa a dicho precepto, para su aplicación, se requiere la existencia de un acto positivo y directo del acreedor posterior a la constitución de la fianza que perjudique la situación del fiador impidiéndole subrogarse en los derechos y privilegios del mismo...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 197/1999 (Sección 2ª), de 13 de julio, indicando que “... *para el examen y decisión de la cuestión*

<sup>374</sup> Sentencias citadas por FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor*, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 26.

<sup>375</sup> *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor*, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 26.

*debatida hemos de partir del citado y transcrito art. 1852 del Código civil. Según interpretación de dicho artículo realizada por el Tribunal Supremo en las pocas ocasiones en que se ha ocupado del mismo, para que opere la causa de extinción de la fianza que contempla se requiere en primer lugar algún hecho del acreedor, esto es – expresa dicho Tribunal – un actuar positivo, no una mera negligencia o pasividad del acreedor ...”; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 520/2001, de 8 noviembre, indicando que “ ... en este sentido, se manifiesta la doctrina jurisprudencial, así la sentencia de 9 de octubre de 1962, de la que se desprende que la frase “algún hecho” que se emplea en dicho artículo implica actividad y acción del acreedor ....”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 204/2003 (Sección 4ª), de 1 abril, indicando que “ ... cuando por un hecho del acreedor no pueden quedar subrogados los fiadores en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo, hecho que implica actividad del acreedor, no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad ....”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 183/2004 (Sección 3ª), de 30 de abril, indicando que “ ... el art. 1852 del Código civil al contemplar como causa de extinción de la fianza los hechos del acreedor obstativos de la subrogación del fiador, responde a la finalidad de evitar que el acreedor, por su sola voluntad, pueda empeorar la condición del fiador que, probablemente, no se hubiera obligado, de no contar con la facilidad del reintegro que la subrogación en los derechos del acreedor le asegura. Según el Tribunal Supremo, el hecho del acreedor ha de ser personal, directo y de carácter positivo (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1927 y 9 de octubre de 1967) .....”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 289/2006 (Sección 3ª), de 30 noviembre, indicando que “ ... en cuanto a su invocación del artículo 1852 del C.C., no se considera que el acreedor haya perjudicado con su conducta la subrogación de los fiadores en la posición jurídica del acreedor, pues la frase “algún hecho”, que utiliza el citado precepto, implica actividad y acción del acreedor, y han de ser hechos personales, directos y de carácter positivo realizados por el acreedor, no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad.....”.*

En otras ocasiones, en cambio, hace mención expresa a los hechos positivos y negativos como integrantes del concepto “*hecho del acreedor*”. Así, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2º), de 26 septiembre, indicando que “ ... se trata de una causa extintiva de la fianza, con la consiguiente consecuencia de la

*liberación de la deuda de los fiadores, por hechos propios del acreedor que implican un perjuicio de los fiadores, y tanto se deba a actos positivos como omisivos, excepto que obedezca a caso fortuito... ”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, indicando que “... el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad con entidad causal para impedir la subrogación ....”;* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 577/2002 (Sala de lo Civil), de 14 de junio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, indicando que “ ... Es cierto que algunas consideraciones del tribunal de apelación en torno a la cuestión debatida, como la subordinación del art. 1852 al oportuno ejercicio por el fiador de la acción de relevación, o la aparente restricción del concepto “hecho del acreedor” a un acto necesariamente positivo, no pueden ser compartidas por esta Sala, pues aunque tal identificación de hecho con acción, excluyendo por tanto la omisión, pueda hallarse en sentencias como la de 1-3-1983, que a su vez cita las de 7-10-1933 y 9-10-1962, otras más recientes, como las de 20-10-1993 y 29-11-1997, no descartan que la conducta del acreedor determinante de la liberación del fiador pueda ser incluso pasiva .....” ; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 21 de julio, ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda, indicando que “ ....todo lo cual se halla muy lejos de configurar una conducta – activa incluso pasiva – determinante de un perjuicio a los fiadores que pudiera, conforme lo dispuesto en el art. 1852, ocasionar la extinción de la fianza ...”; Sentencia Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª), de 27 de septiembre, indicando que “ ... el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación .... “; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 63/2004 (Sección 1ª), de 12 febrero, indicando que “ ... la STS 8-5-2002 señala que el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación... ”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 617/2004 (Sección 12º), de 30 de junio, indicando que “ ... todo lo cual se halla muy lejos de configurar una conducta – activa e incluso pasiva – determinante de un perjuicio a los fiadores que pudiera, conforme a lo dispuesto en el art. 1852, ocasionar la extinción de

*la fianza....”*; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo, indicando que “ ... *el perjuicio de la subrogación debe tener como causa un hecho del acreedor y en discusión sobre si ha de ser directo y positivo o también una conducta omisiva, la mejor doctrina tanta abarca lo uno como lo otro (y en este sentido también la STS de 8-5-2002 que tanto se refiere a un hecho positivo como negativo) advirtiendo que la invocada referencia de la sentencia del Alto Tribunal de 7-10-33 en apoyo de la interpretación restrictiva también alude a la falta de diligencia o pasividad...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 593/2005 (Sección 25º), de 14 de noviembre, indicando que “ ... *todo lo cual se halla muy lejos de configurar una conducta – activa e incluso pasiva – determinante de un perjuicio a los fiadores que pudiera, conforme a lo dispuesto en el art. 1852, ocasionar la extinción de la fianza ...*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 403/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán, indicando que “ ... *por otra parte, la subordinación del art. 1852 del Código civil al oportuno ejercicio por el fiador de la acción de relevación o la aparente restricción del concepto “hecho del acreedor” a un acto necesariamente positivo, no pueden ser compartidas por esta Sala, pues aun que tal identificación de hecho con acción, pueda hallarse en Sentencias de 1 de marzo de 1983, que a su vez cita las de 7 de octubre de 1933 y 9 de octubre de 1962, otras más recientes, como las de 20 de octubre de 1993 y 29 de noviembre de 1997, no descartan que la conducta del acreedor determinante de la liberación del fiador pueda ser incluso pasiva (STS de 14 junio de 2002)...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indicando que “ ... *el perjuicio de no hacerlo así que sufre el fiador ha de ser consecuencia de un “hecho del acreedor”, como señala el art. 1852 CC. En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende que ese hecho tanto puede ser positivo como negativo, si bien destaca que no bastará una simple inercia o abstención, sino va acompañada de un deber de actuar, es decir que si de una inactividad de tal clase resulta perjuicio para las garantías existentes, entonces concurrirá el supuesto de hecho de la sanción jurídica extintiva de la fianza contemplada en el meritado art. 1852...*”, entre otras.

En conclusión, parece que del análisis jurisprudencial sobre el concepto “*hecho del acreedor*” contenido en el art. 1852 del Código civil, en especial sobre la cuestión de si

se incluye sólo a los actos positivos o también a los negativos, o de abstención, del acreedor, parece que la últimas sentencias del Tribunal Supremo (STS 8-5-2002, 14-6-2002, 21-7-2003, 19-5-2005 y 4-5-2007) se decantan por incluir también a los hechos negativos, o de inactividad, si bien dichos hechos negativos del acreedor van referidos a una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste una mera pasividad.

A mayor abundamiento, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil) de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Carbal Fernández, se efectúa una relación de hechos que diversas sentencias han tenido en cuenta para aplicar o no los efectos del art. 1852 del Código civil, así se indica que “ .. *tampoco contradice la decisión de la Audiencia, la jurisprudencia de esta Sala dictada en aplicación del art. 1852, ni la representada por Sentencias citadas por la parte recurrente, ni la de ninguna otra, como es de ver en la relación sintética siguiente: la S. 9 de julio de 1908, aprecia la extinción de la fianza porque el acreedor consiente la pérdida de la garantía sin la intervención del fiador y sin utilidad alguna para el crédito fiado; la S. de 20 de diciembre de 1910, se refiere a la exigencia de hechos propios del acreedor; la de 22 de noviembre de 1916, no libera al fiador por haberse omitido los oportunos protestos de unos pagarés, por las razones que expresa; la de 31 de marzo de 1927, hace referencia a la necesidad de un hecho personal y directo del acreedor que haga imposible que los fiadores puedan utilizar sus derechos, y no considera privilegio un reparto de géneros que hicieron los acreedores del deudor en situación concursal; la S. 7 de octubre de 1933, condiciona la liberación a que exista actividad, acción, hechos del acreedor, no bastando cualquier falta de diligencia o actividad;..... la S. 10 de junio de 1966, libera porque el primitivo acreedor al transmitir el crédito sin guardar las solemnidades de la cesión ocasionó que desapareciera la garantía prendaria; la S. 1 de marzo de 1983, se insiste en la exigencia de actividad, acción, hechos y que no es suficiente cualquier falta de diligencia y se aprecia pasividad del fiador por no exigir del acreedor que ejercitara la reserva de dominio que significaba una garantía; la S. 28 de febrero de 1985, estima que la simple pérdida de un puesto en el rango hipotecario no puede asimilarse a la imposibilidad de subrogarse en los derechos ... (y añade) ... “ni como cuestión de hecho está acreditado que los fiadores se hayan visto privados de su derecho a resarcirse en los bienes del deudor principal; la S. de 1 de julio de 1988,*

*no hace referencia al tema, pero en la instancia se aplicó el art. 1852 a la cancelación de embargo permaneciendo íntegro el crédito; la S. 27 de octubre de 1993 y 29 de noviembre de 1997, declaran que no libera al fiador el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizaba el crédito para el cobro de éste, puntualizando la primera que no se infringe el art. 1852 aunque no se comunique al fiador la ejecución hipotecaria; la S. 21 de febrero de 1997, libera al fiador porque el acreedor aplicó la garantía prendaria a un crédito distinto del que también era objeto de fianza; la S. 25 de octubre de 1997, también declara extinguida la fianza porque el prestamista hizo efectivo el préstamo a quien no estaba autorizado para el cobro ..... “.*

Estos actos, positivos o negativos, del acreedor relevantes a los efectos de la aplicación del art. 1852 del Código civil, sólo pueden ser los efectuados con anterioridad al momento del pago de la obligación garantizada por parte del fiador, ya que una vez que éste se produce se subroga el fiador en la posición del acreedor (art. 1839 del Código civil “.. *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor ....*”) y, en consecuencia, los actos posteriores realizados por el acreedor serían inoponibles al fiador e ineficaces<sup>376</sup>.

Otra duda que se ha planteado la doctrina es si debe ser exonerado de los efectos del art. 1852 del Código civil el acreedor cuando el fiador ha tenido otros medios, fundamentalmente, las medidas preventivas del art. 1843 del Código civil, para evitar el perjuicio causado; también, cuál debe ser la eficacia del citado precepto en el caso de que exista cooperación entre el acreedor y el fiador que determine la imposibilidad o ineficacia de la subrogación.

El primer problema ha sido resuelto por parte de la doctrina<sup>377</sup> a favor de la exoneración del acreedor, ya que la culpa de éste se compensa con la falta de diligencia del fiador para evitar el perjuicio. FINEZ RATÓN<sup>378</sup> aporta cierta doctrina jurisprudencial incluida en las sentencias Tribunal Supremo de 2 de junio de 1909, 22 de noviembre de

---

<sup>376</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 412.

<sup>377</sup> PLANIOL / RIPERT, *Traite pratique de Droit civil français*, t. XI, 2º ed., París, 1954, p. 916 ; PÉREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 250.

<sup>378</sup> *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del artículo 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 30.

1916 y 7 de octubre de 1993, en la que se desprende que el fiador pudo recurrir al derecho concedido en el art. 1843 del Código civil para evitar, a tiempo, el perjuicio causado por la imposibilidad de la subrogación, afirmando que “... *pudo el fiador, según precepto del art. 1843 del Código civil, proceder contra el deudor principal, aún antes de haber pagado, cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haber cumplido el plazo en que debía satisfacerse, no puede prosperar a los efectos de casación la infracción del art. 1852 del citado código ...*”; no obstante, dicho autor, pone de manifiesto que en ninguna de dichas sentencias la razón fundamental de la decisión, es decir la no aplicación del art. 1852 del Código civil, reposa en la posibilidad de evitar el perjuicio por el fiador, sino en el consentimiento prestado por éste (STS 2-6-1909), en el que no se impide la subrogación (STS 22-11-1916) o en que la actuación del acreedor obedece a una obligación (STS 7-10-1933).

En realidad, los art. 1843 y 1852 del Código civil se sitúan en órbitas distintas; el primero obedece a una medida de aseguramiento del fiador ante el riesgo de la inminencia del pago, bien por circunstancias patrimoniales del deudor, bien por la fase de desarrollo o ejecución en la que se encuentra la obligación garantizada; el segundo, en cambio, es una sanción al perjuicio del derecho de subrogación resultante del comportamiento del acreedor. En este sentido, el art. 1852 del Código civil es una medida de protección del derecho de subrogación a favor del fiador que se establece en el art. 1839 del Código civil (“.. *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor ...*”) y en los límites del mismo, en cambio, el art. 1843 del Código civil, tiende o bien a evitar la misma subrogación (relevación del fiador) o bien a redoblar la protección del fiador por encima de la subrogación y con independencia de ésta (“... *una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor ...*”). Así, de esta forma, parece que el ejercicio de la acción de cobertura (art. 1843 del Código civil) no puede impedir la pérdida de la garantía que ha sido provocada por el acreedor, sancionada en el art. 1852 del Código civil<sup>379</sup>.

---

<sup>379</sup> En este sentido, FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica del Derecho inmobiliario, núm. 614, enero- febrero 1993m, p. 31.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 577/2002 (Sala de lo Civil) del 14 de junio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, indica que “...*El recurrente, a partir de un razonamiento del tribunal de apelación del que parece desprenderse la inaplicabilidad liberatoria el art. 1852 del Código civil si el fiador hubiera podido ejercer en su momento la acción de relevación de la fianza al amparo del art. 1843 del mismo cuerpo legal, rebate dicha tesis mediante abundantes citas de reputados autores de la doctrina científica fundadas en la dudosa eficacia de la acción de relevación, invocando la falta de apoyo jurisprudencial de esa misma tesis y, en fin alegando que en el congreso caso examinado ha quedado patente la más absoluta y abierta despreocupación del acreedor en orden a la realización de acto conservativo alguno respecto a la garantía y al final y directa complicidad en la definitiva desaparición de la misma, consitiendo la enajenación del local contra percepción de una suma de dinero a cuenta de su crédito. Es cierto que algunas consideraciones del tribunal de apelación en torno a la cuestión debatida, como la subordinación del art. 1852 C.c. al oportuno ejercicio por el fiador de la acción de relevación, o la aparente restricción del concepto “hecho del acreedor” a un acto necesariamente positivo, no pueden ser compartidas por esta Sala...*”; en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 403/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan, indicando que “ .... *La subordinación del art. 1852 del Código civil al oportuno ejercicio por el fiador de la acción de relevación ..... no pueden ser compartidas por esta Sala ....* “.

En cuanto al segundo problema (eficacia del art. 1852 del Código civil cuando existe cooperación entre acreedor y fiador que determine la imposibilidad de subrogación) cierta doctrina<sup>380</sup> ha entendido que en este supuesto sería aplicable una liberación parcial del fiador en la medida de su responsabilidad por el hecho impeditivo; en cambio, otro sector doctrinal<sup>381</sup>, bien en atención a que ha habido un consentimiento expreso, o implícito, del fiador, bien porque el art. 1852 del Código civil exige la

---

<sup>380</sup> MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, núm. 406 ; BETANT.-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1994, p. 342, entre otros.

<sup>381</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 421; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2ª ed., París, 1954, p. 917 ; AUBRI Y RAU, *Droit civil français*, t. VI, 7ª ed., por PONSARD/DEJEAN DE LA BATIE, 1975, p. 695., entre otros.

exclusividad del hecho por parte del acreedor en la producción del resultado perjudicial, afirma la exoneración del acreedor.

En este sentido, lo que parece tener en cuenta el art. 1852 del Código civil es el interés del fiador en la subrogación que difícilmente puede subsistir, aún parcialmente, cuando participa o coopera en la pérdida o deterioro de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”. Esta parece que ha sido la dirección seguida por el Tribunal Supremo en la Sentencia (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 1983, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui y en la Sentencia (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 1989, ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo. En la primera se indica que “... *pudo (el fiador) frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que al menos quedara patente la pasividad que le imputa como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba ...*”; es decir, se aprecia en la sentencia un consentimiento implícito del fiador a la pérdida de la garantía (reserva de dominio) cuando éste no advierte al acreedor de las acciones ejecutivas ejercitadas por un tercero sobre los bienes; de esta forma, la negligencia del acreedor en la interposición de la correspondiente tercería no se considera suficiente para provocar la extinción de la fianza. En la segunda sentencia, la no aplicación del art. 1852 del Código civil reside en que “.. *la pérdida del carácter ejecutivo de la acción, como los demandados (fiadores) pudieron exigir en su momento la presencia del Corredor en el acto de la firma, al no hacerlo, tal omisión no puede imputarse exclusivamente al acreedor...*”.

No obstante lo argumentado en las anteriores sentencias del Alto Tribunal, FINEZ RATÓN<sup>382</sup> es de la opinión que debería ser aplicable el art. 1852 del Código civil en aquellos supuestos en que los que la no constitución de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” por el acreedor supone un incumplimiento de una obligación a su cargo de carácter legal o contractual; es decir, en estos casos indica, el citado autor, que la carga de la futura constitución de las garantías corresponde al acreedor, siendo irrelevante la mera pasividad del fiador en orden a compeler al acreedor para que realice los actos constitutivos pertinentes.

---

<sup>382</sup> *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del artículo 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 32.

De esta forma, parece que, la conducta del acreedor que impida la subrogación del fiador habrá de estimarse según las circunstancias de hecho que concurran en cada caso, valorándose la obligación, legal o contractual, que pese sobre el acreedor, el consentimiento del acreedor cuando no interpone las acciones de conservación de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, la concurrencia del propio fiador, así como la renuncia, consentimiento o mera pasividad del fiador.

Por otro lado, la determinación precisa de los concretos actos, o comportamientos, del acreedor que sean idóneos para operar la sanción establecida en el art. 1852 del Código civil, ha llevado a la doctrina a cuestionarse si el acreedor, en cumplimiento de la carga que le viene impuesta de no perjudicar la subrogación del fiador, se encuentra compelido, de igual forma, a observar aquella conducta tendente a preservar el valor económico de las “*hipotecas, garantías y privilegios*” o la integridad de los bienes objetos de las mismas, o bien, si sólo cabe, exclusivamente, referir aquel deber de obrar del acreedor al mantenimiento, jurídico, de los derechos accesorios de su crédito, considerados como elementos jurídicos susceptibles de formar parte del contenido de la subrogación. La respuesta a este interrogante dependerá de si dentro del perjuicio de la subrogación se incluye, además de los casos de pérdida jurídica, representada por la decadencia de los derechos y garantías correspondientes, aquellos supuestos constitutivos de una mera pérdida económica, materializada por el deterioro del valor objetivo y condiciones de realización de los concretos bienes, sin pérdida del derecho en sí, y cuya producción fuera imputable a algún “*hecho del acreedor*”.

En la doctrina italiana, es criterio común el considerar negativamente que un perjuicio económico en la subrogación sea idóneo para hacer operar la sanción prevista en el art. 1955 del Codice; así, BIANCHI D'ESPINOSA<sup>383</sup> justifica esta solución indicando que, en todo caso, el perjuicio preciso para la liberación de los fiadores debe consistir en la pérdida de una causa legítima de prelación; BOZZI<sup>384</sup> apunta que la extinción de la fianza por esta causa sólo tendría lugar en los casos específicos en el comportamiento imputable al acreedor que “*.. determinase directamente la definitiva preclusión del*

---

<sup>383</sup> *Sull'art. 1957, e sulla applicabilità all'avallo, Banca, Borsa e titoli di credito*, 1950, II, p. 7-8, nota 8.

<sup>384</sup> *Trattato di Diritto privato*, t. XIII, Torino, 1985, p.267.

*derecho de subrogación del fiador en los derechos del acreedor..”*; CAMPOGRANDE<sup>385</sup> afirma que el acreedor no viene obligado a mantener el valor de la garantía a él otorgada y evitar que el título que la recoge dé lugar a una supuesta privación de su contenido práctico; FRAGALI<sup>386</sup>, por su parte, sostiene igualmente la improcedencia del beneficio de liberación para sancionar la simple inercia del acreedor que hubiera podido producir el deterioro de la cosa sujeta a garantía; razona el citado autor, que el art. 1955 del Codice no pretende asegurar al fiador un resultado útil de la subrogación.

Por su parte, en la doctrina alemana se llega, de forma unánime, a idéntica solución<sup>387</sup>. Así se interpreta el párrafo 776 (“... *si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el párrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza..*”), en especial el término “*abandono*”, entendiéndolo como los actos de renuncia consciente del acreedor que impliquen la extinción de alguna de las garantías a las que se alude en el precepto. De esta forma, concluye la doctrina alemana, que esta causa de exoneración de los fiadores, exige, en todo caso, que el acto del acreedor alcance la existencia misma de las garantías consideradas, y no simplemente su emolumento.

Contrariamente a las opiniones anteriores formuladas por la doctrina italiana y alemana, la doctrina francesa<sup>388</sup> se muestra favorable a entender que la excepción del perjuicio de la subrogación procederá, no solamente cuando las garantías accesorias del crédito dejen de existir, sino también cuando, aún existentes, hubieran perdido todo su valor por

<sup>385</sup> *Trattato Della fideiussione nel Diritto odierno*, Torino, 1902, p. 633

<sup>386</sup> *Della fideiussione, en Comentario del Codice Civile*, (art. 1936 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 471 y 476.

<sup>387</sup> En este sentido, STAUDINGER-BRÄNDL, *Kommentar zum BGB*, 11ª ed., 1959, párrafo 776, nº. 3; ENNECCERUS / LEHMAN, *Tratado de Derecho civil*, II-1º y 2º, Barcelona, 1966, p. 836; PECHER, *Münchener Kommentar BGB*, &776, München, 1984, nº. 8., entre otros.

<sup>388</sup> En este sentido, BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL, *Trattato teorico-practico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandat, Della fideiussione e Della transazione*, Milano, nº. 1178, p. 634-634; PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t., XI, 2ª ed., París, 1954, nº. 1560, p. 1006; BETANT-ROBET, *La décharge de la caution para application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, nº. 61, p. 334 ; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, nº. 409, p. 516 ; entre otros.

algún “*hecho del acreedor*”; en este sentido, MOULY indica que “.. *la consistencia del derecho debe ser elevado a idéntico rango que el derecho mismo..*”. Dentro de la doctrina francesa, en cambio, discrepa de la anterior postura COLIN / CAPITANT<sup>389</sup> para quien “.. *el acreedor no es responsable sino en la medida en que su negligencia consiste en haber dejado extinguirse una garantía..*”.

No obstante, parece evidente, que tanto un deterioro sustancial de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, objetivado por la disminución, de cierta entidad, de su valor económico, como una alteración en las condiciones de realización de las garantías, son eventos prácticamente asimilables, en sus consecuencias negativas para el fiador, al de la propia pérdida, o extinción, de los citados “*derechos, hipotecas y privilegios*”; es decir, aún siendo posible la subrogación, ésta devendrá ineficaz para el reintegro eventual del fiador si las garantías que le hubieran de ser transferidas por vía de subrogación hubieran perdido su valor o utilidad práctica. En consecuencia, parece que si ello fuera imputable a un “*hecho del acreedor*” como causante del citado perjuicio en la subrogación del fiador, éste debería poder invocar la extinción de sus compromisos de garantía, vía art. 1852 del Código civil<sup>390</sup>. Esta postura ha sido la adoptada por GUILARTE ZAPATERO<sup>391</sup> afirmando que “.. *el deber del acreedor orientado a conservar las garantías distintas de la fianza, existentes a la constitución de ésta, tiene una significación netamente jurídica, es decir, tiende básicamente a que, en su momento, el fiador pueda, en virtud de la subrogación, ejercitar las facultades propias del titular de la garantía, sin que suponga asegurar el resultado económicamente positivo de tal ejercicio. Pero, siendo esto así, no quiere decir que el acreedor no venga obligado durante la vida de la garantía y antes del vencimiento de la obligación fiada o del cumplimiento del fiador, a realizar determinados actos tendentes a la conservación eficaz de aquélla desde la perspectiva del mantenimiento de su valor económico; en este sentido no parece dudoso afirmar que la pasividad del acreedor debe hacer funcionar, total o parcialmente, el remedio del precepto..*”

---

<sup>389</sup> *Curso elemental de Derecho civil*, t. V, Madrid, 1987, p. 45.

<sup>390</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 145.

<sup>391</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 331.

De esta forma, parece que dentro del “perjuicio de la subrogación” debería incluirse y sancionarse con la extinción de la fianza el perjuicio económico en el ejercicio de la subrogación, y ello por las mismas razones que justifican la aplicación del art. 1852 del Código civil al perjuicio jurídico del contenido objetivo de la subrogación; es decir, en ambas hipótesis el “*hecho del acreedor*” es causa determinante de que el fiador quede privado de las particulares ventajas jurídicas que la subrogación en los “*derechos, hipotecas y privilegios*” le hubiera reportado.

A este respecto, a modo de ejemplo, como supuestos susceptibles de ocasionar un perjuicio de índole económica en la subrogación del fiador, se podrían citar:<sup>392</sup>

- Consentir formalmente el acreedor la posposición de rango de su hipoteca. No obstante la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 28 de febrero de 1985, ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño, indica que “.. *la simple pérdida de un puesto en el rango hipotecario, no puede asimilarse a la imposibilidad del fiador de subrogarse en los derechos del acreedor, que es a lo que en definitiva se refiere la ley ...*”. SIMLER<sup>393</sup>, al respecto, es de la opinión que es causa extintiva, siempre que la hipoteca en cuestión hubiera perdido toda su eficacia, esto es, cuando el fiador queda privado de la posibilidad real que existía de servirse de la garantía real para reintegrarse, aún parcialmente, de lo que hubiera de pagar al acreedor, teniendo en cuenta la virtualidad operativa del rango con el que inicialmente se hallaba configurada la hipoteca a favor del acreedor.

- No cuidar las cosas dadas en prenda con la diligencia exigible de un buen padre de familia, determinado dicho hecho la pérdida o deterioro del objeto de la prenda. En este sentido el art. 1867 del Código civil impone al acreedor que “... *debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia ....*”.

---

<sup>392</sup> Siguiendo a ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 146-147.

<sup>393</sup> *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, nº. 101,

- No ejercitar la acción de devastación del art. 117 de la Ley Hipotecaria para impedir la realización por el deudor de actos de hacen disminuir de valor la finca gravada.

- Consentir la realización de bienes gravados en condiciones desastrosas tales que hace disminuir, con ello, la entidad económica de la garantía; así, en el caso de que el acreedor preste su conformidad a la enajenación gradual y parcial del inmueble hipotecado, desmereciendo de esta forma el valor global de venta del bien. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 72/2006 (Sección 1ª), de 27 de febrero, se indica que “ ... *En efecto, vienen a sostener un hecho, de influencia decisiva, que es cierto: que no tuvieron intervención, ni por tanto consintieron, en la escritura notarial, la primera antes reseñada, en la que se liberaban ciertos bienes inmuebles de la garantía hipotecaria y la misma se distribuía sobre los restantes en proporción no igualitaria pero manteniéndose íntegro el importe del capital asegurado mediante la carga real.... ; pues bien ese conocimiento no implica consentimiento por lo que tales fiadores han de quedar liberados, no sólo por lo expuesto, sino por aplicación de la previsión contenida en el art. 1852 del Código civil, pues sin su consentimiento su posición garantista se ha visto perjudicada siendo ahora más gravosa, y quedando privados de su derecho a la subrogación en la posición del acreedor como consecuencia de la reducción de la garantía hipotecaria que, de haber tenido conocimiento, acaso no hubieran consentido precisamente por esa mayor afectación de la garantía en la proporción en que se disminuía la real hipotecaria...*”.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la finalidad del art. 1852 del Código civil es proteger al fiador de la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, que ostenta el acreedor, para el caso de una eventual subrogación, cualquier conducta del acreedor, positiva o negativa, u omisiva, que fuera determinante de la pérdida o deterioro de los mismos debería entrar dentro del supuesto de hecho de la norma<sup>394</sup>. Así parece entenderlo el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 409/2002 (Sala de lo Civil) de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, cuando indica que “... *El art.*

---

<sup>394</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario a los art. 1822 a 1886 del CC, Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 329.

*1852 se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación -imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad- en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito ...”*; en el mismo sentido también la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2003 (Sala de lo Civil) de 21 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, entre otras; Sentencia Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª), de 26 septiembre, indicando que “ *... hechos imputables al acreedor, tales como ..... venta de valores en prenda al acreedor a precios demasiados bajos ...* “; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 301/2000 (Sección 7ª), de 8 de noviembre, indicando que “ *... en alguna ocasión lo ha hecho el T.S. que la ratio legis del art. 1852 es el perjuicio que para el fiador se deriva de un acto del acreedor que le impide subrogarse en las garantías de la deuda afianzada y que, consiguientemente, si dichas garantías se demuestran inútiles como ocurre, p.e., cuando el bien hipotecado carece de valor o en otras circunstancias semejantes, es posible estimar que la cancelación de la hipoteca ningún perjuicio ha producido a los fiadores y por tanto la fianza no se extingue ...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 261/2001 (Sección 3ª), de 23 de mayo, indicando que “ *.. Así, puede pedir la extinción de la fianza, como se ha dicho antes, con base al art. 1852 del Código civil, si por cualquier acto del acreedor no pudiera quedar subrogado en los derechos y garantías .....*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 783/2002 (Sección 4ª), de 31 diciembre, indicando que “ *... quiere matizar esta Sala que tal precepto invocado (art. 1852 C.C.) no resulta de aplicación al supuesto objeto de debate, que tal norma sólo impone al acreedor no alterar ni contribuir con su conducta a variar la relación entre débito y responsabilidad, tal y como aparecía configurada ésta en el momento de constituirse la fianza ...* “; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 63/2004 (Sección 1ª), de 12 febrero, indicando que “ *... la STS 8-5-2002 señala el artículo 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación – imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad- en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito ...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo, indicando

que “... hecho que, por tanto, puede ser positivo como negativo, pero, eso sí, efectivamente causante de un menoscabo cierto y objetivo en el derecho de reembolso del fiador... “; Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, indicando que “ ... en definitiva, el fiador tiene en consideración las condiciones del crédito que afianza y confía en que el acreedor sea diligente en su conservación, manteniéndolas íntegras y no lesionándolas o disminuyéndolas por acto al mismo imputable, pues en tal caso se operaría un cambio en las condiciones de la obligación garantizada existentes al tiempo del compromiso contractual, que generarían una alteración sustancial de las bases tenidas en cuenta a la hora de concertar la fianza y exteriorizar el fiador su consentimiento convencional... “.

Ahora bien, una cosa es defender el criterio de que dentro del término “pérjuicio en la subrogación” se incluya tanto un perjuicio jurídico como uno económico de los “derechos, hipotecas y privilegios” y otra diferente que acreedor deba responder del resultado económico de la subrogación futura del fiador. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo, indica que “ ... del mismo modo, la doctrina científica explica que la conducta del acreedor que este artículo recoge, dirigida a conservar las garantías existentes, distintas de la fianza, tiene una significación netamente jurídica, dirigida a que mediando la subrogación del fiador en la posición del acreedor mediante el pago (art. 1839 del CC) puede éste ejercitar las facultades propias del titular de la garantía, pero sin exigencia alguna respecto del resultado económico positivo de su ejercicio ...”; asimismo, el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 409/2002 (Sala de lo Civil) de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, indica que “ ... ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni le compete al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor ...”; en mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª), de 27 de septiembre, entre otras.

Por otro lado, la doctrina sí es unánime en estimar que el “hecho del acreedor” debe producirse con anterioridad al pago realizado por el fiador, ya que, una vez efectuado

dicho pago, no le serán oponibles al fiador los actos del acreedor pues, en virtud de dicho pago, queda legalmente subrogado el fiador<sup>395</sup>.

### ***1.3. ¿Qué “derechos, hipotecas y privilegios” cuya no subrogación por parte del fiador implica la extinción de la fianza?***

El art. 1852 del Código civil al referirse a “... *derechos, hipotecas y privilegios...* “ está aludiendo a las garantías específicas que pueden acompañar a la obligación principal fiada en refuerzo de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 del Código civil), así como también cualquier otra facultad, distinta de las propias garantías, inherente a la obligación principal y beneficiosa para asegurar el reintegro del fiador<sup>396</sup>. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 409/2002 (Sala de lo Civil) de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, afirma que “ .... *el art. 1852 Cc se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación ... en la titularidad de las garantías, privilegios y derechos inherentes al crédito. Ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni le compete al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor. Por otra parte, la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía, mediante cuyo ejercicio, y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su derecho de crédito, o cobra parte del mismo...* “; en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 803/2003 (Sala de lo Civil) de 21 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

De esta forma, el art. 1852 del Código civil obliga al acreedor a observar una conducta tendente al mantenimiento de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, es decir, a abstenerse de efectuar cualquier acto tendente a hacerlas desaparecer, o contribuir a que ello suceda, o a disminuirlas. Asimismo, vendrá obligado el acreedor, en los términos vistos, a realizar determinados actos cuya omisión pueda determinar la pérdida, o deterioro, de los citados “*derechos, hipotecas y privilegios*”.

<sup>395</sup> Por todos, BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *Della Fideiussione*, t. it, Milán, p. 629. GUILARTE ZAPATERO, *Comentario a los art. 1822 a 1886 del CC, Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 330.

<sup>396</sup> En este sentido, BO, *Nuevo Digesto Italiano*, voz Garanzia, t. VI, Torino, 1938, p. 1129; SANTAMARIA, *Comentarios al Código civil*, II, Madrid, 1958, p. 873.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 del Código civil “... *del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presente y futuros ...* “), parece que el acreedor se debería limitar a no realizar actos que contribuyan a disminuir el citado patrimonio, pero sin que esté obligado a realizar actividad alguna tendente a su conservación; en este sentido, parece que el acreedor no estará obligado a impedir que el deudor realice actos de disposición sobre bienes de su propiedad, ni a perseguirlos, pero sí que sería responsable si, después de reclamarle el pago y obtener el embargo preventivo sobre los bienes del mismo, lo levanta antes de haber sido satisfecho<sup>397</sup>. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª), de 27 septiembre, indicando “ ... *ahora bien, precisamente como dice la STS de 8 de mayo de 2002 ... el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación – imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad- en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito. Ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni le compete al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor ...* ”.

De la literalidad contenida en art. 1852 del Código civil (“.. *los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo..*”) parece desprenderse, para la liberación del fiador, la exigencia de dos presupuestos básicos; el primero, la pérdida o deterioro de “*derechos, hipotecas y privilegios*” susceptibles de haber podido integrar la subrogación del fiador, y el segundo, la imputabilidad, directa y causal, de ese perjuicio jurídico a algún “*hecho del acreedor*”; a estos presupuestos básicos, la práctica de los tribunales y la doctrina científica añade un tercer presupuesto consistente en que la pérdida o deterioro de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” represente un perjuicio cierto para el fiador<sup>398</sup>. En este sentido, Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, indicando que “ ... *la extinción de la fianza, que el precepto autoriza, sólo tendrá lugar en tanto el fiador hubiera podido obtener*

<sup>397</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2º ed., Jaén, 1980, p. 334.

<sup>398</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 88.

*resarcimiento sobre el derecho extinguido, y no se da en este caso hecho imputable al acreedor que incumpliera u obstaculizara a los fiadores a subrogarse en sus derechos, ya que el legítimo ejercicio por aquél de las acciones que le correspondían no libera al avalista de las obligaciones asumidas ...”;* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, indicando que “ *... el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación ....”;* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 577/2002 (Sala de lo Civil), de 14 junio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, indicando que “ *... cuando resulta que el nexo causal entre el hecho del acreedor e imposibilidad de subrogación es un requisito unánimemente exigido por doctrina y jurisprudencia para la liberación del fiador fundada en el art. 1852 CC...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 301/2000 (Sección 7ª), de 8 de noviembre, indica que “ *.. y en alguna ocasión lo ha hecho el T.S., que la ratio legis del art. 1852 es el perjuicio que para el fiador se deriva de un acto del acreedor que le impide subrogarse en las garantías de la deuda afianzada y que, consiguientemente si dichas garantías se demuestran inútiles como ocurre, p.e. cuando el bien hipotecado carece de valor o en otras circunstancias semejantes, es posible estimar que la cancelación de la hipoteca ningún perjuicio ha producido a los fiadores y por tanto la fianza no se extingue ...”;* Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 520/2001, de 8 de noviembre, indicando que “ *.. cuando por algún hecho del acreedor no puedan subrogarse en los derechos, hipotecas y derechos de los mismos, es decir que este precepto se refiere a actos imputables al acreedor ... y no a actos o hechos imputables al fiador ...”;* Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo, indicando que “ *... como diafanamente explica la STS de 25-10-1999, el precepto, a lo que se refiere es a aquel hecho del acreedor que impida por su culpa el beneficio del derecho de reembolso del préstamo exigible al prestamista; hecho que, por tanto, puede ser positivo como negativo, pero, eso sí, efectivamente causante de un menoscabo cierto y efectivo en el derecho de reembolso del fiador.... “.*

La redacción del art. 1852 del Código civil (“ *... los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan*

*quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios ..”)* va encaminada a sancionar los actos y/o conductas del acreedor que comprometan la subrogación, real y efectiva, del fiador en los “*derechos, hipotecas y privilegios*” que acompañan al crédito principal, pero sin precisar, en cambio, límite alguno, objetivo o temporal, en que encuadrar el exacto contenido normativo de la norma.

Por su parte, en el Derecho comparado, tanto el art. 2037 del Code (“*..el fiador queda liberado cuando no puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor por hecho de éste. Toda cláusula contraria se estima no escrita..*”) como el art. 1955 del Códice (“*.. la fianza se extingue cuando por hecho del acreedor no pueda tener efecto la subrogación del fiador en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y en los privilegios del acreedor...* ”) aparecen redactados en idénticos términos que el art. 1852 del Código civil, si bien en art. 1955 del Códice se añade una mención expresa a la “*... prenda...*”. En cambio, en el parágrafo 776 del BGB (“*.. si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el parágrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza..*”) si se delimita de un modo más explícito y concluyente cuales sean los concretos derechos del acreedor que debe conservar bajo la pena de extinción de la garantía fideiusoria.

Analizando la noción jurídica “*derechos, hipotecas y privilegios*”, contenida en el art. 1852 del Código civil, el mayor problema en cuanto su determinación se plantea en el término “*... derechos ...*”, dado el carácter abstracto y ambiguo del mismo; en cambio, no plantean las mismas dudas los otros dos términos (“*... hipotecas y privilegios..*”), sobre los que SIMLER<sup>399</sup> indica que “*..evocan sin ambigüedad el concepto de seguridad y la idea de preferencia..*”.

En líneas generales, parece que los “*derechos, hipotecas y privilegios*” referidos en el art. 1852 del Código civil, serán, exclusivamente, aquellos que hubieran permitido eficazmente al fiador recuperar con mayor facilidad el importe íntegro de cuanto

---

<sup>399</sup> *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., nº 63.

hubiera debido de pagar en el cumplimiento de su obligación fideiusoria<sup>400</sup>. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 301/2000 (Sección 7ª), de 8 noviembre, se indica que “... todavía podría decirse y en alguna ocasión lo ha hecho el T.S., que la ratio legis del art. 1852 es el perjuicio que para el fiador se deriva de un acto del acreedor que le impide subrogarse en las garantías de la deuda afianzada y que, consiguientemente si dichas garantías se demuestran inútiles como ocurre, p.e. cuando el bien hipotecado carece de valor o en otras circunstancias semejantes, es posible estimar que la cancelación de la hipoteca ningún perjuicio ha producido a los fiadores y por tanto la fianza no se extingue ...”.

De esta forma, la doctrina es unánime<sup>401</sup> en el sentido de que, a pesar de que el art. 1852 del Código civil no menciona más que a las “.. hipotecas ..”, de forma expresa, no es dudoso la procedencia de incluir dentro del ámbito del precepto cualesquiera garantías susceptibles de beneficiar al fiador por vía de subrogación; así, habría que entender operativa la causa extintiva de la fianza no sólo cuando la pérdida afecta a una garantía real, sino también a una garantía personal<sup>402</sup>. En este sentido, DIEZ PICAZO<sup>403</sup> entiende por garantía “.. cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito.”. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 21 julio, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, indica que “... el motivo no puede prosperar en razón de la siguiente doctrina jurisprudencia: dice la sentencia de 20 de octubre de 1993 “..b) ha de distinguirse el caso de que la conducta del acreedor de lugar a la desaparición de alguna garantía del crédito, perjudicando así la posible subrogación de los fiadores en aquélla, del supuesto en que, como sucede en el que nos ocupa, el acreedor se limita a ejecutar la garantía.... “; Sentencia Audiencia Provincial de Baleares núm. 183/2004 (Sección 3ª), de 30 de abril, indicando que “... según el Tribunal Supremo, el hecho del acreedor ha de ser personal, directo y de carácter positivo (STS 31 de marzo de 1927 y 9 de octubre

<sup>400</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 89.

<sup>401</sup> Por todos, MARTY-RAYNAUD / JESTAZ, *Les sûretes. La publicité foncière*, 2 ed., París, 1987, nº. 620, p. 418 ; FRAGALI, *Della fideiussione*, en *Comentario del Codice civile*, art. 1936 a 1959, Bolonga / Roma, 1968, p. 469; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 333.

<sup>402</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 89.

<sup>403</sup> *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 581.

de 1967) habiendo señalado la jurisprudencia, igualmente, que ha de distinguirse el caso de que la conducta del acreedor de lugar a la desaparición de alguna garantía del crédito, perjudicando así la posible subrogación de los fiadores en aquélla, del supuesto en que el acreedor se limita a ejecutar la garantía ..... “; en el mismo sentido la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid núm. 617/2004 (Sección 12ª), de 30 de junio, entre otras.

En consecuencia, parece que, a los efectos del art. 1852 del Código civil, entre las garantías reales<sup>404</sup>, cabría incluir, además de a la “.. hipoteca “..”, a las pignoraticias, en sus diversas modalidades, así como, aquellas medidas de aseguramiento en virtud de las cuales se atribuyera al acreedor la propiedad de una cosa determinada o la titularidad de un derecho en función de garantía (“*fiducia cum creditore*”) o se reservara el acreedor la propiedad de la cosa que se transmite hasta el completo cumplimiento de la obligación asegurada (por ejemplo pacto de reserva de dominio). Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1174/2002 (Sala de lo Civil), de 4 diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodill, indicando que “ .. sostiene el recurrente que nos encontramos ante un negocio fiduciario “*cum creditore*”, para lo que ha de partirse del concepto que la doctrina jurisprudencial ha dado al mismo, ya que lo configura como aquella relación en virtud de la cual una persona (fiduciante) transmite la plena propiedad de un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario), a fin de garantizar el pago de deuda contraída, con la obligación por parte del fiduciario de transmitir lo adquirido a su anterior propietario , una vez éste hubiera cumplido la obligación asegurada (“*pactum fiduciae*”) ... pues la “*causa fiduciae*” no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal dada su posición principal de acreedor (aparente comprador), en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender es la devolución del préstamo garantizado, pero sin que accede a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad del negocio concertado, sin perjuicio del derecho de retención que la doctrina jurisprudencial le reconoce ... ”; Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), de 29 diciembre del 2000,

---

<sup>404</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 90.

indicando que “ ... la fianza, en cuya virtud se demanda a la Sra ... quedó extinguida desde el momento en que la entidad actora, sin el consentimiento de la fiadora, aceptó de la compradora demandada, Sra....., el vehículo al que se refiere la póliza de financiación suscrita entre las partes, ya que habiéndose establecido en dicha póliza un acto de reserva de dominio a favor de la entidad actora, al aceptar el vehículo como parte del pago de la deuda y proceder a su enajenación a un tercero, hacer inviable la subrogación de la fiadora, por el pago de la deuda, en todos los derechos que la entidad acreedora tenía contra la deudora, tal como señala el art. 1839 del Código civil, lo que determina la extinción de la fianza conforme al art. 1852 del mismo Código .... “.

Entre las garantías personales deberían entenderse incluidas, además de la fianza personal, un aval, un seguro o caución, las garantías prestadas por los Bancos o sociedades de garantía recíproca o las garantías internacionales a “primera demanda”, entre otras<sup>405</sup>.

Asimismo, es mayoritariamente reconocido por la doctrina<sup>406</sup> la irrelevancia, a los fines del beneficio de liberación de la norma, del origen contractual, legal o judicial de las garantías perdidas por el acreedor; en este sentido, a propósito de los derechos o facultades que cumplan idéntica función de garantía, y que integran la eventual subrogación del fiador, han sido calificados por MARTY-RAYNAU / JESTAZ<sup>407</sup>, a propósito del art. 2037 del Code, como “cuasigarantías” del crédito principal.

Dentro de las “garantías legales” se debería incluir, a los efectos de lo establecido en el art. 1852 del Código civil, el derecho de retención y el beneficio de compensación ordinaria (art. 1195 del Código civil “ .. tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra... ”) y la anticrética (art. 1868 del Código civil “ .. si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben ... ”); ambos derechos

<sup>405</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 90.

<sup>406</sup> MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement*, París, 1979, nº. 411, p. 411 ; SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., nº. 79 ; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 334.

<sup>407</sup> *Les sûretés. La publicité foncière*, 2.ª edi., París, 1987, nº 620, p. 418.

subjetivos son englobados en el seno de la disposición sancionadora por la doctrina<sup>408</sup>. La razón que motiva dicha inclusión lo es porque debe entenderse procedente el beneficio de liberación del fiador cuando los derechos o garantías, mejor conservados o utilizados, hubieran procurado, efectivamente, al fiador una mayor facilidad en el reembolso o una disminución en el importe de su deuda *fideiusoria*, y/o una liberación total. ; Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 261/2001 (Sección 3ª), de 23 de mayo, indicando que “ ...así, se puede pedir la extinción de la fianza ... con base al artículo 1852 del Código civil si por cualquier acto del acreedor no pudiera quedar subrogado en los derechos y garantías que correspondan al deudor, e incluso puede oponer al crédito del acreedor ejecutante la compensación de un crédito que el deudor pudiera tener contra este último, lo que le autoriza a hacer el art. 1197, como el derivado del menoscabo de los bienes del deudor dados en depósito .... “.

¿Dentro de las facultades legales que competen al acreedor afianzado como titular activo de un derecho de crédito, puede la facultad resolutoria (art. 1124 del Código civil) integrarse dentro del ámbito objetivo de las garantías cuyo abandono o dejación implican la extinción de la fianza vía art. 1852 del Código civil?. En este sentido, en la doctrina francesa<sup>409</sup> es criterio unánime el incluir, dentro de las facultades legales que competen al acreedor afianzado, en el grupo de las que tienen directa significación jurídica a los efectos del beneficio de liberación del fiador, el derecho legal de resolución del contrato principal.

La acción rescisoria del art. 1124 del Código civil (“ .... la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de de intereses en ambos casos...”) representa, para el acreedor, una medida de

---

<sup>408</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 91; BETANT-ROBET, *La décharge de la caution para application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit Commercial, 1974, nº. 15, p. 326 ; SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., nº 83 ; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, nº 412, p. 518, entre otros

<sup>409</sup> PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2ª, París, 1954, nº. 1559, p. 1004 ; BETANT-ROBET, *La décharge de la caution para application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit Commercial, 1974, p. 326 ; SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., nº 83 ; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, nº 412, p. 518, entre otros.

protección de sus intereses ya lesionados, presupuesto el incumplimiento por parte del deudor de su obligación recíproca, en donde parece que el resarcimiento de daños y perjuicios opera, no como una garantía de cobertura a la satisfacción del crédito, sino como una sanción legal al contrante incumplidor.

En cuanto a las garantías judiciales, o de naturaleza procesal, parece que podrán incluirse dentro del ámbito sancionador del art. 1852 del Código civil, todas aquellas medidas cautelares de aseguramiento y tutela preventiva previstas en la legislación procesal como instrumentos destinados a asegurar la efectividad de la posterior sentencia a dictar en el correspondiente procedimiento (por ejemplo: el embargo preventivo), que hayan sido concedidas al acreedor por decisión judicial. No obstante, queda al arbitrio y discrecionalidad del acreedor el instar judicialmente estos recursos procesales de cautela, sin que su pasividad o inactividad procesal debiera de entenderse constitutiva de un perjuicio en la subrogación del fiador<sup>410</sup>. En este sentido de no incluir cierta pasividad del acreedor en el ámbito del art. 1852 del Código civil se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, cuando indica que “ *... el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad...* ”; en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 21 de julio, ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 204/2003 (Sección 4ª), de 1 de abril.

De esta forma, parece que sólo estaría obligado el acreedor a solicitar el embargo judicial de bienes en el supuesto en el que el fiador, ante la reclamación de pago que le efectúe el acreedor, haya opuesto, en regla, el beneficio de excusión (art. 1830 del Código civil “ *.. el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor ...* ”). Pero incluso en esta hipótesis, la liberación del fiador parece que no vendría dada vía art. 1852 sino por la del art. 1833 del Código civil (“ *.. cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anterior,*

---

<sup>410</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 92.

*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... “).*

Por otro lado, esta carga que el art. 1852 del Código civil impone al acreedor parece referirse a las garantías ya constituidas y no aquellas posibles garantías cuya adquisición le venga permitida por la ley al acreedor; en este sentido el acreedor no se encontraría compelido a otorgar a su crédito nuevas garantías, aunque fuere más beneficioso para la subrogación del fiador; así, FRAGALI<sup>411</sup> señala que, con carácter general, al acreedor no le viene exigido ningún deber de obrar en el sentido más favorable a los intereses del fiador ni tomar a su cargo estos intereses, a menos que se encuentre obligado por ley o por contrato. Ahora bien, una vez solicitada y decretada por el juez, la correspondiente medida cautelar de naturaleza procesal, parece que si deberá el acreedor observar la conducta que fuere precisa a fin de conservar, en su interés y en el del fiador, la vigencia efectiva de la misma<sup>412</sup>.

Así, la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de 31 de marzo de 1937 y 7 de octubre de 1933<sup>413</sup> en el sentido que el acreedor no viene obligado por el art. 1852 del Código civil a trabar embargo preventivo sobre los bienes del deudor fiado, ni siquiera cuando pudiera temer razonablemente el acreedor por la efectividad de la ejecución de la sentencia que en su día recayere contra el principal obligado. En pronunciamientos más recientes, como la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de diciembre de 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Carretero Pérez, se desprende un criterio favorable del Alto Tribunal a la procedencia de la causa extintiva de la fianza en aquellos supuestos en los que el acreedor hubiera perjudicado con su comportamiento positivo la efectividad del embargo solicitado y ya obtenido debidamente como garantía procesal del crédito afianzado (“... los acreedores promovieron actividad procesal para remover depositarios de embargos constituidos sobre bienes del deudor principal y para cancelar alguno de ellos, lo cual, por dificultar el ulterior resarcimiento del fiador, en caso de pago, produciría su

---

<sup>411</sup> Della Fideiussiones, en *Comentario del Codice Civile*, art. 1936 a 1959, Bologna / Roma, 1968, p. 469.

<sup>412</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 92.

<sup>413</sup> Sentencias citadas por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 94.

*liberación, según dispone el art. 1852 del citado código ....”); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, indicando que “ ... no puede reputarse en modo alguno como un hecho directo que perjudique la anterior situación del fiador, quien sigue ostentando el mismo derecho de subrogarse en virtud del pago en la posición del acreedor, conforme a lo previsto en el art. 1839 del CC. El acreedor en el supuesto de litis no ha cancelado garantía o privilegio alguno que tuviera el crédito afianzado al tiempo de constituirse la fianza. Por el contrario, ha tratado de mejorar la garantía, aunque sin efectividad práctica alguna dada la existencia de hipotecas preferentes preestablecidas a favor de terceros. No existe, por tanto, una actuación dolosa ni negligente del acreedor que perjudique los derechos de subrogación del fiador y que deba determinar la extinción de la fianza en aplicación del citado artículo 1852 del Código ...”;* Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 783/2002 (Sección 4ª), de 31 diciembre, indicando que “ ... quiere matizar esta Sala que tal precepto invocado no resulta de aplicación al supuesto objeto de debate, que tal norma sólo impone al acreedor no alterar ni contribuir con su conducta a variar la relación existente entre débito y responsabilidad, tal y como aparecía configurada ésta en el momento de constituirse la fianza...”; Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 diciembre indicando que “ ... En definitiva, el fiador tiene en consideración las condiciones del crédito que afianza y confía en que el acreedor sea diligente en su conservación, manteniéndolas íntegras y no lesionándolas o disminuyéndolas por acto del mismo imputable, pues en tal caso se operaría un cambio en las condiciones de la obligación garantizada, existentes al tiempo del compromiso contractual, que generarían una alteración sustancial de las bases tenidas en cuenta a la hora de concertar la fianza y exteriorizar el fiador su consentimiento convencional... “.

Por su parte en la doctrina española parece sostenerse, mayoritariamente, igual criterio valorativo relativo a las garantías judiciales o procesales<sup>414</sup>. En este sentido, GUILARTE ZAPATERO<sup>415</sup> sostiene que, efectivamente, el acreedor no viene compelido a perseguir los bienes propiedad del deudor principal; no obstante, “.. si será responsable si después de haber reclamado el pago de su crédito al deudor y obtenido

<sup>414</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 94 y 95.

<sup>415</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 334.

*el embargo sobre alguno de sus bienes lo levanta antes de haber sido satisfecho el fiador..”*; en este mismo sentido, para cualquier supuesto de subrogación, estima BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO<sup>416</sup> que “.. *la subrogación del tercero que paga le transfiere, con el crédito, todos los derechos a él anexos, y entre ellos, consiguientemente, el de hacerlo efectivo, según el estado del juicio y momento en que tuvo lugar la subrogación...*”.

A pesar de esta unanimidad en la doctrina española, en el ámbito de la doctrina francesa las opiniones al respecto distan de ser unánimes; así, autores como JESTAZ<sup>417</sup> afirma que el embargo no confiere por sí mismo ningún privilegio al acreedor embargante; sin embargo otro sector doctrinal<sup>418</sup>, más amplio, se muestra partidario de defender la plena operatividad del efecto extintivo de la fianza, sancionado en el art. 2037 del Code, en aquellas hipótesis en las cuales el acreedor hubiera motivado, con su conducta negligente, el levantamiento del embargo que hubiera decretado el juez para la seguridad de su crédito.

También se indica en el art. 1852 del Código civil que procederá el beneficio de liberación para el fiador siempre que, por algún “*hecho del acreedor*”, no pueda quedar subrogado en los “*privilegios*” (“... *derechos, hipotecas y privilegios...*”) de los que gozara el acreedor. En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS<sup>419</sup> entiende por “*privilegios*” aquellas facultades que tienen determinados acreedores para cobrar con preferencia a otros sobre un bien/es (muebles o inmuebles), y que suponen, en consecuencia, una derogación, a favor de determinados créditos, del principio que impone la igualdad de todos los acreedores para el cobro; privilegios éstos de creación, legal, no por convención de las partes, que se encuentran, taxativamente, determinados en los art. 1922 a 1924 del Código civil (prelación de cobro sobre determinados bienes muebles, determinados bienes inmuebles y resto de bienes muebles e inmuebles).

---

<sup>416</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI, 1º, Madrid, 1980, p. 43.

<sup>417</sup> *Cautionnement*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz. Droit civil*, II, 1ª., ed., París, 1970, nº. 338.

<sup>418</sup> Por todos, SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, nº. 83-101 ;BETANT-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1974, nº. 42, p. 326.

<sup>419</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, Madrid, 1984, p. 681.

En este sentido, tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales han tenido oportunidad de pronunciarse sobre estos “*privilegios*”, a los efectos del art. 1852 del Código civil; así, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de marzo de 1927<sup>420</sup> se declara que la aplicación de la causa extintiva de la fianza “.. *exige que el privilegio se hubiera podido esgrimir en juicio de concurso de acreedores, quiebra o tercería de mejor derecho ....* “; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de febrero de 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo, indica que “ *... por el pago surge la subrogación, que no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, el que en razón del crédito en el que se subroga es su sucesor, sin que por lo tanto, a estos efectos se pueda hablar de nacimiento de un derecho como lo puede ser el derecho a ser indemnizado a lo que se refiere el art. 1838 del propio Código ... el crédito que se transmite es el mismo en toda su integridad, extensión y contenido sin que sufra, no puede ser de otra forma, la más mínima alteración, salvo en la exclusiva del cambio de personas, la del cedente por el cesionario subrogado como nuevo acreedor, el que podrá exigir su cumplimiento en los propios términos en los que les hubiere podido ejercer su anterior acreedor del que es sucesor, manteniendo el título todo su valor y eficacia, sin alteración alguna, pues en nada le ha de afectar aquel cambio en la persona de su titular identidad que afecta a su fecha en cuanto ésta sirva a cualquier fin con el que guarde relación, como lo ha de ser a la hora de valorarlo en orden a la preferencia frente a otros títulos crediticios, que si lo era para el cedente lo ha de ser para el cesionario....*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. José Corbal Fernández, cuando indica “.. *tampoco contradice la decisión de la Audiencia, la jurisprudencia de esta Sala dictada en aplicación del art. 1852, ... como es de ver en la relación sintética siguiente: ... la S. de 1 de julio de 1988 aprecia la liberación del fiador por haber hecho dejación el acreedor del ejercicio del derecho de abstención en suspensión de pagos que da lugar a la conversión en común de un crédito privilegiado ...*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 770/2002 (Sala de lo Civil), de 22 julio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Martín Castán, en la que se cita “ *.. sin embargo también este motivo ha de ser desestimado, porque si bien es cierto que la sentencia de esta Sala de 1 de julio de 1988 admitió la posibilidad de liberación del fiador si el acreedor no ejercitaba su derecho de abstención en una suspensión de pagos, dando*

---

<sup>420</sup> Citada por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 96.

*lugar a la conversión en común de un crédito privilegiado...” Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 diciembre, indicando que “ ... el art. 1852 del CC es una consecuencia del régimen legal de subrogación del fiador, como consecuencia del pago, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor principal, que proclama el art. 1839 de dicho texto legal .... No nos podemos sustraer a la circunstancia de que los derechos, hipotecas y privilegios del crédito no son indiferentes para el fiador, al proceder a asumir su obligación contractual de garantizar una deuda concreta con sus específicas garantías .... La doctrina viene considerando que esa obligación del acreedor de desarrollar una conducta que no impida la subrogación del fiador en los derechos, privilegios e hipotecas del crédito garantido, tiene la naturaleza de una carga, entendida como deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia .... Pues bien, dentro de los supuestos configurados del “hecho del acreedor” se vienen considerando como tales por parte de la doctrina estudiosa del tema alguno como ... la pérdida o devolución de un objeto sometido a un privilegio, el consentimiento del acreedor para ser pagado con posterioridad a otros acreedores no preferentes .... La sentencia apelada, compartiendo la tesis de la demanda, achada a la Caja su pasividad, al no hacer valer la garantía que supone la segunda hipoteca del inmueble propiedad de la deudora principal, permitiendo con ello que el sobrante obtenido de 17.128,84 euros de la ejecución de la primera hipoteca, promovida por la misma entidad apelante, en su condición de acreedora hipotecaria, fuera remitida y satisfecha como embargo del sobrante al juicio ejecutivo 522/99 E del Juzgado de Primera Instancia n. 8 de la Coruña ... titular de una simple anotación preventiva de embargo en el Registro de La Propiedad sobre el inmueble hipotecado, con posterioridad a la segunda hipoteca ..... queremos destacar que por la circunstancia de haberse realizado la primera hipoteca, no perdía la Caja su condición de acreedora hipotecaria con la preferencia inherente a tal condición jurídica con respecto al sobrante de la subasta .... A los fiadores no les podía resultar indiferente que el Banco dejase de reclamar su preferencia derivada de la segunda hipoteca sobre el sobrante de la subasta, en cuanto que la misma significaba cantidad, ya no sólo para disminuir el importe del crédito garantizado, sino incluso, con relación a uno de los fiadores, pues conformaba un supuesto de extinción total de su garantía, al hallarse la misma limitada ....”.*

En cambio, el Tribunal Supremo, parece mantener una posición vacilante a la hora de decidir si el particular privilegio de carácter procesal, en que consiste la acción de carácter ejecutivo vinculada al crédito principal, puede o no ser englobada entre los “privilegios” determinantes de la liberación del fiador. En contra se pronunció la Sentencia de 22 de noviembre de 1916<sup>421</sup> al estimar que “.. *no puede prosperar a los efectos de casación la infracción del art. 1852 del citado Código, aducida para considerar que ha quedado libre de su obligación el fiador recurrente por no poderse subrogar en los derechos y privilegios del acreedor, en cuanto éste omitió levantar los oportunos protestos de los pagarés vencidos en su totalidad, por la falta de pago de alguno de ellos ... porque esa omisión podría afectar solamente a la forma procesal en que habría de reclamarse el pago, pero no a la acción y derecho para verificarlo...* “; distinta, en cambio, ha sido la solución dada en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 1989, ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo, en la que se desestima el recurso del fiador que invocaba la omisión del acreedor determinante de la falta del carácter ejecutivo de la acción como constitutiva de un perjuicio en su eventual subrogación, fundamentándola, no en la irrelevancia de este privilegio a los efectos del art. 1852 del Código civil, sino en razones de imputabilidad subjetiva, declarando que la “... *pérdida del carácter ejecutivo de la acción, como los fiadores pudieron exigir en su momento la presencia del Corredor en el acto de la firma, al no hacerlo, tal omisión no puede imputarse exclusivamente al acreedor, resultando baladí el que se diga que la presencia física del Corredor corresponde a una técnica jurídica tan específica que sería injusto exigirle su conocimiento a los deudores-fiadores, puesto que al estampar su firma daban por presente al Corredor de Comercio dando fe de la legitimidad de la firma y de su capacidad, luego fácilmente les era comprensible la necesidad de su presencia...*”; en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Ceuta, núm. 5/2006 (Sección 6ª), de 10 de enero, indica que “ ... *considerando tal argumentación, no es necesario extendernos sobre el hecho de que también pudieran quedar liberados los fiadores en virtud de lo dispuesto en el art. 1852 del CC cuando por algún hecho del acreedor no puedan quedar éstos subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios de aquél, teniendo en cuenta el hecho de que la propia actora reconoció haber extraviado el documento original de la póliza en cuestión, y éste conllevaba una acción*

---

<sup>421</sup> Citada por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 96.

*ejecutiva, que evidentemente habrían también perdido los fiadores que hubiesen pagado, al quedar subrogados en los derechos del acreedor y el carácter de privilegiada que tiene esa acción ejecutiva respecto de la ordinaria... ”*

No obstante estas posturas vacilantes, si puede llegar a defenderse que la pérdida de la acción privilegiada y sumaria inherente al crédito principal puede implicar la liberación del fiador, vía art. 1852 del Código civil, siempre que dicha pérdida fuese debida exclusivamente a la conducta del acreedor, sin intervención alguna por parte del fiador<sup>422</sup>. Lo que no debería, en cambio, ser dudoso es la exclusión del ámbito del citado precepto cuando se refiera a privilegios especiales conferidos por la ley a los órganos de la Administración, en su condición de acreedores de débitos públicos, ya que su abandono o renuncia por parte de la Administración acreedora sería un hecho irrelevante para el fiador debido a que por su propia intransmisibilidad no hubieran podido formar parte de la eventual subrogación; así, en el caso del art. 1923.1 (“.. *con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: 1º. los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que gravitan sobre ellos ...*”), como en el caso del art. 1924 del Código civil (“.. *con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia; 1º. los créditos a favor de la Provincia y del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el art. 1923, número 1º ...*”). En este sentido, SIMLER<sup>423</sup> afirma que “.. *en la medida en que la jurisprudencia considera que ciertos derechos, conferidos en particular a la Administración fiscal, no son susceptibles de beneficiar al fiador, por la razón de que constituyen prerrogativas especiales del poder público, es preciso concluir de ello que el abandono de los mismos derechos por la Administración acreedora no libera al fiador, puesto que, de todas formas, él no había podido beneficiarse de ellos, no sufriendo, por tanto, ningún perjuicio por el hecho de su deparación...*”.

La misma conclusión cabe defender con respecto al privilegio establecido en el art. 33 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, del Estatuto de lo Trabajadores

---

<sup>422</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 96.

<sup>423</sup> *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., nº. 63

(“... los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentra garantizado por prenda o hipoteca...”), ya que según el art. 33.4 del mismo cuerpo legal, la subrogación en el citado privilegio corresponde exclusivamente al Fondo de Garantía Salarial.

También la extensión objetiva del perjuicio de la subrogación, establecida en el art. 1852 del Código civil, utiliza, junto con las expresiones “.. hipotecas y privilegios”, la de “.. derechos..”; esta expresión también es utilizada en los textos civiles de nuestro entorno; así el art. 2037 del Code (“.... no puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios ...”), art. 1955 del Codice (“... no pueda tener efecto la subrogación del fiador en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y privilegios ...”) y en párrafo 776 BGB (“... abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca ... el derecho contra un cofiador ....”).

La mayor parte de los comentaristas franceses refieren el significado del término bajo la genérica expresión “derecho preferencial”; así, SIMLER<sup>424</sup> afirma que esta expresión es más amplia que la de “garantía” y MOULY<sup>425</sup> la define como “.. todo derecho susceptible de conferir a su titular una mayor facilidad en la percepción de su crédito..”.

En primer lugar, a fin de concretar la extensión y significado de la expresión “... derechos...” del acreedor contenida en el art. 1852 del Código civil, es procedente relacionar el citado artículo con el art. 1839 del mismo (“.. el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor ...”)<sup>426</sup>. De esta forma, el término “todos”, con el que el art. 1839 del Código civil refiere los “derechos” del acreedor susceptibles de integrar la subrogación del fiador, da a entender el máximo alcance objetivo del beneficio de la subrogación concedido al

<sup>424</sup> *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2037-2039, Fase J, nº. 63.

<sup>425</sup> *Les causes d’extinction du cautionnement*, París, 1979, nº. 411, p. 517.

<sup>426</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ BERDEJO, II, vol. 3º., 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 522 y 529; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, 2ª ed., Barcelona, 1982, p. 610 y 616.

fiador<sup>427</sup> y, en consecuencia, la correlativa amplitud de contenido que cabe atribuir a la expresión “.. *derechos..*” contenida en el art. 1852 del Código civil, cuya imposibilidad de subrogación implicaría la liberación del fiador.

No obstante, la propia amplitud objetiva e indeterminación jurídica de la expresión “.. *todos los derechos..*” contenida en el art. 1839.1 del Código civil, exige una mayor concreción de su verdadero significado y, en consecuencia, del término “.. *derechos..*” del art. 1852 del Código civil. Con esta finalidad, debería acudir al art. 1212 del Código civil (“.. *la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas..*”) y al art. 1528 del mismo cuerpo legal (“..*la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio..*”). En este sentido, una general remisión jurídica al art. 1212 del Código civil, a los fines de configurar la extensión del recurso de la subrogación, en cualquiera de los supuestos en que legalmente viene concedida, ha sido puesta de relieve por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de junio de 1969 (“.. *en todo caso los efectos de la subrogación son los señalados en el citado art. 1212, o sea, los de transferir al subrogado el crédito con los derechos en él anexos..*”), así como en la Sentencia del 26 de noviembre de 1984<sup>428</sup>; más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de febrero de 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo, indica que “... *conforme con lo dispuesto en el art. 1839 del Código civil, cuando a virtud de dicho artículo, esto es ministerio legis, por pago surge la subrogación, que no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, el que en razón al crédito se subroga es su sucesor, sin que, por tanto, a estos efectos se pueda hablar de nacimiento de un derecho como lo puede ser el derecho a ser indemnizado a lo que se refiere el art. 1838 del propio Código y que, éste sí, nace por efectos de dicho pago que nada tiene que ver con la subrogación, ello lo sanciona explícitamente el art. 1212 del meritado Código, cuando establece que la “subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”, sentido*

---

<sup>427</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 218.

<sup>428</sup> Sentencias citadas por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 99.

*que es bien patente al hablarnos de “transferencia” y no de creación o “nacimiento”*  
.... “ .

En este sentido, DIEZ PICAZO<sup>429</sup> delimita el contenido real de la subrogación legal o automática, prevista en sede de fianza en el art. 1839 del Código civil, al declarar que *“.. la subrogación, al convertir al fiador en adquirente o cesionario del crédito pagado, le atribuye algo que la simple acción de reembolso o de regreso no le da, como son las accesorias de que tal crédito estuviere revertido, en particular, los privilegios, preferencias y garantías de otro tipo de que el crédito pago dispusiera ... “*.

En consecuencia, se podría concluir, sobre el término “... *derechos* ... “ contenido en el art. 1852 del Código civil<sup>430</sup>:

1. Que procederá, por parte del fiador, invocar el perjuicio de subrogación, vía art. 1852 del Código civil, siempre que por algún “*hecho del acreedor*” no pueda quedar subrogado en todos los “*derechos*” de que gozaba el titular del crédito y que fueren susceptibles de serle transmitidos via subrogación por el pago (art. 1839 del Código civil).
2. Que, desde una consideración jurídica de alcance objetivo, dicha pluralidad de “*derechos*” del acreedor, cuya pérdida determina la extinción de la fianza, debe englobar, en su significación, tanto el propio derecho de crédito, como los restantes derechos a él anexos, entendiendo incluidos, entre estos últimos, todos los derechos accesorios del crédito principal; así, las demás garantías fideiusorias, hipotecas, prendas, y los diversos privilegios inherentes al propio crédito; como así parece desprenderse del art. 1528 del Código civil (“... *todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio..*”), para la cesión de crédito.
3. Que de una interpretación lógica y jurídica del alcance del término “*derechos*” contenido en el art. 1852 del Código civil, debería ser relevante, a

---

<sup>429</sup> *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 607.

<sup>430</sup> ALONSO SÁNCHEZ., B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 100.

los efectos de causar un perjuicio a la subrogación, no sólo los derechos que el acreedor tenía contra el deudor principal (art. 1839.1 del Código civil), sino también los derechos titulados por el acreedor contra terceros (art. 1212 del Código civil).

De esta forma, estos “*derechos*” con relevancia para poder ser objeto del perjuicio en la subrogación deberían ser, todos los “*derechos*” que sean susceptibles de integrar la subrogación por pago conferida “*ex lege*” al fiador, es decir, el crédito principal y todos los derechos a él anexos, a título de elementos accesorios del mismo, que refuerzan objetivamente la seguridad de su cumplimiento; así, garantías de cualquier índole y naturaleza prestadas por el deudor principal o por terceras personas, así como privilegios o preferencias de cobro del crédito principal.

La anterior conclusión, extraída del contenido de los preceptos analizados, deja entrever lo supérfluo de la referencia contenida en el art. 1852 del Código civil a las “... *hipotecas y privilegios*.. “ del acreedor, ya que tanto las hipotecas y privilegios mencionados en el precepto, como también el propio crédito principal, y otras distintas garantías, no aludidas explícitamente en el art. 1852 del Código civil, estarían englobadas bajo la genérica noción jurídica de “... *derechos*.. “ del acreedor<sup>431</sup> en la extensión interpretativa antes indicada.

En el Derecho comparado, en este mismo sentido, se encuentra el art. 653 del Código civil portugués de 1966 que, tomando conciencia el legislador de lo supérfluo de la formulación literal de los privilegios e hipotecas del acreedor consagrado en el art. 853 del anterior Código civil de 1857 y apartándose del criterio francés (art. 2037 del Code “... *no puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios* ... “), sanciona la extinción de la fianza en la medida en que los fiadores “.. *no pudieran quedar subrogados en los derechos que a éste competen* ...”. Al respecto, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA<sup>432</sup>, afirman que en la nueva configuración legal la excepción del perjuicio de la subrogación “.. *no se hace referencia especial a la subrogación en los*

---

<sup>431</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 101.

<sup>432</sup> *Código civil anotado*, vol. I, art. 1 a 761, ed., Coimbra, 1987, p. 671.

*privilegios e hipotecas del acreedor porque estas garantías, como accesorias, están incluidas en la referencia genérica que se hace a los derechos que a éste competen..”*.

A pesar de las anteriores conclusiones, todavía restan una serie de interrogantes en orden a la operatividad del beneficio de liberación del fiador. Así, ¿cabe otorgar alguna relevancia, a los efectos del art. 1852 del Código civil, a la fecha de constitución de las garantías perdidas por el acreedor?, la falta de constitución de las garantías por parte del acreedor ¿es causa determinante de los efectos del art. 1852 del Código civil?, o ¿pueden comprenderse dentro del mencionado precepto los supuestos en los que por un “*hecho del acreedor*” se altera la consistencia del patrimonio del deudor fiado?.

La aplicación de la sanción, contenida en el art. 1852 del Código civil, lleva al interrogante de si la carga que impone la norma al acreedor de velar por la conservación de la subrogación del fiador, va referida a todos los “*derechos, hipotecas y privilegios*” que hubieren sido o fuesen otorgados a favor del acreedor inherentes al crédito principal, con independencia de la fecha de su constitución formal respecto del momento en el que se constituyó la fianza, o si, por el contrario, sólo cabe reconocer relevancia jurídica, a los fines del art. 1852 del Código civil, a los actos del acreedor que implique la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” ya constituidos o cohetáneos al asumir el fiador su compromiso.

En el Derecho comparado la solución dada a la cuestión ha sido diversa. En el Derecho francés la mayoría de los autores se han decantado por estimar carente de toda significación, a los efectos del art. 2037 del Code, la pérdida o abandono por el acreedor de aquellas garantías adquiridas por el mismo con posterioridad a la asunción de la fianza<sup>433</sup>; así, un amplio sector de la doctrina, entre otros, PLANIOL /RIPERT<sup>434</sup>, MOULY<sup>435</sup>, COLIN / CAPITANT<sup>436</sup> y SIMLER<sup>437</sup>, considera, como principio general

---

<sup>433</sup> POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, t. II, Barcelona, 1878, n.º. 557, p. 219, ya señaló, en su momento, que los fiadores no podrían, en ningún caso, invocar la “*exceptio cedendarum actionum*” contra el acreedor que hubiera procedido a descargar a otros garantes del mismo crédito cuyo compromiso fueren posteriores al asumido por aquél, y ello, según su parecer, porque en el momento de contratarse la fianza no contaba el fiador con el recurso a la subrogación en esas otras garantías.

<sup>434</sup> *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2ª ed., París, 1954, n.º. 1559, p. 1005.

<sup>435</sup> *Les causes d’extinction du cautionnement*, París, 1979, n.º. 413, p. 519-520.

<sup>436</sup> *Curso elemental de Derecho civil*, t. V., 3ª ed., Madrid, 1982, p.44-45.

<sup>437</sup> *Cautionnement*, , en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., n.º. 86-89.

en la materia, que la excepción del perjuicio de subrogación no podrá ser opuesta más que por la desaparición de derechos o garantías cuya constitución hubiere sido anterior o, por lo menos, simultánea a la fianza; de esta forma, manifiestan dichos autores, que el fiador no puede excepcionar la pérdida o deterioro por el acreedor de las garantías prestadas con posterioridad a la constitución de la fianza. Fundamentan dicha postura en la idea de que la norma (art. 2037 del Code “.. *el fiador queda liberado cuando no puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor por hecho de éste ....*”) presume básicamente que el fiador ha suscrito su obligación *fideiusoria* en contemplación a las garantías existentes en la fecha de su compromiso y bajo la condición tácita de la subrogación en las mismas tras el pago; entendiéndose, en consecuencia, que las garantías nacidas con fecha posterior a la constitución de la fianza no han entrado en las previsiones del fiador, ni han sido determinantes de su compromiso, por lo que su desaparición no debería justificar el funcionamiento del beneficio de liberación del fiador.

No obstante, sí coincide parte de la doctrina que defiende la anterior tesis, a modo de excepción de la regla general, en que sí sería responsable el acreedor, en los términos del art. 2037 del Code, cuando las garantías abandonadas sean consecuencia, legal y necesaria, del contrato celebrado entre el acreedor y el deudor principal, incluso cuando su adquisición hubiere tenido lugar con posterioridad a la fecha de la celebración del contrato de fianza<sup>438</sup>; es decir, que el momento de la constitución de la garantía no sería relevante cuando dicha garantía represente alguno de los derechos que la ley vincula a ciertas situaciones contractuales; así, por ejemplo, el derecho de retención, la compensación o el derecho a la resolución del contrato principal.

También ha habido en la doctrina francesa un sector que ha mantenido una postura diferente. Así, BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL<sup>439</sup> y BETANT-ROBET<sup>440</sup>, sosteniendo que, es más acertado y ajustado a derecho, entender que el efecto extintivo de la fianza por causa del perjuicio en la subrogación del fiador se opera en el caso de

<sup>438</sup> COLIN / CAPITAN, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1987, p. 44-45; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, n.º. 413, p. 520; SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., n.º. 86-89.

<sup>439</sup> *Trattato teorico-practico do Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, Della fideiussione e della transazione*, Milano, n.º. 1179, p. 635-636.

<sup>440</sup> *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1974, n.º. 47-54, p. 328-331.

pérdida por el acreedor de cualquiera de los derechos, garantías y privilegios vinculados a la obligación fiada, con independencia del momento de su constitución real; en este sentido BETANT-ROBET<sup>441</sup> afirma que el art. 2037 del Code tiene por finalidad sancionar al acreedor que hubiere hecho imposible o ilusoria la subrogación del fiador en sus garantías, independientemente del momento o de las circunstancias en que las mismas se constituyeron.

Por su parte, en el Derecho italiano el tenor del art. 1955 del Codice (“... *la fianza se extingue cuando por hecho del acreedor no pueda tener efecto la subrogación del fiador en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y en los privilegios del acreedor...*”) mantiene dividida a la doctrina, encontrándose el peso de las distintas posturas más equilibrado que en el caso francés. Así, por un lado, entre otros, BOZZI<sup>442</sup> y FRAGALI<sup>443</sup> siguen el criterio de considerar que el deber jurídico del acreedor de no lesionar la subrogación del fiador contempla, exclusivamente, las garantías que estaban constituidas por el deudor al tiempo de la asunción de la fianza o constituidas contemporáneamente a ella, sin comprender, a los fines del art. 1955 del Codice, aquellas garantías concedidas sucesivamente; por otro lado, CORSI<sup>444</sup>, CAMPOGRANDE<sup>445</sup> y BO<sup>446</sup> son partidarios de estimar irrelevante la fecha de la adquisición formal de las garantías para que su desaparición por hecho del acreedor determine la extinción de la fianza por la vía de la excepción del perjuicio de subrogación conferida a los fiadores.

En la doctrina alemana y suiza, en cambio, esta cuestión no ha sido objeto de polémica; la razón estriba en que, en ambos ordenamientos, se preve expresamente que la excepción del perjuicio de la subrogación tendrá operatividad incluso si el derecho abandonado ha nacido después de la asunción de la fianza. Así, en el art. 776 del BGB se dispone que “... *si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito,*

---

<sup>441</sup> *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, n.º. 47-54, p. 328-331.

<sup>442</sup> *Trattato di Diritto privato*, XIII., t. V, Torino, 1985, p. 267.

<sup>443</sup> *Della Fideiussione, en Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 470.

<sup>444</sup> *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice Civile con i principi del Diritto Romano, con la doctrina e la giurisprudenza*, Catania, 1891, p. 142.

<sup>445</sup> *Trattato della fideiussione del diritto odierno*, Torino, 1902, p. 635.

<sup>446</sup> *Fideiussione, en Nuevo Digesto Italiano*, vol. V., Torino, 1938, p. 1129.

*una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un fiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el párrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza...”<sup>447</sup> o en el art. 503 del Código federal de obligaciones suizo cuando establece que “... cuando el acreedor disminuye con perjuicio del fiador los derechos ..... existentes en el momento del afianzamiento u obtenidos más tarde del deudor para la garantía especial de créditos ....”.*

En el seno del Derecho portugués, es común criterio en la doctrina la afirmación que “... queda suficientemente explícita la idea de que la previsión legal del art. 653 del actual Código portugués abarca tanto la pérdida de derechos anteriores a la fianza o contemporáneos a ella, como la de los derechos posteriores; solución que es la más justa y razonable ...”<sup>448</sup>.

Por su parte, en nuestra doctrina, DE BUEN<sup>449</sup>, haciéndose eco del planteamiento de COLIN / CAPITANT, sostiene que “.. los derechos, hipotecas y privilegios a que se refiere el art. 1852 del Código civil han de ser los que existan en el momento de celebrarse el contrato de fianza, con la salvedad de que tal regla será inaplicable cuando se trate de garantías que son la consecuencia legal, aunque solamente eventual, del contrato celebrado como le sucede al derecho de retención ... “. No obstante la anterior postura, es opinión generalizada en la doctrina<sup>450</sup> el estimar que la causa de extinción de la fianza prevista en el art. 1852 del Código civil comprende no sólo la pérdida de las garantías existentes en el momento de instituirse la fianza, sino también de aquellas que hubieran sido adquiridas por el acreedor con posterioridad a tal

---

<sup>447</sup> ENNECERUS / LEHMAN, *Tratato de Derecho civil*, II-1º y 2º, Barcelona, 1986, p. 836, afirma que “.. la regla del párrafo 776 no sólo rige cuando el derecho abandonado existiera ya al tiempo de constituirse la fianza, de modo que se empeore la primitiva situación jurídica del fiador, sino también si nació después de haberse asumido la fianza..”.

<sup>448</sup> PIRES LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. I, p. 671-672.

<sup>449</sup> Notas al *Curso elemental de Derecho civil de COLIN / CAPITANT*, t. V., Madrid, 1982, p. 62.

<sup>450</sup> PEREZ GONZALEZ / ALGUER, Traducción y Notas al *Tratato de Derecho civil* de ENNECERUS / LEHMAN, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1966, p. 839; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª ed., Madrid, 1973, op. 485; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 335; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. 1, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 619.

momento. En este sentido GUILARTE ZAPATERO<sup>451</sup> afirma que “.. *el art. 1839 faculta al fiador a la subrogación en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.... fórmula de tal amplitud que tampoco deja margen para la distinción en garantías anteriores y posteriores, ni para apreciaciones subjetivas sobre las motivaciones del fiador que le llevan a asumir la fianza...*”.

Por su parte, FINEZ RATON afirma<sup>452</sup> al respecto que el perjuicio de la subrogación en los “*derechos, hipotecas y garantías*”, referido en el art. 1852 del Código civil, debe quedar limitado a aquellas que ya estén constituidas; así, la facultad o posibilidad que tenga el acreedor de constituir nuevas garantías no cae bajo el ámbito de la sanción. No obstante, indica, queda excepcionada cuando la constitución de los “*derechos, hipotecas y garantías*” se deba a un deber legal o al cumplimiento de una obligación contractual, en cuyo caso sí sería de aplicación el art. 1852 del Código civil.

Se defiende, por los partidarios de la tesis de limitar la eficacia del art. 1852 del Código civil a los “*derechos, hipotecas y privilegios*” ya constituidos, que éstos fueron los tenidos en consideración por el fiador al constituirse la fianza, en vistas a su derecho de subrogación<sup>453</sup>.

También se argumenta, por otra parte de la doctrina, que el art. 1852 del Código civil sanciona el principio de la subrogación sin distinguir razón de tiempo de constitución; que el art. 1852 del Código civil, desde el lado positivo, implica un comportamiento del acreedor dirigido a permitir la subrogación del fiador en su idéntica situación, por todos los “*derechos, hipotecas y privilegios*” que tuviera contra el deudor<sup>454</sup>.

---

<sup>451</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén 1980, p. 335.

<sup>452</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, n.º. 614, enero-febrero 1993, p. 42 y 43.

<sup>453</sup> COLIN / CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. V., Madrid, 1987, p. 34; PLANIOL Y RIPERT, *Tratado práctico del Derecho civil francés*, t. XI. La Habana, 1946, p. 914, entre otros.

<sup>454</sup> CAMPOGRANDE, *Trattato Della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, p. 847; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Madrid, 1973, p. 485; PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, En ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, II-2º, Barcelona, 1966, p. 839; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 419-420.

En nuestro derecho, a la vista del tenor literal del art. 1852 del Código civil (“... *no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo...*”), la postura que parece más adecuada es la sostenida mayoritariamente por la doctrina española. En primer lugar, porque sostener el criterio de limitar temporalmente el ámbito de aplicación del precepto a las garantías anteriores o contemporáneas a la fecha de la constitución de la fianza, excluyendo las posteriores, introduciría una distinción que el art. 1852 del Código civil no hace, ni expresa ni implícitamente; interpretación que iría en contra de la máxima jurídica según la cual “*cuando la ley no distingue no se debe distinguir*”<sup>455</sup>. En segundo lugar, porque dicha limitación temporal no tiene en cuenta el principio de buena fe que inspira la ejecución de todo contrato (art. 1258 del Código civil “... *los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley ...*” y art. 57 del Código de Comercio “... *los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueran hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones ..*”), principio que obliga a los contratantes a no agravar la posición del otro, es decir, obligando al acreedor a no dejar perder las garantías susceptibles de aliviar las obligaciones del fiador un vez operada la subrogación. Finalmente el criterio de mantener la irrelevancia jurídica de la fecha de la constitución de la fianza a los efectos extintivos del art. 1852 del Código civil, parece ser la solución más ajustada a la estructura y esencia del negocio fideiusorio y que responde al mecanismo y contenido propios de la subrogación, de conformidad con los términos con que esta institución aparece dispuesta en el art. 1839 del Código civil (“... *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor ...*”) y el art. 1212 del mismo cuerpo legal (“... *la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos .....*”).

---

<sup>455</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 106

En cuanto a la jurisprudencia encontramos sentencias que no acogen esta última tesis, como la de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 783/2002 (Sección 4ª), de 31 diciembre en la que se matiza que el “.. *precepto invocado no resulta de aplicación al supuesto objeto de debate, que tal norma sólo impone al acreedor no alterar ni contribuir con su conducta a varias la relación existente entre débito y responsabilidad, tal como aparecía configurada ésta en el momento de constituirse la fianza y en relación al deudor principal, lo cual no absorbe el supuesto de traba sobre bienes de un cofiador solidario y que se ha hecho efectiva con posterioridad al referido momento de firma del aval, lo que escapa del espíritu del analizado precepto, no pudiendo en consecuencia prosperar ...*”; otras que plantean el problema sin dar una solución como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo indica que “ *... otra cosa es si lo que se quiere decir con la igualdad de posiciones en que queda acreedor y fiador frente al deudor es si el hecho perjudicial de la subrogación ha de ser posterior a la existencia de la fianza o tiene lugar en todo caso y con independencia de cuando se constituyen las garantías, lo que por la doctrina se debate, pero que no trasciende al caso de autos, porque, aquí, la garantía hipotecaria se acordó al tiempo de la constitución de la garantía de fianza y fue un acto posterior el que determinó la ineficacia del pacto de constitución...*”; y otras que parecen no limitar temporalmente el art. 1852 del Código civil, como la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 980/1993 (Sala de lo Civil), de 20 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres, cuando indica que “ *... .. el art. 1852, que requiere la existencia de algún hecho del acreedor que impida a los fiadores quedar subrogados en los derechos del acreedor ..*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, en el mismo sentido; Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 507/1996 /Sección 3ª), de 14 de octubre, indicando que “.. *prácticamente toda la doctrina pone de relieve que el art. 1852 del Código civil no es sino una consecuencia obligada del principio de subrogación del fiador en los derechos del acreedor, proclamado en el art. 1839 del Código civil ...*”.

Por otro lado, como regla general para que pueda hablarse de un perjuicio en la subrogación con eficacia extintiva del art. 1852 del Código civil, será preciso que los “*derechos, hipotecas y privilegios*” tengan una existencia cierta y precisa para el titular

del crédito<sup>456</sup>; en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil) de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, cuando indica que “ ... *ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio ...* ”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 577/2002 (Sala de lo Civil) de 14 de junio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan, indicando que “ ... *el derecho de opción no se pactó contractualmente con la condiciones necesarias para su acceso al Registro de la Propiedad, según el art. 14 del Reglamento Hipotecario, .... y en que por tanto no le era exigible al acreedor un plus de actividad orientada a lograr la inscripción ...* ”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (sección 2ª) de 27 de septiembre, al indicar que “ ... *ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio ...* ”. No obstante, esta regla general queda en entredicho en determinadas hipótesis en las que es, precisamente, la falta de constitución, real y efectiva, de las garantías el hecho que, imputado al acreedor, es comprendido dentro de la órbita de aplicación del art. 1852 del Código civil; así, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil) de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández, cuando indica que “ ... *tampoco contradice la decisión de la Audiencia la Jurisprudencia de esta Sala dictada en aplicación del art. 1852 ... como es de ver en la relación sintética siguiente: ... la de 1 de julio de 1988 aprecia la liberación del fiador por haber hecho dejación el acreedor del ejercicio del derecho de abstención en suspensión de pago que da lugar a la conversión en común de un crédito privilegiado....* ”

En estos casos, se parte del hecho de considerar que los actos omitidos por el acreedor, que determinan la ineficacia original de las garantías prestadas, son de la exclusiva incumbencia del acreedor, en cuyo favor aquéllas fueron concedidas y éste no ha procedido a cumplimentar debidamente los presupuestos o formalidades precisos a los que aparecía subordinada por ley la existencia, validez y eficacia jurídica de los derechos accesorios del crédito principal.

---

<sup>456</sup> En este sentido, MARTY-RAYNAUD / JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2ª ed., París, 1987, nº. 620, p. 418, afirma que una garantía no existe más que cuando está constituida formalmente, esto es en el momento de la entrega al acreedor de los bienes gravados, en caso de prenda, o cuando se proceder al otorgamiento e inscripción de la escritura pública pertinente, en caso, de hipoteca.

Respecto al encuadramiento de estas hipótesis concretas en el seno del art. 1852 del Código civil, GUILARTE ZAPATERO<sup>457</sup> entiende que, aún cuando el precepto parece contemplar la garantía específica de la obligación fiada ya constituida, también se extinguirá la fianza por “*hecho del acreedor*” si omite la conducta necesaria para que aquélla quede legalmente formalizada, como se había previsto, y, por tanto, no llega a constituirse válidamente; es decir, a pesar de que no puede imputarse, propiamente, al acreedor la pérdida o dejación de ningún “*derecho, hipoteca y privilegio*” vinculado al crédito principal, dado que las garantías no han llegado a ser constituidas formalmente con arreglo a la ley, sí puede considerarse al acreedor responsable, directo y exclusivo, del hecho que ha provocado su ineficacia jurídica.

Es decir, al lado de las actividades positivas del acreedor, estas conductas pasivas o de inacción del acreedor parece que también deberían entrar dentro de la órbita del art. 1852 del Código civil, y, en consecuencia, determinar la extinción de la fianza; omisiones que podrían ser consideradas como verdaderas cargas legales a los efectos de la constitución formal de los derechos contemplados en la ley y que, por lo tanto, se integrarían en el particular deber jurídico del acreedor de conservar la subrogación a que se refiere el art. 1852 del Código civil.

De esta forma, a modo de ejemplo, entre otros supuestos, parece que los fiadores podrán invocar el beneficio de la liberación del art. 1852 del Código civil cuando el acreedor omite:

1. Inscribir en el Registro de la Propiedad la escritura pública de hipoteca (art. 1875 del Código civil “... *además de los requisitos exigidos en el art. 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad ...*”) o cualquier otra garantía real prestada al mismo acreedor que se hallare sujeta por ley a la publicidad registral como presupuesto de su eficacia<sup>458</sup>. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª),

<sup>457</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 335.

<sup>458</sup> En este sentido, DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4ª ed., Madrid, 1984, p. 580; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 335-336.

de 26 de septiembre indica que “ ... se trata de una causa extintiva de la fianza, con la consiguiente consecuencia de la liberación de la deuda de los fiadores, por hechos propios del acreedor que implican un perjuicio de los fiadores, y tanto se deban a actos positivos como omisivos, excepto que obedezcan a caso fortuito. Hechos imputables al acreedor, tales como: omisión de una inscripción hipotecaria, dejar caducar la misma ... “.

2. Hacerse debido cargo de los bienes que, afectados a la seguridad del crédito, integrasen una garantía prendaria con desplazamiento de la posesión; es decir, no cuidar el acreedor de entrar en la posesión real de la cosa pignorada, determinando con ello su desaparición física o la propia ineficacia del gravamen real (art. 1863 del Código civil “.. además de los requisitos exigidos en el art. 1857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo...”). Así, parece que se estaría en la órbita del art. 1852 del Código civil, tanto el caso en el que el acreedor nada hubiera hecho para entrar en la posesión de los bienes pignorados, como en el caso de que no hubiere comprobado la efectiva entrega de la cosa pignorada al tercero depositario designado<sup>459</sup>.

3. Interponer la correspondiente demanda contra el deudor principal dentro del plazo marcado por la legislación procesal como presupuesto ineludible de la pervivencia efectiva para el acreedor de las medidas de aseguramiento preventivo que le hayan sido concedidas por decisión judicial. Así, en el art. 730.2 de la LEC se establece que se podrán solicitar medidas cautelares con anterioridad a la presentación de la demanda, quedando sin efecto las mismas si la demanda no se presenta, ante el mismo tribunal, en los 20 días siguientes a su adopción<sup>460</sup>

En consecuencia, parece que debería ser procedente la inclusión en el ámbito del art. 1852 del Código civil y, por lo tanto, los efectos extintivos de la fianza, tanto el supuesto de pérdida por el acreedor de las concretas garantías existentes, a las que,

---

<sup>459</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 109.

<sup>460</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 109.

como regla general, va referida el precepto sancionador, como la pérdida por el acreedor de la eficacia jurídica de determinados derechos o garantías a él otorgados pero no formalizados legalmente y que no han llegado a tener, por dicho motivo, existencia jurídica cierta; en ambos supuestos, parece que le era exigible al acreedor un preciso deber de obrar, provocando su negligencia o pasividad concretas consecuencias perjudiciales en el derecho a la subrogación del fiador.

En este sentido, es opinión unánime en el seno de la doctrina francesa<sup>461</sup> que el fiador puede válidamente oponer la excepción del perjuicio de subrogación, aunque no existan las garantías al tiempo de constitución de la fianza, si concurre alguna de las siguientes situaciones:

1. Cuando exista compromiso, expreso o tácito, por parte del acreedor, frente al fiador, de constituir alguna garantía futura para la seguridad del crédito principal; omitiéndolo el acreedor.
2. Cuando el fiador podía, normal o legítimamente, creer que el acreedor tomaría las garantías ligadas a la operación crediticia o aquellas vinculadas por ley al crédito, contanto con que el acreedor se comportaría como acreedor, normalmente, diligente; no teniendo dichas creencias subjetivas del fiador cumplido desarrollo por parte del acreedor.

Así, MARTY-RAYNAUD / JESTAZ<sup>462</sup> recogiendo la postura de la jurisprudencia francesa indica que “.. se contenta con una promesa de garantía e, incluso, con una esperanza de garantía, cuando las estipulaciones de contrato eran de naturaleza de crear en los fiadores la creencia legítima de que el crédito en el cual ellos se habrían de subrogar estaría provisto de una garantía .... “, así “..... la falta del acreedor consiste entonces no en tanto en dejar perecer los derechos o garantías consideradas,

---

<sup>461</sup> BEUDANT / LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de Droit civil française*, t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, por VOIRIN, 1948, n.º. 106 ; PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de Droit français*, t. XI, 2ª ed., por SAVATIER, París, 1954, n.º. 1559, p. 1005 ; BETANT-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1974, n.º 50-52, p 329-331 ; SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., n.º 90-95 ; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, n.º 413, p. 520 ; MARTY-RAYNAUD / JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2ª ed., París, 1987, n.º 620, p. 418-419..

<sup>462</sup> *Les sûretés. La publicité foncière*, 2ª ed., París, 1987, n.º. 620, p. 419.

*sino en no constituirlos..... “*, concluye indicando que *“... se descartará el juego del art. 2037 si el fiador no podría razonablemente contar con ninguna garantía futura en el momento en el que él se ha comprometido .... “*; justificando, de esta forma, el otorgar relevancia extintiva al hecho de quedar malogradas por *“hecho del acreedor”* las expectativas de los fiadores a quedar en su día subrogados en ciertos derechos y garantías futuros en cuya efectiva constitución confiaban al tiempo de la asunción de la fianza.

No obstante, en cuanto al mencionado primer supuesto anterior (*“.. cuando exista compromiso, expreso o tácito, por parte del acreedor frente al fiador de constituir alguna garantía futura para la seguridad del crédito principal, omitiéndolo el acreedor...”*), la inobservancia del mismo, por parte del acreedor, no debería permitir al fiador invocar la liberación del art. 1852 del Código civil. En este sentido, la carga que viene impuesta al acreedor en el art. 1852 del Código civil no conlleva ningún deber jurídico de adquirir nuevas garantías para la seguridad del crédito principal objeto del afianzamiento, sino que exclusivamente va referida al deber del acreedor de conservar las garantías o privilegios (*“.. no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas privilegios del mismo.. “*) que le hayan sido otorgados, a su favor, en cualquier momento de vigencia de la relación obligatoria principal; es decir, tanto de los derechos accesorios existentes al tiempo de consentimiento del fiador como de cualesquiera otros adquiridos por el titular del crédito con posterioridad a tal fecha.

De esta forma, este compromiso de formalización futura de las garantías complementarias tendrá un origen contractual, expresado en el contrato de fianza o deducido implícitamente de los términos del mismo, y, en consecuencia, al no tener, esta obligación de formalización de las garantías para el acreedor, un origen legal, no debería incluirse, su incumplimiento, dentro de ámbito del art. 1852 del Código civil, tal como es defendido por la doctrina francesa.

Así, la inobservancia por parte del acreedor de dicho compromiso contractual, que convirtió el contrato de fianza en un contrato sinalagmático, podría ser alegada por fiador para rechazar el pago, pero no por vía de excepción del perjuicio de la subrogación (art. 1852 del Código civil), como defiende la doctrina francesa, sino

haciendo valer contra el acreedor la acción de resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas (art. 1124 del Código civil “.. *la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe .. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicio y abono de interese en ambos casos...*”)<sup>463</sup>.

En cuanto al segundo supuesto apuntado por la doctrina francesa (“..... *cuando el fiador podía, normal o legítimamente, creer que el acreedor tomaría las garantías ligadas a la operación crediticia ....*”), se defiende el efecto extintivo en base a que los fiadores pudieron creer, en el momento de adoptar sus respectivas obligaciones fideiusorias, que el acreedor tomaría las garantías ligadas al crédito tal como era de esperar de un acreedor normalmente diligente. No obstante, no parece, en cambio, que en base al tenor del art. 1852 del Código civil, queden amparadas en dicho precepto las creencias o expectativas del fiador en la adopción o constitución, por parte del acreedor, de futuras garantías<sup>464</sup>; por ejemplo, el derecho a solicitar la mejora de embargo, a solicitar la anotación preventiva de embargo, a exigir la ampliación de la hipoteca con el fin de asegurar los intereses vencidos y no satisfechos (art. 115 de la Ley Hipotecaria “.. *para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme el artículo anterior el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados ...*”).

Es decir, el fiador podía creer, normalmente, en la futura adquisición o constitución real y efectiva por parte del acreedor de esas garantías previstas por la ley a favor del crédito, dado que, tal proceder jurídico, representa lo que se puede considerar actitud habitual de un acreedor normalmente diligente; por ejemplo, cabría calificar de conducta normal y diligente del acreedor la de solicitar la anotación preventiva de embargo de los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, a fin de evitar que otros acreedores pudieran tener preferencia para el cobro de sus créditos sobre los mismos bienes. No obstante, dichas conductas omisivas, aunque puedan tacharse de

<sup>463</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía regreso*, Madrid, 1993, p. 113.

<sup>464</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía regreso*, Madrid, 1993, p. 114.

actitudes contrarias a la práctica habitual de un acreedor normalmente diligente, no parece que pueden imputarse como infracción de la carga impuesta al acreedor en el art. 1852 del Código civil, entendida ésta como un deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia<sup>465</sup>. Es decir, que el deber de conducta, que se presume incumplido por parte del acreedor en el art. 1852 del Código civil, es el de observar una especial y particular diligencia en la gestión del crédito principal, como es la de velar por la conservación íntegra de las garantías que acompañaron a la obligación fiada, sin que parece que resulte justificado reemplazar dicha previsión por un principio mas amplio, según el cual el fiador se liberaría cuando la conducta del acreedor, por causa de cualquier negligencia, determinare que no pudiera el fiador conseguir pago alguno del deudor principal<sup>466</sup>. De esta forma en la Sentencia la del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, se indica que “ .. *no basta con decir que la entidad acreedora mediante el otorgamiento de la escritura referida impidió a los fiadores subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo, sin concretar cuál es el hecho que impide la subrogación y cuáles son los derechos o privilegios impedidos.... El art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación...* ”.

Si el fiador ha asumido su compromiso de garantía en la creencia de que el acreedor constituiría ciertas garantías, y éstas no se han formalizado, parece que el fiador podrá instar la liberación de la fianza, bien por la vía del error sufrido por su parte, cuando procediera, según la teoría general del error en el consentimiento como causa de nulidad de los contratos (art. 1265 “... *será nulo el consentimiento prestado por error .....*” y art. 1266 del Código civil “.. *para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principal hubiesen dado motivo a celebrarlo ....*”), o bien aduciendo frente al acreedor la actitud dolosa o de engaño por él mantenida que indujo al fiador a celebrar el contrato de fianza (art. 1265 “ ... *será nulo el consentimiento*

---

<sup>465</sup> En este sentido, FRAGALI, *Della Fideiussione, en Comentario del Codice civil*, (art. 1936-1959), Bologna / Roma, 1968, p. 467; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 328.

<sup>466</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 116.

*prestado por .... dolo ...*”, art. 1269 “... *hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho ...*”, y art. 1270 del Código civil “... *para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes ...* “); pero parece que dichas creencias subjetivas del fiador consistentes en que el acreedor procediera a tomar las garantías previstas por la ley, o cualesquiera otras, en ningún caso podrán ser alegadas por el fiador para pretender la liberación de la fianza vía art. 1852 del Código civil. Efectivamente, según parece desprenderse del tenor literal de dicho precepto, las motivaciones internas o subjetivas del fiador carecen de toda significación a los fines sancionadores del art. 1852 del Código civil, tanto para graduar el nivel de exigibilidad jurídica del deber de conducta del acreedor, como para determinar la extensión objetiva de los derechos o privilegios que el acreedor debe conservar a fin de no perjudicar la subrogación del fiador<sup>467</sup>. De esta forma, la extinción de la fianza aparece prevista, en el art. 1852 del Código civil, como una consecuencia jurídica, directa y exclusiva, de un evento objetivo cual es la imposibilidad de subrogación de los fiadores; y la extensión de los derechos del acreedor cuya pérdida justifica, en el criterio del art. 1852 del Código civil, la operatividad de la medida sancionadora no puede ser concretada atendiendo a las garantías o privilegios en los que el fiador esperaba ser subrogado, sino que su determinación exacta viene ofrecida en el art. 1839 del Código civil (“... *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor ...* “), no dejando dicha fórmula legal margen para apreciaciones subjetivas sobre las motivaciones del fiador que le llevaron a asumir la fianza<sup>468</sup>.

Por otro lado, el acreedor tiene, en virtud de lo establecido en el art. 1852 del Código civil, la carga de conservar, en beneficio del fiador, aquellas garantías específicas que acompañan a la obligación principal asegurando la efectividad de la misma; dicho deber jurídico del acreedor no alcanza a exigirle el velar por el mantenimiento de la genérica garantía ofrecida por el patrimonio de que fuere titular el deudor principal; así es

---

<sup>467</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 116.

<sup>468</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 117,

manifestado unánimemente por la doctrina<sup>469</sup>. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, indica que “ .. *el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación .. en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito. Ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni le compete al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor ...*”; en el mismo sentido, haciendo referencia a la anterior Sentencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª), de 27 de septiembre, entre otras.

Es decir, por imperativo del art. 1852 del Código civil, sólo las garantías, en sentido técnico y específico, como medidas de reforzamiento o incremento de la seguridad de un crédito, aparecen como susceptibles para producir el efecto extintivo contemplado en el precepto. La garantía o responsabilidad genérica patrimonial del deudor (art. 1911 del Código civil “.. *del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presente y futuros ...*”) representa una medida de aseguramiento colectiva para todos los acreedores, pero no un mecanismo específico de preferencia en el cobro de los respectivos créditos. En este sentido, MOULY<sup>470</sup> afirma que el acreedor afianzado no incurrirá en ninguna infracción de su deber de preservar la subrogación por el sólo hecho omisivo de dejar que el deudor modifique la consistencia de su patrimonio, desde el momento en que el acreedor no disponía de ningún poder particular para impedirlo.

De esta forma, se puede concluir que la garantía genérica del patrimonio del deudor (art. 1911 del Código civil) no está incluida dentro del ámbito objetivo de los derechos inherentes al crédito principal que el acreedor debe preservar en beneficio de la

---

<sup>469</sup> BOZZI, *Trattato di Diritto privato*, t. V, Torino, 1985, p. 267; FRAGALI, *Della Fideiussione, en Commentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, p. 1968, p. 469; SIMLER, *Cautionnement, en Juris Classeur civil*, art. 2037-2039, Fasc. J., n.º. 66-68; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, n.º 412, p. 517-518; BETANT-ROBET, *La décharge de la caution para application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit Civil, 1974, n.º 43, p. 326-327.

<sup>470</sup> *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, n.º. 412, p. 517-518.

subrogación de los fiadores; en consecuencia, el acreedor no está obligado a impedir que el deudor realice actos de disposición sobre los bienes de su propiedad<sup>471</sup>.

De esta manera, desde la perspectiva del art. 1852 del Código civil, las alteraciones o disminuciones en la entidad objetiva del patrimonio del deudor principal, aún siendo perjudicial para los intereses de los fiadores, no podrán ser alegadas por éstos aduciendo que el acreedor pudo haber evitado el perjuicio con el ejercicio de las correspondientes medidas conservativas (art. 1111 del Código civil “... *los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuando se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona* (acción subrogatoria); *pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho* (acción pauliana)...”). del patrimonio del deudor; en este sentido unánimemente por la doctrina<sup>472</sup>. Únicamente, en supuesto en el que el fiador, en el ejercicio del beneficio de excusión, hubiera designado derechos del deudor, podría llegar a entenderse que el acreedor estaba compelido a acción subrogatoria vía art. 1111 del Código civil; aún así, de proceder efectivamente en tal sentido, lo obtenido en el ejercicio por vía subrogatoria no quedaría afecto exclusivamente al crédito del acreedor instante, sino que beneficiaría también a los demás créditos de otros acreedores, ya que la ley no concede privilegio alguno a favor del que utiliza dicha acción subrogatoria<sup>473</sup>. No obstante, parece que en el caso de que el acreedor, una vez opuesto el beneficio de excusión por parte del fiador, omitiera ejercitar la acción subrogatoria, la sanción que procedería no vendría dada por la vía del art. 1852 del Código civil, sino que resultaría de la aplicación de lo establecido por el art. 1833 del Código civil (“.. *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 aquél descuido resulte ..*”).

<sup>471</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, 334.

<sup>472</sup> En este sentido, BOZZI, *Trattato di Diritto privato*, t. V., Torino, 1985, p. 267; SIMLER, *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J., n.º. 94; FRAGALI, *Delle fideiussione*, en *Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 469; ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 118, entre otros.

<sup>473</sup> CASTAN, *Derecho civil español común y foral*, t. III, 12.º ed., Madrid, 1978, p. 273.

Es decir, se podría concluir, que la pasividad o inactividad del acreedor en estos supuestos de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 del Código civil) no implica pérdida de ningún derecho o garantía susceptible de haber proporcionado al fiador una ventaja, particular y especial, en el momento de la subrogación; presupuesto general de la aplicabilidad del beneficio de liberación de la fianza del art. 1852 del Código civil<sup>474</sup>.

¿Cabe preconizar igual solución denegatoria de la operatividad del art. 1852 del Código civil cuando la situación patrimonial del deudor se modifica o agrava como consecuencia directa de personales conductas positivas y negligentes del acreedor afianzado?; al respecto, GUILARTE ZAPATERO<sup>475</sup> afirma que “.. *el acreedor no debe cooperar con sus actos a que se deteriore el patrimonio del principal obligado, expresión de su capacidad para responder...*”; no obstante, no ignora dicho autor, que este deber de cuidado y prevención, que pesa sobre el acreedor, debe de entenderse exigible jurídicamente en forma distinta según se atienda a las garantías específicas del crédito principal o a la genérica garantía representada por el patrimonio del deudor. Así, frente a las específicas garantías, que eventualmente acompañarán a la obligación fiada, el acreedor debe desplegar la conducta que fuere precisa, positiva o de omisión, tendente al mantenimiento de las mismas; por el contrario, respecto de la genérica capacidad del deudor para responder, representada por las posibilidades que su patrimonio brinda para satisfacer el reintegro del fiador, el acreedor debe limitarse a no realizar actos que contribuyan a disminuir aquélla, pero sin tener que desenvolver actividad alguna tendente a su conservación. Es decir, señala el citado autor, el alcance práctico de tales afirmaciones indicando que la extinción de la fianza, vía art. 1852 del Código civil, debe producirse también cuando, con intervención del acreedor, tiene lugar la pérdida o desaparición de bienes o elementos del patrimonio del deudor que configuraban su activo y capacidad para responder y, consecuentemente, ésta desaparece, ello con independencia de la entidad económica del patrimonio del deudor en el momento de la constitución de la fianza, es decir, que el acreedor no podrá oponer, a la aplicación de los efectos extintivos del art. 1852 del Código civil, que el vacío patrimonial, que ha contribuido a producir con su intervención, no ha representado una

---

<sup>474</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 120.

<sup>475</sup> *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 334.

alteración de la responsabilidad del deudor respecto del momento en que se asumió la fianza, resultando suficiente, para la extinción de la fianza, con que el acreedor colabore a que los bienes que integraron en el patrimonio salgan de éste, siendo irrelevantes otras circunstancias<sup>476</sup>.

Esta tesis, defendida por GUILARTE ZAPATERO, se aparta del común parecer sustentado por la doctrina francesa sobre el contenido del art. 2037 del Code (“... *el fiador queda liberado cuando no puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor por hecho de éste. Toda cláusula contraria se estima no escrita..*”). Así, SIMLER<sup>477</sup> pone de manifiesto que la degradación en la entidad económica o material del patrimonio, aún cuando fuere imputable a la actitud negligente del acreedor, no permitirá al fiador invocar la liberación prevista en el art. 2037 del Code. Argumenta, el citado autor, que la situación de impotencia patrimonial del deudor fiado provocada por el acreedor, ha podido hacer ineficaces los recursos del fiador contra el deudor, pero estos recursos son derechos que pertenecen propiamente al fiador y no derechos susceptibles de llegarle por vía de subrogación, por lo que su ineficacia no puede desencadenar el beneficio de liberación. No obstante, continúa indicando el citado autor, que ello no significa que el acreedor pueda impunemente provocar o agravar la insolvencia del deudor principal, puesto que, de proceder así, nacería en el fiador el derecho a reclamar daños e intereses. Por su parte, BETANT-ROBET<sup>478</sup>, defendiendo idéntica solución, apunta, a modo de ejemplo, una concreta decisión de los tribunales franceses que, siguiendo el criterio unánime de la Corte de Casación, declaró que “.. *las transformaciones, realizaciones y liquidaciones hechas por el nuevo director de varias sociedades con autorización de la Banca crediticia, no pueden ser invocadas por el antiguo director, que se había ofrecido como fiador de los compromisos suscritos por estas sociedades ....*”.

Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 2 de octubre de 1942<sup>479</sup> parece haber seguido idénticas directrices a las establecidas por la tesis de GUILARTE

<sup>476</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t., XXIII, Jaén, 1980, p. 336.

<sup>477</sup> *Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2037-2039, Fasc. J., nº. 66 y 84.

<sup>478</sup> *La décharge de la caution para application de l'article 2037*, *Revue trimestrielle de Droit civile*, 1974, nº 44, p. 327.

<sup>479</sup> Sentencia citada por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 122.

ZAPATERO; así, declara la citada Sentencia la extinción de la obligación fideiusoria por virtud de un “*hecho del acreedor*”, personal, directo y positivo, determinante de la disminución objetiva experimentada en la genérica capacidad patrimonial del deudor que, a juicio del Tribunal Supremo, cabe estimar perjudicial para el eventual reintegro o derecho de regreso de los fiadores, indicando que “... *conforme los litigantes en que Transportes C (deudor principal) se constituyó en estado de liquidación en un momento en que contaba con activo ... que también existía como pasivo la deuda contraída con el demandante (acreedor afianzado).. Con olvido notorio de esta pauta elemental de liquidación, aconteció un hecho anormal ... y este hecho se traduce en que la actuación única que aparece realizada en el período de liquidación consistió en traspasar el activo de la Sociedad a una entidad anónima, percibiendo los socios de Transportes C. la suma en que fue tasado mediante acciones de la entidad nueva, entregadas por ésta sin reembolso alguno, lo que se llevó a efecto con la cooperación del acreedor demandante.. Dicho traspaso no reviste los caracteres de una verdadera fusión de sociedades en sentido jurídico, ni, por tanto, se ha debido prescindir del proceso de liquidación, ya que no consta que hubiere meditado acuerdo de fusión, ni la entidad fusionante se hizo cargo del pasivo de la fusionada, por lo que el traspaso más bien tiene la mera significación de acto traslativo de dominio de unos bienes por precio pericialmente fijado y pagadero en acciones de la nueva Sociedad; ... por el aludido traspaso de la Sociedad se quedó sin unos bienes que debieron ser destinados, preferentemente, al pago de la deuda, con la consiguiente liberación de los fiadores imposibilitados ahora para ejercitar el beneficio de excusión y para subrogarse en el derecho de perseguir directamente aquellos bienes. Así se llega a la situación procesal de este pleito, en el que resalta la sinrazón de pretender que los dos fiadores, aún habiendo sido socios de Transportes C., pechen íntegramente con esa deuda, que debió ser satisfecha con los bienes indebidamente repartidos entre todos los socios, cuando lo procedente es declararles exentos de responsabilidad como tales fiadores, no tanto por la negligencia que sanciona el art. 1833 Cc, al no impedir el acreedor demandante el reparto prematuro de los bienes sociales, como porque, dada la cooperación del actor en el traspaso del activo a la nueva Sociedad, es de aplicación ineludible al caso de autos lo dispuesto en el art. 1852, que declara para estos supuestos la liberación de los fiadores..... ; es decir, basa la sentencia la aplicación al supuesto del efecto extintivo del art. 1852 del Código civil en la circunstancia de haber participado el acreedor en las*

actuaciones concretas que dieron origen a la desaparición de los bienes que configuraban el activo patrimonial del deudor, alterando, así, con su personal comportamiento positivo, la genérica capacidad del propio deudor principal para responder frente al fiador de la satisfacción del derecho de reembolso que a éste correspondería tras su eventual pago.

Tales conductas, negligentes y de carácter positivo, desenvueltas por el acreedor, al originar la alteración o disminución de la genérica capacidad del deudor para responder del cumplimiento de la obligación principal, representarían el hecho perjudicial determinante de la privación en el fiador de la posibilidad real que el patrimonio del deudor le hubiera podido ofrecer en vía de regreso de no haber observado el acreedor dicha actitud negligente; es decir, con su actuación positiva el acreedor origina un perjuicio cierto en el derecho del fiador a recobrar del deudor lo que por éste pagare, incidiendo negativamente el acreedor en la relación que vincula al deudor con el garante para recuperar lo pagado. Estos resultados, consecuencia del obrar negligente del acreedor, son los que el art. 1852 del Código civil trata de evitar, atribuyendo eficacia extintiva a aquellos actos del acreedor que se manifiesten contrarios a la nota de indemnidad del fiador, manifiestada, fundamentalmente, en los derechos de reembolso y subrogación, y que es fundamento del beneficio de liberación de la fianza contenido en el art. 1852 del Código civil; indemnidad del fiador que aparece referida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 507/1996 (Sección 3ª) de 14 de octubre, cuando indica que “ *... prácticamente toda la doctrina pone de relieve que el art. 1852 del Código civil no es sino una consecuencia obligada del principio de subrogación del fiador en los derechos del acreedor, proclamado en el art. 1839 del Código civil y dichos dos preceptos lo que tratan es de evitar que, por cualquier medio, como puede ser el acuerdo entre el acreedor y deudor, se perjudique al fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena, sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado...* ”.

Para sostener la tesis de GUILARTE ZAPATERO, además de los anteriores argumentos y del contenido de la anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1942, también se pueden esgrimir otras razones jurídicas, como pueden ser que las particulares condiciones patrimoniales o de solvencia económica del deudor son,

generalmente, tenidas en cuenta por el fiador a la hora de decidir la asunción del compromiso de la fianza. Así, el fiador, asume su compromiso en la confianza que la situación patrimonial del deudor no sufrirá ningún cambio radical, no obstante, actuar el fiador como asegurador, frente al acreedor, de la insolvencia que pudiera sobrevenir al deudor principal; pero, ello siempre que los cambios o alteraciones sustanciales en el patrimonio del deudor no hayan sido propiciados por la actitud negligente o dolosa del propio acreedor afianzado.

FRAGALI<sup>480</sup> incluye dentro de esta hipótesis, el supuesto en el que el acreedor renuncia expresamente al juicio entablado contra el deudor, desistiendo del mismo sin renunciar al derecho de crédito, provocándose, con posterioridad, una sobrevenida insolvencia patrimonial del deudor. No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 256/2003 (Sección 2ª), de 27 de septiembre indicó que “ .. *una segunda queja ... atiende a la infracción, por inaplicación, del art. 1852 CC. Se aduce que la tardanza en reclamar ha perjudicado sus derechos al haber desaparecido la deudora principal y haberse perjudicado las acciones ejecutivas dimanantes de los documentos aportados al banco al tiempo de solicitar los anticipos. ... Sabemos que la razón de tal disposición legal proviene de la necesaria protección que debe dispensarse al fiador, pues aunque éste lo que hace es interceder en una obligación ajena, lo hace en virtud de una relación jurídica en la que también es elemento constitutivo su derecho de reintegro y subrogación, de modo que la lesión del derecho del fiador a la subrogación operaría un cambio en las condiciones de la obligación garantizada, en razón de lo cual tiene el acreedor la carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de efectos.... El art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo o negativo consistentes en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito. Ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni le compete al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor. Pues bien, en el caso presente, ni estaba obligado a prever el acreedor que la sociedad deudora iba a desaparecer de facto de la realidad jurídica ni podemos saber en este momento que carezca de patrimonio realizable..... “.*

---

<sup>480</sup> Delle fideiussione, en *Comentario del Codice civile*, (art. 1936.-1959), Bologna / Roma, 1968, p. 473.

Es decir, parece que el acreedor no está obligado a ejercitar acciones judiciales contra el deudor dentro de ningún plazo especial dentro del genérico de prescripción<sup>481</sup>, pero una vez instado el procedimiento judicial contra el deudor en reclamación de la deuda afianzada, el acreedor tendrá el deber de continuar su tramitación con diligencia hasta su conclusión. Si, por provecho propio, decide apartarse del juicio iniciado, existiendo posibilidades de haber obtenido a través del mismo la satisfacción de su crédito, parece que debería ser responsable de la situación de impotencia patrimonial que con posterioridad presente el deudor y, en consecuencia, aplicable el art. 1852 del Código civil. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), de 8 de marzo, indica que “ ... *la doctrina científica explica que la conducta del acreedor que este artículo recoge, dirigida a conservar las garantías existentes, distintas de la fianza, tiene una significación netamente jurídica, dirigida a que mediando la subrogación del fiador en la posición del acreedor mediante el pago (art. 1839 del CC) pueda este ejercitar las facultades propias del titular de la garantía, pero sin exigencia alguna respecto del resultado económico positivo de su ejercicio ...*”; más clara es la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, al indicar que “ ... *la sentencia apelada, compartiendo la tesis de la demanda, achaca a la Caja de Ahorros su pasividad, al no hacer valer la garantía que supone la segunda hipoteca del inmueble propiedad de la deudora principal, permitiendo con ello que el sobrante obtenido de ... de la ejecución de la primera hipoteca, promovida por la misma entidad apelante, en su condición de acreedora hipotecaria, fuera remitida y satisfecha como embargo del sobrante al juicio ejecutivo ... , promovido por ..... , titular de una simple anotación preventiva de embargo ... con posterioridad a la segunda hipoteca que garantizaba el crédito afianzado objeto del presente proceso ....*

No obstante, sobre la inclusión de la garantía patrimonial universal del deudor (art. 1911 del Código civil) en el objeto de protección del art. 1852 Código civil, FINEZ RATÓN

---

<sup>481</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 124.

afirma<sup>482</sup> que, de los términos amplios del citado precepto (“.. *derechos, hipotecas y privilegios...*”), hay que entender que se refiere a todas aquellas situaciones en la que el acreedor esté especial o preferentemente favorecido para el cobro de su crédito respecto del patrimonio del deudor; no se ciñe el mencionado precepto a casos especiales, como ocurre en el párrafo 776 BGB (“.. *si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador...*”). Ahora bien, también indica que el que art. 1852 del Código civil deba considerarse con amplitud no quiere decir que su ámbito de aplicación deba extenderse a la estimación de una prenda general sobre el patrimonio del deudor a favor del acreedor, sino que se exige, en todo caso, un específico “*derecho, garantía y privilegio*” que acompañe al crédito; esta idea parece deducirse del tenor literal del precepto al indicar que el “*hecho del acreedor*” que determina la liberación del fiador debe quedar circunscrito a aquél que impida la subrogación. En consecuencia, debería excluirse del ámbito de aplicación del art. 1852 del Código civil los hechos del acreedor que hayan podido influir en una disminución patrimonial del deudor. Esta tesis es sostenida por FINEZ RATÓN a pesar de la postura más amplia defendida por GUILARTE ZAPATERO (“... *respecto de la genérica capacidad del deudor para responder, representada por la posibilidades que su patrimonio brinda para satisfacer el reintegro del fiador, el acreedor debe limitarse a no realizar actos que contribuyan a disminuir aquélla, pero sin tener que desenvolver actividad alguna tendente a su conservación...*”). Es cierto, menciona el citado autor, que la anterior postura de GUILARTE ZAPATERO parece tener apoyo en el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de octubre de 1942 (... “ *préstamo a una sociedad, con fianza, que posteriormente entra en período de liquidación. Se traspasa todo el activo a una nueva sociedad pagando a los antiguos socios con acciones de la nueva. Falla el Tribunal Supremo la liberación de la fianza ya que la sociedad deudora se quedó sin activos que debieron ser destinados preferentemente al pago de la deuda, quedando imposibilitados los fiadores de subrogación...* “), es decir, incluyendo dentro del ámbito del art. 1852 del Código civil los supuestos de merma de la capacidad patrimonial del deudor que traigan como causa directa una conducta positiva del acreedor, no obstante, afirma, que no se puede deducir de su fallo que el art. 1852 del Código civil se aplique,

---

<sup>482</sup> En este sentido, FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, nº. 614, enero-febrero 1993, p. 37 y sts.

sin más, a los supuestos en los que el acreedor coopera en la pérdida de la capacidad patrimonial del deudor. En defensa de dicha tesis argumenta que, si el Gerente de la sociedad liquidada, que resulta ser el acreedor-prestamista, vende los bienes sociales a tercera sociedad, destinando su producto al pago (en acciones) a los antiguos socios y no reservando activo para cubrir las deudas, es decir su propio crédito, parece deducirse, por hechos concluyentes, la renuncia a su derecho de crédito, y, en este sentido, se justifica en la sentencia, la aplicación del art. 1852 del Código civil en cuanto el propio acreedor renuncia al crédito contra la sociedad. Es decir, existe un “*hecho del acreedor*” que determina la pérdida del derecho (crédito) y la imposibilidad de subrogación del fiador en el mismo, determinando, en consecuencia, la liberación de la fianza.

Para explicar la anterior tesis se acude al concepto, “el derecho al reintegro”<sup>483</sup>. Así, indica que el fiador que paga está protegido a través de dos acciones, la acción de reembolso (art. 1838 del Código civil) y la acción subrogatoria (art. 1839 del Código civil); dichas acciones no son dos acciones separadas sino que se admite su carácter complementario y de recíproca concurrencia<sup>484</sup>. En este sentido, argumenta FINEZ RATÓN, que el art. 1852 del Código civil representea una tutela específica y determinada al derecho de subrogación del fiador y no, en general, del derecho de reembolso; ¿que sentido tendría, en otro caso, la liberación del fiador cuando el acreedor cancela la hipoteca en garantía de la obligación principal, aun existiendo bienes suficientes en el patrimonio del deudor para satisfacer el derecho de reintegro?. Si no se entenderá así, sería como admitir sometido todo el patrimonio del deudor a una prenda general “*strictu sensu*”.

Se defiende, que la subrogación conviene en cuanto el “*derecho, hipoteca o privilegio*” concede al acreedor / fiador una situación de ventaja o mayor facilidad para el cobro; así, el “*hecho del acreedor*” ha impedir que se coloque al fiador en esta situación de ventaja. Cuando, sin impedir la subrogación, el “*hecho del acreedor*” contribuye a disminuir el patrimonio del deudor, la situación que se genera es otra. Estos supuestos podrían encajar en la estructura de fraude de acreedores y, por lo tanto, la vía de

<sup>483</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, nº. 614, enero-febrero 1993, p. 40.

<sup>484</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p.265-268.

protección del fiador, no sería la del art. 1852 del Código civil, sino el ejercicio de las correspondientes acciones pauliana o subrogatoria (art. 1111 del Código civil)<sup>485</sup>.

Otro supuesto en la aplicación del art. 1852 del Código civil consiste en el caso de fianzas por deudas futuras, hecho que permite el art. 1825 del Código civil (“... *fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida ...*”). Así, cuando el fiador acepta asumir un compromiso de fianza por créditos que han de concederse en un futuro, parte del conocimiento de la situación patrimonial actual en la que se encuentra el deudor, confiando el fiador que el acreedor adoptará la decisión de conceder o no realmente esos créditos futuros según pautas de normal prudencia y diligencia y, en consecuencia, denegará su concesión si la situación económica del deudor hubiere sufrido con posterioridad un deterioro esencial, respecto al existente en el momento de contratar la fianza, que haga previsible la incapacidad del deudor de hacerse cargo de su deuda.

En este supuesto, parece defendible la aplicabilidad del art. 1852 del Código civil, si el acreedor formalizó la concesión del crédito futuro, objeto de afianzamiento, consciente de haberse operado una merma de cierta entidad en las condiciones patrimoniales del deudor, con respecto a las existentes en el momento del formalizar el contrato de fianza, y que sean susceptibles de poner en peligro la efectividad del eventual derecho del fiador a ser reembolsado por el deudor de lo satisfecho al acreedor en virtud de la fianza<sup>486</sup>. De esta forma, se consideraría, por lo tanto, que el acreedor habría abusado, en perjuicio del fiador, de su derecho de garantía, tanto si actuara de una forma imprudente o maliciosamente, al formalizar las operaciones de crédito, previstas inicialmente en el contrato de fianza, concurriendo circunstancias de riesgo previsible para los intereses del fiador, siendo subsumible dicha actuación del acreedor en el supuesto del art. 1852 del Código civil al responder a su fundamento y finalidad. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 134/2003 (Sección 7ª), de 28 de febrero, indica que “ .. *de otro lado como señala la STS de 8-5-02*

---

<sup>485</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica del Derecho inmobiliario, nº. 614, enero-febrero 1993, p. 40.

<sup>486</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 125.

*el art. 1852, en relación con el art. 1830, ambos del Código civil, tratan de evitar que por cualquier medio como puede ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique al fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado .... “.*

En este sentido, en el Derecho comparado el art. 1956 del Códice (*Liberazione del fideiussore per obbligazione future*), establece que “ .....el fiador por una obligación futura queda liberado si el acreedor, sin especial autorización del fiador, ha concedido crédito al tercero aún conociendo que las condiciones patrimoniales de éste habían llegado a ser tales que hacían notablemente más difícil la satisfacción del crédito ...”; es decir, dando a entender que en el caso de fianza prestada en garantía de obligaciones futuras, pesa sobre el acreedor la carga de cerciorarse de la solvencia patrimonial del deudor antes de proceder a conceder el crédito<sup>487</sup>.

También pueden existir problemas con relación a la aplicación de los efectos extintivos del art. 1852 del Código civil con respecto a “*derechos, hipotecas y privilegios*” específicos; a modo de ejemplo, se pueden enunciar los siguientes supuestos:

1. Así, en el caso de renuncia, por parte del acreedor, a una fianza anterior que garantice la misma deuda y/o la liberación de uno de los cofiadores. La solución en estos supuestos parece que debería ser la liberación, total o parcial, del fiador<sup>488</sup>. En el primer supuesto (“renuncia a una fianza anterior que garantice la misma deuda”), dicha fianza renunciada es una garantía más del segundo fiador y, en caso de pago por éste al acreedor, vía subrogación, sería beneficiario de la misma; es evidente, en este caso, el perjuicio que se causa a la subrogación del fiador. En cuanto al segundo supuesto (“liberación de un cofiador”) parece que sería procedente la aplicación del art. 1850 del Código civil (“... *la liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado ... “*), que contempla, expresamente, la liberación parcial de los restantes

<sup>487</sup> En este sentido, FRAGALI, *Della Fideiussione, en Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 477.

<sup>488</sup> En este sentido, FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero 1993, p. 44.

cofiadores; ello con independencia del problema del “*quantum*” de la liberación<sup>489</sup>.

2. También en cuanto al supuesto relativo a la solidaridad pasiva. En este sentido, se pueden diferenciar dos hipótesis; una, la imposibilidad de subrogación por hecho propio del acreedor en los “*derechos, hipotecas y privilegios*” de éste frente alguno o algunos de los codeudores solidarios (por ejemplo uno de ellos garantiza la obligación con hipoteca) y, otra, la liberación hecha por el acreedor de un codeudor solidario. En cuanto al primer supuesto (“imposibilidad de subrogación por hecho propio del acreedor en los “*derechos, hipotecas y privilegios*” de éste frente alguno o algunos de los codeudores solidarios”) se puede dar el caso que el fiador garantiza a todos los deudores solidarios o bien sólo a alguno de ellos. Cuando garantiza a todos los deudores solidarios es evidente el perjuicio a la subrogación (por ejemplo liberación del bien dado en prenda al deudor que la prestó), siendo, en este caso, de aplicación el art. 1852 del Código civil<sup>490</sup>. En el supuesto en que sólo se afiance a uno de los coobligados solidarios, sólo debería caer bajo el ámbito del art. 1852 del Código civil el perjuicio en la subrogación correspondiente a la relación entre el acreedor y el particular codeudor<sup>491</sup>; es decir, la subrogación, en este caso, se ciñe a los “*derechos, hipotecas y garantías*” del acreedor contra el particular coobligado. En consecuencia, el perjuicio en la subrogación causado por el acreedor en los derechos y garantías que tenga contra el coobligado, no afianzado, no entraría dentro del ámbito del art. 1852 del Código civil; así, admitiendo que el fiador que paga se subroga en la posición del acreedor y, por lo tanto, se extiende a las acciones contra los restantes coobligados, esto ocurre, no vía art. 1839 del Código civil, previsto para el fiador que paga por el garantizado, sino por general del art. 1210 del Código civil (“... se presumirá que hay subrogación: 3º cuando pague el que tenga interés en el

---

<sup>489</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 390.-392, la doctrina mayoritaria afirma que la interpretación correcta consiste en entender que el “*quantum*” por la totalidad de la cuota que correspondería al particular fiador.

<sup>490</sup> En este sentido, FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 45.

<sup>491</sup> En este sentido, FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 45

*cumplimiento de la obligación ...*). En cuanto al segundo supuesto (“liberación hecha por el acreedor de un codeudor solidario”) hay que distinguir, también, según que la fianza garantice a todos o a alguno de los fiadores. Cuando se afianza a todos, la liberación por el acreedor de uno de los deudores, supone la aplicación del art. 1852 del Código civil<sup>492</sup>; es decir, por “*hecho del acreedor*” se lesiona el derecho de subrogación del fiador, ya que impide la acción que el fiador tendría contra el codeudor liberado. Si el fiador garantiza sólo a uno de ellos, la liberación concedida a uno de los coobligados no afianzado no debería suponer la liberación del art. 1852 del Código civil<sup>493</sup>; la razón también estriba en que la subrogación del fiador contra el resto de coobligados no afianzados lo será en virtud del art. 1210 del Código civil y no del art. 1839 del Código civil.

Así, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña núm. 539/2006 (Sección 4ª), de 15 de diciembre, establece que “ *... el art. 1852 del CC es una consecuencia del régimen legal de subrogación del fiador, como consecuencia del pago, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor principal, que proclama el art. 1839 de dicho texto legal. Y si esta es una manifestación del régimen jurídico de la fianza, la efectividad de la misma se garantiza a través de la sanción jurídica de la liberación de sus obligaciones por parte de los fiadores, si tal subrogación no es factible por hecho imputable al acreedor...* ”.

3. En cuanto al perjuicio de la subrogación del fiador de las acciones cambiarias del acreedor cambiario.

En principio, en el supuesto de aval prestado en la letra de cambio, cuando la inefectividad de la subrogación afecta a otros derechos y garantías de su crédito,

---

<sup>492</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, nº. 614, enero-febrero 1993, p. 46.

<sup>493</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, nº. 614, enero-febrero 1993, p. 46.

(por ejemplo hipoteca garantizando la letra de cambio) no parece plantear problemas la aplicación del art. 1852 del Código civil<sup>494</sup>.

Ahora bien, la postura que se sostenga sobre el problema viene condicionada por la postura que se defiende sobre de si tras el pago, por parte del fiador, se subroga éste en las acciones cambiarias del acreedor cambiario. En este aspecto la doctrina se encuentra dividida; por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 11 de junio de 1984, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno, indica que “... *el actor, hoy recurrente, aunque es poseedor físico de la letra no es el titular cambiario de ella al no haberla adquirido por endoso, ni haberla hecho efectiva como obligado cambiario, sino en virtud de un contrato de afianzamiento anterior a su libramiento .... por lo que no puede ejercitar las acciones cambiarias contra el aceptante de la letra ...*”; igual criterio es compartido por GUILARTE ZAPATERO<sup>495</sup>; sin embargo hay parte de la doctrina que defiende la posición contraria<sup>496</sup>.

Se defiende, que no hay argumentos, ni de derecho cambiario ni de derecho civil, para excluir la subrogación del fiador en los derechos cambiarios. A pesar de que el medio específico de circulación de la letra de cambio sea el endoso, ello no quiere decir que haya otros medios de transmisión de la titularidad cambiaria. En apoyo de esta postura se argumenta que esta transmisión de la titularidad cambiaria debería seguir el mismo principio de la “libre transmisión de los derechos de crédito” (art. 1112 del Código civil “.. *todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario ....*”), y también la amplitud con la que es tratada la subrogación a favor del fiador (art. 1839 del Código civil “... *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor ...*”). Así, no debería ser impedimento que el fiador se coloque, vía subrogación, en la misma posición que el acreedor cambiario; las únicas excepciones a la

---

<sup>494</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, nº. 614, enero-febrero 1993, p. 45.

<sup>495</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 270.

<sup>496</sup> Por todos, GALÁN CÓRONA, *Comentario a la Sentencia de 11 de junio de 1984*, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-diciembre 1984, nº. 6, p. 1827 y sts; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, *El aval cambiario*, Derecho cambiario Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque, Madrid, 1986, p. 600.

subrogación serían las procedentes de estar en presencia de derechos personalísimos e intransmisibles. En consecuencia, se concluye, que no hay nada que autorice a limitar la subrogación del fiador de la letra de cambio, y, en consecuencia, a poder ejercitar las acciones cambiarias del acreedor subrogado siempre que esté en posesión de la letra de cambio y acredite la titularidad de su crédito<sup>497</sup>.

De esta forma, si se acepta la tesis de la subrogación del fiador en las acciones cambiarias, el perjuicio de las mismas por parte del acreedor cambiario debería implicar la liberación del fiador de la letra de cambio, según lo previsto en el art. 1852 del Código civil.

#### ***1.4. ¿Cuáles son las condiciones para la extinción de la fianza?***

##### ***1.4.1. Ideas previas***

Además de la pérdida de los “.. *derechos, hipotecas y privilegios...*”, para que tenga lugar el efecto extintivo del art. 1852 del Código civil se requiere la concurrencia de otros requisitos; por un lado, relación de causalidad entre el “.. *hecho del acreedor ...*” y la pérdida de los “.. *derechos, hipotecas y privilegios ...*” y, por otro lado, que dicha pérdida represente un perjuicio para el fiador<sup>498</sup>.

De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 577/2002 (Sala de lo Civil), de 14 de junio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan, cuando indica que “ ... *no fuera imputable precisamente al acreedor, quien quedó así causalmente desligado de la imposibilidad del fiador de subrogarse en la garantía representada por la opción, cuando resulta que el nexo causal entre hecho del acreedor e imposibilidad de subrogación sí es un requisito unánimemente exigido por la doctrina y jurisprudencia para la liberación del fiador fundada en el art. 1852 CC...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 520/2001, de 8 de noviembre, indicando que “ .. *se refiere a actos imputables al acreedor ... y no a actos o hechos imputables al fiador...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 301/2000 (Sección 7ª), de 8 de

<sup>497</sup> En este sentido, GALAN CORONA, *Comentario a la Sentencia de 11 de junio de 1984*, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-diciembre 1984, nº. 6, p. 1830-1833.

<sup>498</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2º ed., Jaén, 1980, p. 336.

noviembre, indicando que “ .. en alguna ocasión lo ha hecho el TS, que la ratio legis del art. 1852 es el perjuicio que para el fiador se deriva de un acto del acreedor que le impide subrogarse en las garantías de la deuda afianzada y que, consiguientemente si dichas garantías se demuestran inútiles .... es posible estimar que la cancelación de la hipoteca ningún perjuicio ha producido a los fiadores y por tanto la fianza no se extingue...”.

#### **1.4.2. La relación de causalidad entre el “hecho del acreedor” y la pérdida de los “derechos, hipotecas y privilegios”**

Del tenor literal del art. 1852 del Código civil (“ .. algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios...” ) parece desprenderse la existencia de una relación directa entre este “.. hecho del acreedor ..”, positivo o negativo, y la imposibilidad de subrogación del fiador en los “.. derechos, hipotecas y privilegios ..”; es decir, la existencia de una relación causa a efecto, con independencia de toda idea de ilicitud o de culpabilidad del acreedor<sup>499</sup>. De esta forma, si le es imputable, el acto positivo o la omisión, al acreedor que origina la pérdida de los “derechos, hipotecas y privilegios, debería ser aplicable el art. 1852 del Código civil, y en consecuencia, la extinción de la fianza.

No obstante, parece que el fiador sólo debería ser liberado si no ha colaborado en la pérdida de los “ ... derechos, hipotecas y privilegios ...”, ya que de la propia “ratio” del art. 1852 del Código civil (“ .. algún hecho del acreedor ....”) parece desprenderse que el hecho causante de dicha pérdida o deterioro, sea imputable en exclusiva al acreedor. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 183/2004 (Sección 3ª), de 30 de abril, indica al respecto que “ .. el acto en cuestión no fue un hecho del acreedor al que se refiere el art. 1852 del Código civil, sino un hecho conjuntamente realizado, tanto por el acreedor y por el hoy demandante ....”.

Con relación a la imputabilidad del hecho causante al acreedor, hay sentencias que sí hacen referencia a la ilicitud y/o culpabilidad del acreedor, así la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 28 de febrero de 1985, ponente: Excmo Sr. D.

---

<sup>499</sup> Esta idea de nexo de causalidad con independencia de toda ilicitud en el acreedor es defendida por GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2º ed., Jaén, 1980, p. 336

José Beltrán de Heredia y Castaó, indica que “ .. *no está acreditado que la pérdida de un puesto es el rango hipotecario fuese debido a negligencia del acreedor; y sobre todo aunque se admitiera tal cosa ... es evidente que la simple pérdida de un puesto en el rango hipotecario, no puede asimilarse a la imposibilidad del fiador de subrogarse en los derechos del acreedor, que es a lo que en definitiva se refiere la ley ...* “; la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 898/1999 (Sala de lo Civil), de 25 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, establece que “ .. *tal evento, encaja en el supuesto que previene el art. 1852 del Código civil, al tratarse de un hecho del acreedor que impide por su culpa o negligencia, el buen fin del derecho al reembolso de préstamo exigible a la prestataria...* “; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, indicando que “ ... *no existe, por tanto, una actuación dolosa ni negligente del acreedor que perjudique los derechos de subrogación del fiador...*”. Sin embargo en otras sentencias no se hace mención a esta idea de ilicitud o culpabilidad del acreedor, así en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre de 1997, ponente: Excmo Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, cuando indica que “ ... *la extinción de la fianza, que el precepto autoriza, sólo tendrá lugar en tanto el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido, y no se da en este caso hecho imputable al acreedor que incumpliera u obstaculizara a los fiadores a subrogarse en sus derechos....*”.

Al respecto, ALONSO SÁNCHEZ<sup>500</sup> es de la opinión que el “*hecho del acreedor*”, tomado en consideración por el precepto, comprende en su significación práctica todos aquellos posibles actos o actitudes que pudieran tacharse de ser causa directa de la falta de subrogación sobrevenida; alcanzando dicha regla de causalidad a los hechos intencionales, dolosos o de simple negligencia del acreedor; es decir, que la conducta del acreedor será relevante, a los fines de lo establecido en el art. 1852, siempre que la misma hubiera tenido una incidencia directa en la pérdida de las garantías o privilegios, que acompañan a la obligación fiada. En consecuencia, no será preciso para que tenga lugar la extinción de la fianza, acreditar que el acreedor actuó con la intención dolosa de ocasionar a los fiadores un determinado daño o perjuicio en la efectividad de sus recursos de reintegro, como tampoco resulta necesario probar que el acreedor tuvo

---

<sup>500</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 130.

consciencia o conocimiento cierto de las posibles consecuencias perjudiciales que, para la subrogación eventual de aquéllos, se podrían derivar de su personal conducta. El legislador, en el art. 1852 (“.. *hecho del acreedor* ..”) no remite en modo alguno al plano de la intenciones, sino más bien, atiende exclusivamente a la esfera objetiva de los resultados, es decir, la imposibilidad de subrogación de los fiadores, sancionando, en consecuencia, los actos del acreedor que determinan su producción (“ *...por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados...*”). De esta forma, según el citado autor, para determinar, en cada caso concreto, la procedencia o no de esta causa extintiva de la fianza, bastará realizar un análisis puramente objetivo de la realidad del perjuicio de la subrogación y, tras ello, comprobar si efectivamente tal perjuicio aparece conectado a un hecho propio del acreedor; así, en palabras del citado autor, “.. *los hechos o actos del acreedor con relevancia específica para provocar la liberación de los fiadores por la vía del art. 1852, serán todos, y exclusivamente, aquellos que fueren origen o la causa directa, exclusiva o no, de la producción de un perjuicio cierto en el derecho a la subrogación de los fiadores..*”. Al respecto, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª) de 26 de septiembre, se indica que “ *... se trata de una causa extintiva de la fianza, con la consiguiente consecuencia de la liberación de la deuda de los fiadores, por hechos propios del acreedor que implican un perjuicio de los fiadores, y tanto se deba a actos positivos como omisivos, excepto que obedezcan a caso fortuito ...*”..

#### ***1.4.3. Que la pérdida de los “derechos, hipotecas y privilegios” represente un perjuicio para el fiador***

Por otro lado, esta pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, inherentes al crédito, por causa imputable al “*hecho del acreedor*” no determina, sin más, la liberación de la fianza (art. 1852 del Código civil), sino que para que pueda operarse dicho efecto extintivo será preciso acreditar, no sólo la existencia de la relación de causalidad directa entre el “*hecho del acreedor*” y la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, sino también que tal pérdida o privación represente un perjuicio efectivo para el fiador. Así, la extinción de la fianza se materializará si con la desaparición de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” se ocasiona un perjuicio cierto al fiador, representado en la privación de aquellos medios que le hubieran permitido resarcirse, total o parcialmente, de su eventual pago al acreedor en virtud de la fianza

prestada. De esta forma, justificado la realidad del daño, procede exonerar a los fiadores de sus responsabilidades de garantía en los límites de tal perjuicio, en virtud de lo establecido en el art. 1852 del Código civil<sup>501</sup>.

Esta necesidad de acreditar dicho perjuicio no aparece formulado, expresamente, en el art. 1852 del Código civil (“... *los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo ...*”) que sólo hace referencia a la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” y a la imputabilidad, directa y causal, de tal pérdida a un “*hecho del acreedor*”.

Al respecto, en el Derecho comparado, en el art. 503.1 del Código federal de Obligaciones suizo establece la extinción de la fianza cuando “... *el acreedor disminuye con perjuicio del fiador los derechos de prenda, garantías y derechos de preferencia existentes ....* “; en el parágrafo 776 BGB (“... *si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre siempre hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el parágrafo 774 ....* “); en este mismo sentido, el art. 653 del Código civil portugués de 1966 determina que “... *los fiadores, aunque sean solidarios, quedan exonerados de la obligación que contrajeron en la medida en que, por hecho positivo o negativo del acreedor, no pudieran quedar subrogados en los derechos que a éste competen ...*”<sup>502</sup>

Excepción hecha del Código civil portugués, que sigue el criterio germánico, en todos los ordenamientos correspondientes a los países cuyas codificaciones responden al criterio napoleónico (Francia, Italia, Bélgica), guardan silencio respecto de la causación de un perjuicio cierto al fiador como presupuesto de la operatividad de la sanción; en este mismo sentido nuestro art. 1852 del Código civil.

<sup>501</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 155.

<sup>502</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. I (art. 1 a 761), Coimbra, 1987, p. 671, afirmando que de la expresión “... *en la medida...* ” utilizada en el art. 653, deducen que será necesario determinar, caso por caso, el perjuicio real que la pérdida del derecho imputable al acreedor acarrea para el derecho eventual.

No obstante, en la práctica, la consagración jurídica de este requisito, ha tenido lugar en estos ordenamientos jurídicos, por vía jurisprudencial, configurándose por los respectivos tribunales la noción “perjuicio de la subrogación”, como una condición suplementaria de las enunciadas expresamente por la ley. Así, la doctrina civil francesa<sup>503</sup>, italiana<sup>504</sup> y belga<sup>505</sup> se ha preocupado en poder de relieve que, fuera de toda prescripción legal, los tribunales han anadido una nueva condición a la puesta en funcionamiento de esta causa extintiva de la fianza, como es la de subordinar la liberación del fiador, por “*hecho del acreedor*”, a la prueba fehaciente de que la imposibilidad de subrogación en los derechos perdidos conlleve un perjuicio efectivo para el garante.

En este sentido también la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido condicionando la procedencia del efecto extintivo del art. 1852 del Código civil a la concurrencia de un perjuicio cierto para el fiador derivado de la falta de subrogación invocada por el mismo”<sup>506</sup>.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, en la que se indica que “ .. *el alzamiento de los embargos trabados en bienes de la sociedad deudora en los juicios ejecutivos seguidos contra la misma a instancia del Banco, como consecuencia de recibir esta entidad acreedora una cantidad a cuenta del crédito existente a su favor, no incide en la previsión jurídica que contempla el art. 1852. Es cierto que no se extinguió la deuda, pero ello no significa que el acto sea antijurídico, ni que se haya causado un perjuicio para los fiadores por cuanto su responsabilidad se redujo en la misma medida de la cantidad hecha efectiva...*”; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, cuando indica que “ .. *la extinción de la fianza, que el precepto autoriza, sólo tendrá lugar en tanto el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido, y no se da en este caso hecho imputable al acreedor que incumpliera u obstaculizara a los*

<sup>503</sup> Por todos, MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement*, París, 1979, nº. 414, p. 521 y ss.

<sup>504</sup> Por todos, RAVAZZONI, *Voz Fideiussione, en Nuevo Digesto Italiano*, t. VII, 1957, p. 288.

<sup>505</sup> Por todos, DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. VI., Bruselles, 1953, nº 934, p. 934.

<sup>506</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 150, detecta en la resoluciones que abordan esta problemática una serie de imprecisiones y discrepancias de fondo en cuanto a la exacta significación jurídica y trascendencia práctica de este perjuicio causado por el “hecho del acreedor”.

*fiadores a subrogarse en sus derechos, ya que el legítimo ejercicio por aquél de las acciones que le correspondían no libera al avalista de las obligaciones asumidas....”;* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 980/1993 (Sala de lo Civil), de 20 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres, indicando que “ ... *el motivo segundo y último de ambos recursos se formula por interpretación errónea e inaplicación del art. 1852 del Código civil ... Tampoco resulta viables este motivo por cuanto: ... ha de distinguirse el caso de que la conducta del acreedor dé lugar a la desaparición de alguna garantía del crédito, perjudicando así la posible subrogación de los fiadores en aquélla, del supuesto en que, como sucede en el que nos ocupa, el acreedor se limita a ejecutar la garantía en forma legal para que cumpla la finalidad para que fue constituida....”;* Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 543/2002 (Sección 4ª), de 19 de noviembre, cuando indica que “ ... *afirma el apelante, con invocación del art. 1852 del Código civil, que la fianza se extinguió al no poder subrogarse en los derechos y privilegios del crédito por la conducta del acreedor... No era obligación de la aquí apelada el notificar a la fiadora que el deudor le había cedido el vehículo para su venta y reducir la deuda con su importe. Se trata de una cesión pro solvendo y no pro soluto que favoreció manifiestamente los intereses de la fiadora, ya que, en otro caso, el impago de las sumas adeudadas hubiera generado más intereses y el vehículo se iría depreciando con el tiempo ...”;* Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, indicando que “ ... *como se infiere de la no muy abundante doctrina jurisprudencial relativa a dicho precepto, para su aplicación, se requiere la existencia de un acto positivo y directo del acreedor, posterior a la constitución de la fianza, que perjudique la situación del fiador, impidiéndole subrogarse en los derechos y privilegios del mismo... “,* entre otras.

Por su parte, en la doctrina española<sup>507</sup> es unánime la consideración de la necesidad de acreditar, en todo supuesto, la concurrencia de un perjuicio cierto y efectivo para los fiadores como presupuesto básico al que debe quedar subordinada la extinción de la fianza por “*hecho del acreedor*”, vía art. 1852 del Código civil, indicando, que dicha

<sup>507</sup> MANRESA, *Comentarios al Código civil español*. T. XII, 6º ed., Madrid, 1973, p. 484-485; PEREZ GONZÁLEZ / ALGUER, Traducción y notas *Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS / LEHMAN*, T. II, vol. 2º, Barcelona, 1966, p. 839; DE BUEN, notas al *Curso elemental de Derecho civil* de COLIN / CAPITANT, t. V, 3º ed, Madrid, 1982, p. 62; DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil* de LACRUZ BERDEJO, t. II, vol. 3º, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 529; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 336-338.

acreditación del perjuicio, se requiere por el carácter protector y preventivo de la norma que prevalece sobre el carácter sancionador; en este mismo sentido la doctrina extranjera<sup>508</sup>.

De esta forma, parece que será necesario determinar, caso por caso, la existencia del perjuicio cierto y efectivo causado en la subrogación del fiador, así como que la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, son directamente causa e imputables por “*hecho del acreedor*”.

¿Cuáles serán los rasgos y presupuestos que deben conformar el perjuicio idóneo para que opere la extinción de la fianza del art. 1852 del Código civil?:

1º En primer lugar, para que se produzca la liberación del fiador es requisito básico que la falta de subrogación sobrevenida implique un perjuicio cierto para el fiador<sup>509</sup>; para algunos autores<sup>510</sup>, es suficiente el perjuicio que se ocasiona cuando “*.. se hace más difícil el cobro de su crédito...*”. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de diciembre de 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Carretero Pérez, indicó que “*... los acreedores promovieron actividad procesal para remover depositarios de embargos constituidos sobre bienes del deudor principal y para cancelar alguno de ellos, lo cual, por dificultar el ulterior resarcimiento del fiador, en caso de pago, produciría su liberación, según dispone el art. 1852 del citado Código. ....*”.

Por su parte, GUILARTE ZAPATERO<sup>511</sup> precisa el carácter de dicha lesión idónea a los efectos de hacer operar la sanción del art. 1852 del Código civil, en el sentido de privar al fiador de las ventajas jurídicas que se hubieran derivado de la subrogación; no siendo suficiente a tal fin, la simple mayor dificultad de su realización. En este sentido, por ejemplo, parece que no debería estimarse tal perjuicio la sustitución de la garantía por otra de distinto tipo, igual entidad

---

<sup>508</sup> Por todos, MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, p. 407; MARTY-RAYNAUD / JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2ª ed., París, 1987, nº 619, p. 417.

<sup>509</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 151.

<sup>510</sup> Entre ellos, FALCÓN, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 5ª ed., Barcelona, 1897, p. 369.

<sup>511</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 337.

económica pero de más difícil ejecución, como por ejemplo una garantía dineraria por una hipotecaria<sup>512</sup>.

2º En segundo lugar, este perjuicio cierto ha de referirse a la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” que acompañan a la obligación fiada. En este sentido GUILARTE ZAPATERO<sup>513</sup> afirma que “ .. *no resulta preciso que el derecho o la garantía, cuya subrogación se hace imposible por “hecho del acreedor”, fueran la única posibilidad de reintegro del fiador. Aunque el fiador pudiera resarcirse de los perjuicios que le origina la fianza con cargo a otros bienes existentes en el patrimonio del deudor, parece suficiente, para que extinga la obligación del fiador, con que aquellas garantías perdidas representarían un valor objetivo para satisfacer la pretensión de éste ...*”. Este no ha sido el criterio seguido por el Tribunal Supremo en Sentencia (Sala de lo Civil) de 28 de febrero de 1985, ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño, en la que, entre otras razones, se rechaza la procedencia de la excepción de perjuicio en la subrogación invocada por el fiador por estimar que “ .. *como cuestión de hecho no está acreditado que los fiadores se hayan visto privados de su derecho a resarcirse en los bienes del deudor principal...* “. Por su parte, DELGADO ECHEVARRÍA<sup>514</sup> critica la validez de dicho pronunciamiento jurisprudencial, indicando que en modo alguno cabe estimar exigido, por el art. 1852 del Código civil, tal extremo.

De esta forma, parece más acorde con el contenido del art. 1852 del Código civil (“ ... *no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios ...* “) el entender que la idoneidad del perjuicio, en el ejercicio de la subrogación por parte del fiador, no debería supeditarse a la situación de “*insolvencia*” del deudor que impida al fiador el ejercicio de la acción de reembolso por ausencia de bienes suficientes en su patrimonio. En este sentido, si el acreedor no ha dejado perder más que una garantía, de entre las que se hubieran otorgado a su favor, la suficiencia de las restantes garantías para reintegrar al fiador tendría que determinar la no aplicación del art. 1852 del Código civil, por ausencia de

<sup>512</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 151.

<sup>513</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 337.

<sup>514</sup> *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ BERDEJO, t. II, vol. 3º, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 529.

perjuicio relevante; así, en el supuesto, de que las garantías subsistentes representen sólo un reintegro parcial para el fiador, también parcial debería estimarse el perjuicio ocasionado al fiador por el abandono de las mismas<sup>515</sup>.

3º En tercer lugar, por regla general, este perjuicio cierto acompañará a la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”; no obstante, también podría darse el caso de pérdida de “*derechos, hipotecas y privilegios*” sin que exista perjuicio. Ello puede ocurrir cuando la pervivencia de la garantía perdida no hubiera reportado al fiador ninguna posibilidad de obtener el reintegro de lo satisfecho al acreedor. Es decir, para que la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” pueda estimarse perjudicial para la subrogación del fiador, y en consecuencia ser causa de extinción de la fianza, será preciso demostrar la utilidad de las garantías abandonadas. Así, de esta forma, no parece que el acreedor quede privado de su recurso contra el fiador cuando se demuestre que, de todas formas, la fiadores no hubieran obtenido beneficio alguno de las garantías que el acreedor dejó perder.

En este sentido, PEREZ GONZÁLEZ / ALGUER<sup>516</sup> afirma que “.. *la extinción de la fianza sólo tendrá lugar en tanto en cuanto el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido o abandonado...*”; este es el criterio es compartido por la mayoría de la doctrina<sup>517</sup>. También en este sentido GUILARTE ZAPATERO<sup>518</sup> indica que “.. *existirá perjuicio si, con la desaparición de la garantía o del derecho, el fiador se ve privado de unos recursos que realmente hubieran servido para reintegrarle de su crédito...*”.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 301/2000 (Sección 7ª), de 8 de noviembre, indica que “... *la cuestión se reduce pues a determinar si, por disposición del art. 1852 CC, la cancelación de la hipoteca por un acto voluntario del acreedor lleva consigo la extinción de la fianza al realizarse*

---

<sup>515</sup> Solución dada por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 152.

<sup>516</sup> Traducción y notas al *Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS / LEHMAN*, II, 2º, Barcelona, 1966, p. 839.

<sup>517</sup> Por todos, FRAGALI, *Della fideiussione, en Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 473; PECHER, *Münchener Kommentar BGB, § 776*, München, 1984, nº 9-10; MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement*, París, 1979, nº 459, p. 558.

<sup>518</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 338.

*aquella sin consentimiento de los fiadores... en alguna ocasión lo ha hecho el TS, que la ratio legis del art. 1852 es el perjuicio que para el fiador se deriva de un acto del acreedor que le impide subrogarse en las garantías de la deuda afianzada y que, consiguientemente si dichas garantías se demuestran inútiles como ocurre, p.e. cuando el bien hipotecado carece de valor o en otras circunstancias semejantes, es posible estimar que la cancelación de la hipoteca ningún perjuicio ha producido a los fiadores y por tanto la fianza no se extingue...”;* asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) de 9 de marzo del 2000, cuando indica que “ ... la suspensión de pagos en que solicitó la actora y que dio lugar a los autos .... del Juzgado .... no justifica la aplicación al caso de autos del art. 1852 del Código civil conforme al cual los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos hipotecas y privilegios del mismo, no sólo porque dicho expediente fue sobreseido por auto de ....., sino porque además los demandados no han acreditado que tal expediente les cause perjuicio alguno a la hora de subrogarse en el lugar de la actora .....”.

De esta forma, parece que el art. 1852 del Código civil no tiende a proteger el contenido jurídico objetivo de la subrogación, sino el ejercicio eventual de este recurso instrumental por parte del fiador, bajo los criterios de utilidad y efectividad.

En este sentido, para la mayor parte de la doctrina<sup>519</sup>, la consistencia del objeto del derecho es elevado al mismo rango que el derecho mismo; es decir, el fiador podrá invocar la extinción de la fianza, por perjuicio en la subrogación, no solamente cuando las garantías del crédito hubieran dejado de existir por “*hecho del acreedor*”, sino también cuando, aún existiendo jurídicamente, hubieran perdido todo su valor económico<sup>520</sup>.

<sup>519</sup> Por todos, BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, Della fideiussione e Della transazione*, Milano, nº 1178; BETANT-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, nº 61, p. 334; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, pnº 409, p. 516.

<sup>520</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 1547.

4º Por último, la carga que pesa sobre el acreedor, orientada a la conservación de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, aparece concretada con la exigencia del perjuicio efectivo que dicha pérdida o deterioro representa para el ejercicio de la subrogación por parte del fiador. De esta forma, la necesidad de acreditar el perjuicio económico de la falta de subrogación supone subordinar la liberación del fiador a la prueba de que las actuaciones del acreedor han sido la causa determinante de la pérdida de aquéllas garantías concretas, cuya pervivencia hubiera resultado objetivamente eficaz para el reintegro de los fiadores<sup>521</sup>. En consecuencia, el fiador quedará descargado de sus responsabilidades accesorias de garantía, en virtud de lo establecido por el art. 1852 del Código civil, en la medida del perjuicio efectivamente sufrido por el “*hecho del acreedor*”; si el perjuicio es parcial, parcial debería ser también la extinción de la fianza.

La doctrina civilista<sup>522</sup>, generalmente, ha venido admitiendo esta proporcionalidad entre el perjuicio, sufrido por el fiador, y la extinción de la fianza. MOULY<sup>523</sup> justifica esta correlación basándose en el carácter protector y preventivo del beneficio de liberación concedido a los fiadores (en su caso en el art. 2037 del Code); estima que dado que dicho precepto aparece dispuesto para prevenir la aparición de un perjuicio para el fiador, resulta lógico que su eficacia extintiva se limite a la obtención de este resultado; asimismo, indica el citado autor, que “*.. la consideración del perjuicio sufrido por el fiador, como elemento de modulación de su descarga, descansa igualmente en los criterios de equidad y de buena fe que inspiran la ejecución de los contratos: la equidad conduce a encontrar una protección eficaz que no dañe al acreedor más que en lo que sea*

---

<sup>521</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 153.

<sup>522</sup> BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL, *Trattato teorico-practico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, Della fideiussione e Della transazione*, Milano, nº 1182, p. 638; PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2ª, ed., voz “*Cautionnement*”, por SAVATIER, París., 1954, nº 1561, p. 1008-1009; CAMPOGRANDE, *Trattato Della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, p.634-635; FRAGALI, *Della fideiussione, en Comentario del Codice civile a cura di SCIALOJA /BRANCA* (art. 1936 a 1959), Bologna /Roma, 1968; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, (art. 1 a 761), Coimbra, 1987, p. 671.

<sup>523</sup> *Les causes d’extinction du cautionnement*, París, 1979, nº. 417, p. 523, nº. 407, p. 515, y nº. 459, p. 558.

*útil...*”. PEREZ GONZALEZ / ALGUER<sup>524</sup>, en el mismo sentido, pone de relieve que, dada la finalidad del precepto de evitar el menoscabo del derecho de subrogación del fiador, la extinción de la fianza no debe extenderse a más de lo que representa esa disminución.

En el Derecho comparado, concretamente en el art. 503.1 del Código federal de Obligaciones suizo, se indica que “ *... cuando el acreedor disminuya con perjuicio del fiador los derechos de prenda, garantías ... la responsabilidad del fiador se reducirá en la suma correspondiente, a menos que se probare que el daño es menos elevado ...*”; es decir, aparece consagrado el perjuicio como medida definitoria del alcance objetivo de la extinción de la fianza por “*hecho del acreedor*”. En este sentido, BETANT-ROBET<sup>525</sup> dispone que “*.. la reducción de las garantías entraña “ipso facto” una reducción de la responsabilidad del fiador por un montante equivalente a su valor...*”.

### ***1.5. La puesta en funcionamiento del art. 1852 del Código civil en el plano procedimental***

Con respecto a la aplicación del efecto liberatorio que se establece en el art. 1852 del Código civil, el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 898/1999 (Sala de lo Civil) de 25 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, indica que “ *... tal evento, encaja en el supuesto que previene el art. 1852 del Código civil, al tratarse de un hecho del acreedor que impide por su culpa o negligencia, el buen fin del derecho al reembolso de préstamo exigible a la prestataria ...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª), de 29 de noviembre, al indicar que “ *.. no existe, por tanto, una actuación dolosa ni negligente del acreedor que perjudique los derechos de subrogación del fiador ...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª), de 26 de septiembre, indicando que “ *.. se trata de una causa extintiva de la fianza con la consiguiente consecuencia de la liberación de la deuda de los fiadores, por hechos propios del acreedor, que implican un perjuicio de los fiadores, y tanto se deba a actos positivos como omisivos, excepto que obedezcan a*

<sup>524</sup> Traducción y notas al *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS / LEHMAN, t. II, vol. 1º.- 2º, Barcelona, nº. 459, p. 558.

<sup>525</sup> *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, p. 34.

*caso fortuito ...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 267/1998 (Sección 4ª), de 10 de septiembre, indicando que “ .. *en cuanto al segundo motivo de nulidad, inexigibilidad de la deuda por imposibilidad de los fiadores solidarios, imputable al Banco de Comercio S.A., de subrogarse en los derechos derivados de la obligación afianzada (art. 1852 del Código civil) ... Es cierto que la entidad bancaria descontante asume la obligación de la diligente gestión de las cambiales entregadas para su descuento, y que el perjuicio de las letras si a ella fuera imputable determinaría la enervación de la cláusula “salvo buen fin”, soportando los efectos de su propia negligencia, pero en el caso de autos el Banco en virtud de lo dispuesto en la cláusula octava de la póliza no estaba obligado a dar cuenta a los garantes de la devolución de las letras negociadas ni los fiadores solicitaron al Banco los datos precisos para conocer el estado de la obligación garantizada. De modo que no habiendo acreditado los ejecutados la negligencia de la ejecutante en la gestión de los títulos, y al optar ésta por la restitución íntegra por los garantes del importe de lo descontado a la entidad acreditada en virtud de la obligación asumido por éstos al suscribir la póliza de afianzamiento y no por el ejercicio de las acciones cambiales, es decir por el ejercicio de la específica acción nacida de la operación garantizada, debe rechazarse el referido motivo de oposición...*”; es decir, parece que la jurisprudencia, interpretando el art. 1852 del Código civil, excluye de su ámbito la pérdida de los “... *derechos, hipotecas y privilegios ...*”, causantes de un perjuicio a la subrogación del fiador, que traigan causa de un caso fortuito o fuerza mayor (“ .. *por su culpa o negligencia ...*”).

De esta forma, el comportamiento negligente del acreedor que deja perder las garantías de su crédito, hace surgir en el fiador el derecho subjetivo de hacer declarar la extinción de la obligación *fideiusoria*, vía art. 1852 del Código civil. Al respecto, surgen dos cuestiones; la primera, si la extinción de la fianza contemplada en el art. 1852 del Código civil puede ser actuada a iniciativa del propio fiador, o bien si debe serlo por vía de excepción, y la segunda, sobre quién pesa la carga de la prueba de los diversos presupuestos básicos a los que se subordina la liberación del fiador, vía art. 1852 del Código civil.

Con respecto a la primera cuestión (“acción o excepción”), mayoritariamente la doctrina<sup>526</sup> afirma que la extinción de la fianza, vía art. 1852 del Código civil, no opera “*ipso iure*”, sino que es preciso promover la correspondiente declaración judicial. Así, de esta forma, el art. 1852 del Código civil, confiere al fiador el derecho potestativo de hacer valer la extinción de sus compromisos de garantía cuando la conducta del acreedor se manifiesta contraria a sus intereses tras el pago; este poder de obrar puede ser excluido por las partes, al no tratarse de una cuestión de orden público que perjudique a terceros.

Contrariamente, en base al contenido del art. 503 del Código federal de obligaciones suizo (“... *la responsabilidad del fiador se reduce en la suma correspondiente en la suma correspondiente (del perjuicio causado), a menos que se probara que el daño es menos elevado ...*”), la doctrina ha afirmado que en el Derecho suizo la disminución de las garantías del crédito entraña “*ipso facto*” una reducción de la obligación *fideiusoria* por un importe proporcional a su valor, salvo que el acreedor acreditara la menor cuantía del daño o su inexistencia<sup>527</sup>.

Lo que si ha dividido a la doctrina es la cuestión de determinar si este derecho subjetivo conferido al fiador puede ser promovido por el garante ante los tribunales por vía de acción o, por el contrario, tan sólo resulta viable por vía de excepción, frente a la reclamación judicial de pago que contra el fiador se formule. Los defensores de esta última posición destacan la significación, exclusivamente, defensiva del beneficio atribuido al fiador por el art. 1852 del Código civil<sup>528</sup>; en este sentido BETANT-ROBET afirma “... *como este medio de defensa supone una acción principal ya entablada; el fiador no puede invocarla antes de ser perseguido por el acreedor. Él no podría tomar la iniciativa de una acción y pedir su liberación cuando nada indica que fuera a ser perseguido. No vemos, por lo demás, cómo podría pretender que la pérdida*

<sup>526</sup> RAVAZZONI, voz « Fideiussione » en *Nuovo Digesto Italiano*, t. VII, 1957, p. 288; PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2º ed., « Cautionnement », por SAVATIER, París, 1954, nº. 1562, p. 1009; GUILARTE ZAPARERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 338.

<sup>527</sup> En este sentido, BETANT-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, p. 344-345.

<sup>528</sup> En este sentido, BETANT-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, nº. 56, p. 331-332; BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, Milano, nº 1180, p. 636-637.

*de una garantía le haga experimentar un perjuicio, antes del momento en que el pago de la deuda le sea reclamado ...*”<sup>529</sup>. En nuestra doctrina este mismo criterio es acogido por GUILARTE ZAPATERO<sup>530</sup> que, al definir el mecanismo de liberación contenido en el art. 1852 del Código civil, indica que “.. *se trata de una excepción que debe alegarse por el fiador, una vez le reclame el acreedor el cumplimiento de la obligación ....*”.

Sin embargo, hay otra corriente doctrinal que estima, una vez comprometidas las garantías por el acreedor, surge en el fiador la posibilidad de instar judicialmente una acción encaminada a obtener la constatación judicial de la extinción de su obligación *fideiusoria*, antes de que el acreedor le reclame el pago<sup>531</sup>.

Así como en el caso del art. 1832 del Código civil (“.. *para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago, y señalarle bienes .....*”) o del art. 1853 del Código civil (“... *el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, más no las que sean puramente personales del deudor ...*”) se limitan a conceder al fiador un simple medio de defensa u oposición, en el supuesto contenido en el art. 1852 del Código civil no parece que se limite a conceder al fiador un simple medio de defensa u oposición, sino que parece conferir al fiador un auténtico derecho potestativo de carácter extintivo, cuya operatividad práctica sólo parece condicionada a la concurrencia de los presupuestos que configuran la situación legalmente establecida de riesgo; es decir, la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, la imputabilidad de dicha pérdida al acreedor y el perjuicio cierto para la subrogación del fiador.

---

<sup>529</sup> BETANT-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, nº. 56, p. 331-332.

<sup>530</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 338.

<sup>531</sup> En este sentido, GUILLOUARD, *Traité du cautionnement et des transactions*, París, 1894, nº 242, p. 270-271; SIMLER, *Voz Cautionnement*, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, Nº. 4; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, nº. 488, p. 587-588; CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, p. 638; BOZZI, *Trattato di Diritto privato*, XIII, diretto da Pietro RESCIGNO, t. quinto, Torino, 1985, p. 268; RAVAZZONI, voz « Fideiussione », en *Nuevo Digesto Italiano*, VII, 1957, p. 28.

En este sentido ALONSO SÁNCHEZ<sup>532</sup> apoya esta tesis (iniciativa por parte del fiador para obtener la certeza de la extinción de su obligación dentro de los límites del perjuicio) en base a los principios “*favor fideussoris*” y de seguridad jurídica, aportando en apoyo de su tesis el argumento esgrimido por la Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de marzo de 1927 la cual confirma la diferente configuración jurídica que presentan los recursos jurídicos que, frente al acreedor, aparecen previstos a favor del fiador indicando que “ ... *por ser principio capital que rige en el contrato de fianza como deuda subsidiaria hasta que se ha extinguido la principal, está concedido a los fiadores el derecho a oponer al acreedor cuantas excepciones no fueran personales del deudor y hasta en beneficio de los solidarios está concedido, en el art. 1852 del vigente Código civil, el derecho de pedir que se les declare libres de su responsabilidad, si el acreedor ....* ”.

No obstante dicha tesis, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2005 (Sección 7ª), 8 de marzo, indicó al respecto que “ .. *no opera la previsión del art. 1852 del CC en forma automática, sino que debe ser objeto de alegación como excepción ...*”.

Sin embargo, aunque, en general, el fiador invocará la regla del art. 1852 del Código civil por vía de excepción dentro del procedimiento judicial en el que se le reclame el pago de su obligación de garantía, no parece que exista razón legal para restringir a ese cauce procesal la invocación de dicho derecho subjetivo por su parte, es decir que también debería poder promover el correspondiente procedimiento judicial a fin de obtener la declaración judicial en la que se declare liberado de la fianza por la vía del art. 1852 del Código civil.

La segunda cuestión, también dentro del ámbito procesal, que ha suscitado polémica en la doctrina es la referida a la determinación de a quién corresponde acreditar en juicio la concurrencia de los presupuestos establecidos en el art. 1852 del Código civil; especialmente, la polémica doctrinal se centra, principalmente, en el problema de la carga de la prueba del perjuicio cierto para el fiador y de la cuantía del daño; en cuanto

---

<sup>532</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 171.

a la acreditación de la conducta negligente del acreedor, determinante de la pérdida de las garantías, es unánime, que la carga de la prueba pesa sobre el fiador<sup>533</sup>.

Con respecto a la prueba del perjuicio cierto, la doctrina se encuentra dividida a la hora de determinar a quién corresponde la carga de la prueba en el proceso, existiendo dos opiniones enfrentadas. Una tesis, fundamentada en los principios de responsabilidad civil o de buena fe, entiende que el fiador que pretende la liberación, vía art. 1852 del Código civil, debe probar el perjuicio cierto que le ha supuesto la pérdida de los “derechos, hipotecas y garantías, causadas por el “hecho del acreedor”<sup>534</sup>. BETANT-ROBET<sup>535</sup> afirma que no basta que el fiador pruebe que el acreedor ha perdido las garantías por su culpa o negligencia, sino que debe además acreditar que esas garantías hubieran asegurado eficazmente el reintegro del crédito.

Otra tesis, contraria a la anterior, inspirándose en la idea de que el fiador asume un compromiso tácitamente sometido a una condición resolutoria, defiende que incumbe al acreedor el acreditar que la pérdida de los “derechos, hipotecas y privilegios” no ha originado ningún perjuicio para el fiador, el cual sólo debería probar que ha quedado privado por “hecho del acreedor” de las ventajas jurídicas que hubieran derivado de la subrogación<sup>536</sup>. En este sentido, SIMLER afirma que será infinitamente más fácil al acreedor acreditar las razones precisas que justifiquen que la garantía podría producir todo su efecto útil o que hubiera sido totalmente ineficaz o insuficiente, que al fiador demostrar, positivamente, que la garantía en cuestión le hubiera sido provechosa<sup>537</sup>.

En este sentido, para el Tribunal Supremo parece que no resulta dudoso que, en todo caso, corresponderá al fiador probar el perjuicio que la pérdida, por “hecho del acreedor”, de los “derechos, hipotecas y privilegios” que hubieran podido integrar su

---

<sup>533</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 172.

<sup>534</sup> En este sentido por todos, BAUDRY-LACANTINERIE / WAHL, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, Della fideiussione e Della transazione*, Milano, n.º. 1184, p. 639; ENNECCERUS / LEHMAN, *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1966, p. 836; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 338; DE BUEN, en notas al *Curso elemental de Derecho civil de COLIN/CAPITANT*, t. V, 3.ª ed., Madrid, 1982, p. 62.

<sup>535</sup> BETANT-ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1974, n.º 56, p. 303

<sup>536</sup> Por todos, SIMLER, «Cautionnement», en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, n.º 132; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2.º ed., París, 1954;

<sup>537</sup> SIMLER, «Cautionnement», en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, Fasc. J, n.º 132.

eventual subrogación; así sentencias del Tribunal Supremo del 9 de octubre de 1962, 1 de marzo de 1983 y 28 de febrero de 1985<sup>538</sup>; concretamente en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 1983, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui, en la que los fiadores aducen, como conducta negligente del acreedor, determinante de la imposibilidad de subrogación, vía art. 1852 del Código civil, el hecho negativo del acreedor de no haber hecho valer en las ejecuciones instadas contra el deudor la reserva de dominio que garantizaba su crédito; así, perdiéndose la misma, se agravó las condiciones realización de la fianza. En la sentencia se rechaza el recurso interpuesto por el fiador declarando que “... *En lo que hacían referencia a la extinción de la fianza por agravación de sus condiciones o alargamiento del plazo, si bien con arreglo a la preceptiva contenida en el art. 1852 del Código civil, la fianza podía quedar extinguida, si por algún hecho del acreedor no pudieran los fiadores quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo, en el caso de la litis, en primer lugar el demandado fiador contradice su propio criterio, ya que si era imposible ejercitar su reserva de dominio porque lo vendido era inidentificable, no podía hacer dejación de tal derecho al acreedor, y así abandonando la tesis de esa identificabilidad, entiende el demandado que la entidad actora debió y pudo hacer valer su reserva evitando o haciendo levantar incluso el embargo, debió asimismo probar el fiador demandado su imposibilidad de intervenir en los procedimientos de ejecución de bienes seguidos contra la entidad deudora ...*” ; de esta forma, el Alto Tribunal, subordina la procedencia de la excepción de perjuicio en la subrogación a la prueba a cargo del fiador, no sólo del hecho causante de la pérdida de la garantía en que pudo ser subrogado, sino también de la circunstancia de no haber podido evitar, por su parte, la producción de esas consecuencias perjudiciales.

No obstante, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1908<sup>539</sup> parece desprenderse un criterio jurisprudencial favorable a la regla del reparto de la prueba entre las partes (fiador / acreedor); en el caso examinado en la misma, el acreedor había dejado perder la prenda constituida sobre las mercancías propiedad del deudor fiado, consintiendo que las mismas fueran retiradas por el proveedor.

---

<sup>538</sup> Sentencias citadas por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, op. 173.

<sup>539</sup> Sentencia citada por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, op. 173

Si se tienen en cuenta las reglas de distribución de la carga de la prueba contenidas en nuestra legislación procesal, parece que para la solución del problema lo acertado sería acudir a la regla del reparto de la prueba entre dos contratantes, atendiendo a los criterios de equidad, coherencia y justicia distributiva<sup>540</sup>; así, teniendo en cuenta el contenido del art. 217 de la LEC (“ ... *corresponde al actor y al demandado reconveniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y la reconvenición. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior ....* “), es decir, correspondería al fiador probar el hecho extintivo de su obligación *fideiusoria* y al acreedor el mantenimiento de la misma. De esta forma, el fiador debería probar que el acreedor ha faltado al cumplimiento de la carga que le impone el art. 1852 del Código civil, indicando qué “*derechos, hipotecas y privilegios*”, en los que se esperaba subrogar, se han perdido por culpa o negligencia del acreedor; en cambio, éste, debería probar la pervivencia de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, destruyendo la realidad de los hechos alegados con el fin de obtener los efectos del art. 1852 del Código civil; también correspondería al acreedor, para desvirtuar la extinción de la fianza interesada por el fiador, acreditar que la causa de la pérdida no le es imputable directamente, o que de haberse conservado la garantía no le hubiera reportado ninguna ventaja jurídica al fiador para su reintegro, es decir, la ausencia de un perjuicio cierto.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 457/2004 (Sala de lo Civil), sección 1ª, de 3 de junio, ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, indica que “ .. *el motivo no se acepta porque se comparte la tesis de la Sala .... Tampoco beneficia a la entidad financiera la retirada de la concesión mercantil que en el año 1993, llevó a cabo la apelante respecto de..... ya que, está determinación en modo alguno influyó en un agravamiento de la situación de la avalista, pues la deuda que aquí se reclama existía ya ese año y en modo alguno se incrementó por ello, sino*

---

<sup>540</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 175.

*que a la vista de lo acontecido, un mantenimiento de la concesión y de los suministros de piezas de automóviles, sí hubiese producido un aumento del montante de la deuda con toda probabilidad. Por lo demás, esta acción de la acreedora no supuso en ningún caso la imposibilidad para el avalista de quedar subrogada en los derechos, hipotecas y privilegios de aquélla respecto de la deudora principal...”;* es decir, no se ha acreditado por la fiadora, recurrente en casación, el perjuicio que para la subrogación supuso el “*hecho del acreedor*”, según la reglas de distribución de la prueba establecidas en la legislación procesal.

De esta forma, no debería quedar privado el acreedor de su recurso contra el fiador si, a pesar de que éste pruebe la realidad de la disminución de las garantías en que se podía haber subrogado, acredita la improcedencia de los efectos extintivos del art. 1852 del Código civil, bien probando la concurrencia de caso fortuito, de fuerza mayor o de otras cualesquiera causas que por ley le eximen de toda responsabilidad en la pérdida o deterioro sufrido en las garantías del crédito, o bien demostrando que el fiador, a pesar de la pérdida o deterioro, no ha sufrido ningún perjuicio o un perjuicio inferior al importe de su compromiso<sup>541</sup>. En efecto, producida la pérdida o deterioro de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, susceptibles de haber integrado la subrogación del fiador, el art. 1852 del Código civil parece que parte de considerar que, como regla general, su abandono es consecuencia de la inobservancia por el acreedor de la carga que sobre él pesa, y que, generalmente, la disminución de las “*derechos, hipotecas y privilegios*” ha causado un perjuicio a los intereses del fiador en orden al reintegro efectivo de las cantidades satisfechas por la obligación garantizada. Para destruir la realidad de ambas apariencias jurídicas (“el abandono es consecuencia de la inobservancia por el acreedor de la carga” y “la disminución ha causado un perjuicio al fiador”) en la que se sustenta el hecho extintivo del art. 1852 del Código civil deberá el acreedor, en cuanto al primer aspecto, romper la relación de causalidad entre su conducta y la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” acreditando la concurrencia en el caso de alguna de las causas que le exonerarían de responsabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero, etc..) y, en cuanto al segundo aspecto, deberá probar el acreedor la ineficacia de dicha pérdida o deterioro para el reintegro

---

<sup>541</sup> En defensa de la extinción de la fianza en proporción al perjuicio efectivamente causado a la subrogación del fiador, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 154, citando la doctrina a favor de dicha tesis.

eventual del fiador, o que dado el valor real de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, perdidos o deteriorados, no permitiría más que extinguir parcialmente la fianza en los límites del perjuicio realmente sufrido. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, indica que “ *... la extinción de la fianza, que el precepto autoriza, sólo tendrá lugar en tanto el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido...* ”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 396/1998 (Sección 2ª), de 26 de septiembre, cuando indica que “ *.. se trata de una causa extintiva de la fianza, con la consiguiente consecuencia de la liberación de la deuda de los fiadores, por hecho propios del acreedor que implican un perjuicio de los fiadores, y tanto se deba a actos positivos como omisivos, excepto que obedezca a caso fortuito ...* ”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 301/2000 (Sección 7ª), de 8 de noviembre, indicando que “ *... en alguna ocasión lo ha hecho el T.S., que la ratio legis del art. 1852 es el perjuicio que para el fiador se deriva de un acto del acreedor que le impide subrogarse en las garantías de la deuda afianzada y que, consiguientemente si dichas garantías se demuestran inútiles como ocurre, p.e. cuando el bien hipotecado carece de valor o en otras circunstancias semejantes, es posible estimar que la cancelación de la hipoteca ningún perjuicio ha producido a los fiadores y por tanto la fianza no se extingue...* ”.

El Tribunal Supremo, en numerosas ocasiones, se ha pronunciado en el sentido de que no es aplicable el art. 1852 del Código civil, al no existir perjuicio, cuando el fiador no se subroga en la propia hipoteca que se ejecuta por parte del acreedor en reclamación de la deuda. Así, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 980/1993 (Sala de lo Civil), de 20 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres, indica que “ *... ha de distinguirse el caso de que la conducta del acreedor dé lugar a la desaparición de alguna garantía del crédito, perjudicando así la posible subrogación de los fiadores en aquélla, del supuesto en que, como sucede en el que nos ocupa, el acreedor se limita a ejecutar la garantía en forma legal para que cumpla la finalidad para que fue constituida ... la Caja Postal ejercitó su derecho ejecutando una hipoteca y, posteriormente, se ha dirigido contra los fiadores para obtener el cobro de las sumas aún pendientes por no haberse cubierto el importe total al ser insuficiente la cantidad percibida en la ejecución hipotecaria, todo lo cual se halla muy lejos de configurar una*

*conducta – activa e incluso pasiva – determinante de un perjuicio a los fiadores que pudiera, conforme a lo dispuesto en el art. 1852, ocasionar la extinción de la fianza... ”;* la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, indica que “ *... el legítimo ejercicio por aquél de las acciones que le correspondían no libera al avalista de las obligaciones asumidas... ”.*

Con respecto a la exigencia correspondiente a la relación de causalidad entre el “*hecho del acreedor*” y el perjuicio causado por la pérdida o deterioro de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 28 de febrero de 1985 , ponente Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño, indica que “ *.. el texto legal, porque lo que éste dice es que los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación, siempre que por algún hecho del acreedor, no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo; y en el presente caso, lo que se alega es que se retrasó la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad ....; pero no está probado que se debiese a un hecho del acreedor, pues la Sentencia declara que fue debido a un acuerdo entre las partes ..... “;* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, indicando que “ *... el art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación ... ”;* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 577/2002 (Sala de lo Civil), de 14 de junio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, indicando que “ *... no fuera imputable precisamente al acreedor, quien quedó así causalmente desligado de la imposibilidad del fiador de subrogarse en la garantía representada por la opción, cuando resulta que el nexo causal entre hecho del acreedor e imposibilidad de subrogación así es un requisito unánimemente exigido por doctrina y jurisprudencia para la liberación del fiador fundada en el art. 1852 CC ... ”.*

### **1.6. La renuncia del fiador**

¿Puede el fiador renunciar a los beneficios que a su favor establece el art. 1852 del Código civil?. Si se tiene en cuenta el principio de libertad contractual que se establece en el art. 1255 del Código civil (“ *.. los contratantes pueden establecer los pactos,*

*cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público...*”) parece que no debería existir ningún inconveniente a tal posibilidad; tal es el parecer doctrinal<sup>542</sup>. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de marzo de 1973 se falló un caso en el que el fiador se obligaba solidaria, e irrevocablemente, con expresa renuncia al beneficio de excusión, al buen fin y completo pago de cuantas operaciones celebrara la empresa afianzada con un determinado banco y hasta que el banco diera su conformidad sobre la cesación de la fianza. El banco levantó la prenda de algunas mercancías dadas por la empresa en garantía, y el Tribunal Supremo excluyó la aplicación del art. 1852 del Código civil con base en los amplios términos en que estaba pactada la fianza; es decir, parece que, en base a la amplitud de términos en que estaba pactada la fianza, se renoce implícitamente una renuncia del fiador a la aplicación del art. 1852 del Código civil<sup>543</sup>.

Ahora bien, afirmar la validez, “*a priori*”, de dicha renuncia por parte del fiador no quiere decir que ésta deje de ser problemática respecto de sus límites y eficacia y que, en ocasiones, pueda resultar una cláusula abusiva. En este sentido, en el Derecho comparado, en virtud de la modificación del art. 2037 del Code, operada por Ley de 1 de marzo de 1984, se incluyó un último párrafo que indica “... *toda cláusula contraria se estima no escrita* ...”. La razón que justificó la reforma, según la doctrina<sup>544</sup>, fue la respuesta a la práctica abusiva que se venía observando por las entidades bancarias de introducir una cláusula de estilo en el contrato de fianza, por la que el fiador renunciaba a cualquier excepción procedente del art. 2037 del Code frente al banco-acreedor; no obstante, la doctrina consideró válida la renuncia a “*posteriori*” del fiador, una vez se le reclama el pago<sup>545</sup>.

En nuestro Derecho, parece que la renuncia a la extinción de la fianza, vía art. 1852 del Código civil, podrá ser anticipada, es decir pactada en el mismo contrato de fianza, y sólo se hará efectiva en el momento que pudiera oponerse al acreedor el beneficio de subrogación; no obstante, tanto si es anticipada como a “*posteriori*”, esta renuncia no

---

<sup>542</sup> Por todos, PLANIOL Y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t, XI, La Habana, 1946, p. 917; CAMPOGRANDE, *Trattato Della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, p. 629.

<sup>543</sup> Citada por FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, revista crítica de Derecho inmobiliario, nº. 614, enero-febrero 1993, p. 52.

<sup>544</sup> Por todos, SIMLER, voz “*Cautionnement*, *Juris Classeur civil*, 1990, p. 9.

<sup>545</sup> Por todos, SIMLER, voz “*Cautionnement*, *Juris Classeur civil*, 1990, p. 12.

debe implicar la renuncia a la subrogación, ya que éste es un efecto previsto “*ex lege*” para el fiador que paga. Es decir, el objeto de la renuncia será la no imputación al acreedor de la imposibilidad de quedar subrogado, por hecho de éste, en los “*derechos, hipotecas y privilegios*”<sup>546</sup>.

A pesar de la posibilidad de la admisión de tal renuncia anticipada, FINEZ RATÓN<sup>547</sup>, teniendo en cuenta que la renuncia funciona como una cláusula de exoneración, o modificación, de la responsabilidad del acreedor, es de la opinión que, aunque se haya pactado en el contrato, y con carácter general, no puede tener tal eficacia como para excluir cualquier tipo de responsabilidad del acreedor; en este sentido, estima, que no deben ampararse en la renuncia las conductas o actos dolosos o fraudulentos del acreedor.

## **2. En cuanto a la relación entre los arts. 1843 y 1852 del Código civil**

En el libro IV (“*De las obligaciones y contratos*”, título XIV (“*De la fianza*”), del Código civil, se encuentran los arts. 1843 y 1852 del Código civil, ambos con idéntica finalidad, es decir, tutelar de forma preventiva el interés del fiador<sup>548</sup>. Sin embargo, cada uno de dichos preceptos está integrado en bloques normativos distintos; el art. 1843 del Código civil se integra dentro del capítulo II (“*De los efectos de la fianza*”), sección segunda (“*De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador*”), y el art. 1852 del Código civil dentro del capítulo III (“*De la extinción de la fianza*”). También son distintos los sujetos implicados en cada uno de los supuestos de hecho contemplados en los citados preceptos; es decir, el deudor y el fiador, en el art. 1843, y el acreedor y el fiador, en el art. 1852 del Código civil.

<sup>546</sup> FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, Revista crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 53.

<sup>547</sup> *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil)*, n.º. 617, enero-febrero 1993, p. 53.

<sup>548</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *La protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 157, indica que ambas disposiciones (art. 1843 y art. 1852 CC) normativas encuentran su justificación dogmática y teleológica en la peculiar estructura accesoria de la relación de fianza o como señala CASANOVAS MUSSONS, A., en la nota de indemnidad que institucionalmente comporta la posición jurídica del fiador. La ajénidad del interés en que interviene el fiador representa el soporte básico en que reposa el principio “*favor fideiussoris*”, informador de la reglamentación jurídica de la fianza, del cual son los art. 1843 y art. 1852 del CC sus manifestaciones más propias y peculiares encaminadas por igual a salvaguardar el derecho genérico del fiador a resarcirse de lo que se viera compelido a pagar en cumplimiento de su obligación de garantía.

No obstante la diferente ubicación, ¿es posible encontrar alguna dependencia entre ambos preceptos?; es decir, ¿la actitud pasiva del fiador respecto al ejercicio de las acciones de liberación o cobertura, del art. 1843 del Código civil, podría ser susceptible de determinar la exclusión del efecto extintivo de la fianza establecido en el art. 1852 del Código civil para el fiador?.

Si la respuesta al anterior interrogante fuera afirmativa, ello implicaría que las acciones preventivas favor del fiador que se establecen en el art. 1843 Código civil representarían, en realidad, una imposición para que éste actúe frente al deudor en orden a la consecución de las medidas de aseguramiento anticipado, suponiendo su incumplimiento por parte del fiador la imposibilidad de oponer frente al acreedor la excepción de perjuicio en la subrogación establecida en el art. 1852 Código civil. En defensa de la postura negativa se podría argumentar que el fiador conserva su derecho a oponer válidamente la excepción de perjuicio en la subrogación, vía art. 1852 del Código civil, sin que para ello se vea obligado a probar el desarrollo de actividad alguna por su parte en orden al ejercicio de las acciones del art. 1843 del Código civil<sup>549</sup>; asimismo, se podría argumentar que, en general, las circunstancias<sup>550</sup> que pueden dar lugar a la extinción de la obligación *fideiussoria*, vía art. 1852 del Código civil, no autorizan al fiador a actuar frente al deudor, en base al art. 1843 del Código civil, a fin de requerirle la liberación de la fianza o la caución pertinente. No obstante, también es cierto, que, en algún caso, la pérdida o deterioro de “*derechos, hipotecas y privilegios*” podría ser subsumida dentro de alguno de los supuestos contenidos en el art. 1843 del Código civil; así, por ejemplo, en el supuesto que el acreedor deje vender a precio “a la baja” los valores dados en prenda por el deudor y ello trajera como consecuencia que el

---

<sup>549</sup> ALONSO SANCHEZ, *La protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 165, 166 y 167, indica el citado autor que las acciones de relevación o cobertura no aparecen consagradas por el legislador como mecanismos de protección ante una hipotética falta de diligencia por el acreedor en la conservación de los derechos susceptibles de beneficiar al fiador por la subrogación. Si el fiador decide no hacer uso de las facultades a él conferidas por el art. 1843 CC, su actitud de abstención no podrá nunca acarrearle una sanción jurídica como sería la pérdida de su derecho a oponer la excepción de perjuicio en la subrogación.

<sup>550</sup> Según GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al art. 1843, Comentario del Código civil*, t, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1852, el art. 1852 CC impone al acreedor el deber de no alterar ni contribuir con su conducta a que se altere, la relación entre débito y responsabilidad, tal y como aparecía configurada en el momento de constituirse la fianza. Dicho hecho se explica por la mejor doctrina como una carga, entendida como un deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia. No es una obligación en sentido estricto, sino una carga expresada a su vez de que el reembolso del fiador no puede ser desconocido por el acreedor. El incumplimiento de ese deber se sanciona con la extinción de la fianza, como fórmula más adecuada para evitar injustificados perjuicios al garante.

patrimonio del deudor deviniera insolvente, hecho éste que podría caer dentro del supuesto 2º del art. 1843 Código civil (“... *En caso de ... insolvencia...*”).

Si se acepta la tesis negativa, el fiador podrá ejercitar las acciones del art. 1843 del Código civil antes proceder al pago al acreedor, es decir sin esperar al vencimiento del crédito, con el fin de asegurar su derecho de reembolso; ahora bien, si no lo hace, nada le impediría que pueda posteriormente defenderse alegando la extinción de la fianza por la vía art. 1852 Código civil en el caso de que por algún “*hecho del acreedor*” se perjudique su derecho de subrogación.<sup>551</sup>

Este sentido negativo fue el estimado por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 577/2002 (Sala de lo Civil) de 14 de junio, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, cuando indica que “... *El recurrente, a partir de un razonamiento del tribunal de apelación del que parece desprenderse la inaplicabilidad liberatoria del art. 1852 CC si el fiador hubiera podido ejercer en su momento la acción de relevación de la fianza al amparo del art. 1843 del mismo Cuerpo legal, rebate dicha tesis mediante abundantes citas de reputados autores de la doctrina científica fundadas en la dudosa eficacia de la acción de relevación, invocando la falta de apoyo jurisprudencial de esa misma tesis y, en fin, alegando que en el concreto caso examinado ha quedado patente las mas absoluta y abierta despreocupación del acreedor en orden a la realización de acto conservativo alguno respecto a la garantía y la final y directa complicidad en la definitiva desaparición de la misma, consintiendo la enajenación del local contra percepción de una suma de dinero a cuenta de su crédito. El motivo así planteado ha de ser desestimado. Es cierto que algunas de las consideraciones del tribunal de apelación en torno a la cuestión debatida, como la subordinación del art. 1852 CC al oportuno ejercicio por el fiador de la acción de relevación ... , no pueden ser compartidas por esta Sala ....*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 403/2005 (Sala de lo Civil –

---

<sup>551</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al art. 1843, Comentarios al Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 1853, señala que el hecho del fiador que tiene como consecuencia la pérdida de garantías a su favor es relevante aunque el fiador hubiera podido evitar las consecuencias perjudiciales de la falta de subrogación, mediante el ejercicio oportuno de la acción de relevación. FRAGALI, *Della Fidiussione, Comentario del Codice Civile*, libro cuarto, Delle obbligación, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 474, que está en contra de la conexión entre los art. 1955 y 1953 del Codice (concordantes con los art. 1852 y art. 1843 CC) incide en la diferencia entre ambos recursos jurídicos, indicando que “*nada podría hacer el fiador antes del pago para conservar su derecho de subrogación, ya que la acción de relevo no tiende a tal conservación, de modo que no existe ningún nexo causal entre el perjuicio del subingreso y la abstención del fiador*”

Sección 1ª), de 19 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan, cuando indica que “ *...Por otra parte, la subordinación del artículo 1852 del Código civil al oportuno ejercicio por el fiador de la acción de relevación ..... no pueden ser compartidas por esta Sala ....* ”.

Por otro lado, es opinión unánime en la doctrina<sup>552</sup> que para la producción de los efectos extintivos de la fianza, vía art. 1852 del Código civil, se requiere la exclusiva conducta del acreedor (“*hecho del acreedor*”) en la producción del perjuicio. En este sentido, la intervención del fiador, positiva o negativa, en el “*hecho del acreedor*” causante de la pérdida o deterioro de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, excluiría el efecto extintivo de la fianza del art. 1852 del Código civil, al no resultar admisible que pueda el fiador oponer al acreedor una negligencia que le es común<sup>553</sup>. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 28 de febrero de 1985, ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño, al indicar que “ *... Que el motivo quinto lo que denuncia es interpretación errónea del artículo mil ochocientos cincuenta y dos del Código civil .... Porque lo que éste dice es que los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación, siempre que por algún hecho del acreedor, no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo; y en el presente caso, lo que se alega es que se retrasó la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad ....; pero no está probado que se debiese a un hecho del acreedor, pues la Sentencia declara que fue debido a un acuerdo entre las partes y tal declaración no ha sido desvirtuada por la única vía procesalmente pertinente ....como no lo fue tampoco la correspondiente declaración de que no está acreditado que la pérdida de un puesto en el rango hipotecario fuese debido a negligencia del acreedor....* ; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 20 de junio de 1989, ponente: Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo, indicando que “ *... El motivo tercero, también bajo el mismo amparo de los anteriores, denuncia la infracción del artículo 1852 del Código civil, se afirma que los privilegios y derechos derivados de la Póliza de Préstamo hubieran sido: a) la posibilidad de seguir un procedimiento sumario ejecutivo; ... en relación con el primero de los apartados anteriores, razona la*

<sup>552</sup> ALONSO SÁNCHEZ. B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 156.

<sup>553</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 336-337; FRAGALI, “*Della fideiussione*”, *Comentario del Codice civile*, (art. 1936 a 1959), Bologna / Roma, 1968, p. 472-473; SIMLER, *Juris Classeur civil*, art. 2037 a 2039, Fasc. J, nº1 115.

*recurrida sentencia con total acierto que la pérdida del carácter ejecutivo de la acción, como los demandados pudieron exigir en su momento la presencia del Corredor en el acto de la firma, al no hacerlo tal omisión no puede imputarse exclusivamente al acreedor, resultando baladí el que se diga que la presencia física del Corredor corresponde a una técnica jurídica tan específica que sería injusto exigirle su conocimiento a los deudores-fiadores, puesto que al estampar su firma daban por presente al Corredor de Comercio dando fe de la legitimidad de las firmas y de su capacidad, luego fácilmente les era comprensible la necesidad de su presencia ...;* Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 520/2001, de 8 de noviembre, indicando que “ ... por lo que respecta a la aplicación del art. 1852 del CC, debe indicarse que su tenor no resulta aplicable en el presente supuesto pues el mismo se refiere al hecho de que los fiadores, aunque sean solidarios quedan libres de su obligación, cuando por algún hecho del acreedor no puedan subrogarse en los derechos, hipotecas y derechos de los mismos, es decir que este precepto se refiere a actos imputables al acreedor ... y no a actos o hechos imputables al fiador .... “; Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 183/2004 (Sección 3ª), de 30 de abril, al indicar que “ ... con base a los anteriores hechos ... solicita que se declare extinguida la fianza por haberse vendido la furgoneta con levantamiento de la reserva de dominio, con lo que el acreedor habría llevado a cabo un hecho que provoca que el fiador no pueda llegar a la subrogación en los derechos y privilegios del acreedor ..... El art. 1852 del CC al contemplar como causa de extinción de la fianza los hechos del acreedor obstativos a la subrogación del fiador, responde a la finalidad de evitar que el acreedor, por su sola voluntad, pueda empeorar la condición del fiador ... Según el Tribunal Supremo, el hecho del acreedor ha de ser personal, directo y de carácter positivo (Sentencias del Tribunal Supremo 31.3.1927 y 9.10.1967) .... de la intervención del hoy actor en el contrato de compraventa se deduce que el acto en cuestión no fue un hecho del acreedor al que se refiere el art. 1852 del Código civil, sino un hecho conjuntamente realizado tanto por el acreedor y por el hoy demandante ... “.

Por su parte, MANRESA<sup>554</sup>, CASANOVAS MUSSONS<sup>555</sup> y GUILARTE ZAPATERO<sup>556</sup> indican que el art. 1843 del Código civil representa una excepción al principio general (“*la eficacia interna de la relación jurídica de fianza, es decir, los efectos entre el deudor y el fiador, vienen determinados exclusivamente por el hecho del pago realizado por el fiador*”); de esta forma, la mencionada excepción al principio general queda sancionada cuando el precepto indica que “... *El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal ...*” a fin de obtener la relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor.

En este sentido, tanto el art. 1843, como el art. 1852, del Código civil encuentran su justificación, dogmática y teleológica, en la peculiar estructura accesoria de la fianza o en la nota de indemnidad<sup>557</sup> que comporta la posición del fiador; es decir, la ajenidad del interés en que interviene el fiador representa el soporte básico en que se sustenta el principio “*favor fideiussoris*”, informador de la regulación de la fianza, siendo los art. 1843 y art. 1852 del Código civil manifestaciones propias del mismo, en el sentido de salvaguardar el derecho genérico del fiador a resarcirse de lo que se viera compelido a pagar en cumplimiento de su obligación de garantía.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2002 (Sala de lo Civil), de 8 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, cuando indica que “... *el razonamiento expuesto armoniza con la doctrina que sienta la Sentencia en orden a que el art. 1852, en relación con el 1830, ambos del CC, tratan de evitar que por cualquier medio .... se perjudique el fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena, sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 134/2003 (Sección 7ª), de 28 de febrero, en la que, bajo el mismo argumento, se cita la anterior Sentencia del Tribunal Supremo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 507/1996 (Sección 3ª), de 14 de octubre, indicando en el mismo sentido que “...*toda la doctrina pone de relieve que el art. 1852 del Código civil no es sino una consecuencia obligada del*

---

<sup>554</sup> *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª, ed., Madrid, 1973, p. 433.

<sup>555</sup> *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 111.

<sup>556</sup> *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 241.

<sup>557</sup> En este último caso, CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 114.

*principio de subrogación del fiador en los derechos del acreedor, proclamado en el art. 1839 del Código civil y dichos dos preceptos lo que tratan es de evitar que, por cualquier medio, como puede ser el acuerdo entre el acreedor y deudor, se perjudique al fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena, sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado...”.*

Así, la identidad de ambos preceptos (art. 1843 y 1852 del Código civil) se encuentra en su finalidad común de dispensar adecuada protección a los eventuales derechos de reintegro del fiador, a pesar de ser distintas las situaciones jurídicas contempladas en cada caso, así como los sujetos implicados en los supuestos de hecho de las correspondientes normas (el fiador / deudor en el art. 1843 y el fiador / acreedor en el art. 1852 del Código civil). De esta forma, el art. 1852 del Código civil viene configurado legalmente con un carácter sancionador, otorgando eficacia extintiva de la fianza cuando por un “*hecho del acreedor*” impida la subrogación del fiador en los “*derechos, hipotecas y privilegios*” anejos al crédito afianzado y, en cambio, el art. 1843 del Código civil, concede al fiador un concreto remedio jurídico, de carácter preventivo o cautelar, de su eventual derecho de regreso, permitiéndole en determinadas circunstancias tasadas accionar frente al deudor, aun antes de haber procedido a efectuar el pago de la deuda garantizada al acreedor.

No obstante la relación existente entre los art. 1843 y 1852 del Código civil, surge el interrogante, antes apuntado, es decir, ¿en qué medida la actitud de abstención o pasividad en el fiador, respecto del ejercicio de las acciones de relevación de la fianza o cobertura (art. 1843 del Código civil), puede determinar la exclusión para el fiador del efecto extintivo del art. 1852 del Código civil?

Mayoritariamente la doctrina científica en el Derecho Comparado es de la opinión que el “*hecho del acreedor*” carecerá de relevancia jurídica cuando la acción, o la omisión, causante de la pérdida o deterioro de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” pudo ser paliada, en sus consecuencias perjudiciales, por el fiador, mediante el ejercicio, por su parte, de las acciones de relevación o de cobertura<sup>558</sup>. Así, POTHIER<sup>559</sup>, delimitando el

<sup>558</sup> ALONSO MARTINEZ, B., *La protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 158.

<sup>559</sup> *Tratado de las obligaciones*, vol. 2º, Barcelona, 1878, p. 220.

juego de la “*exceptio cedendarum actionum*”, sustento dicho planteamiento en parecidos términos; así, señaló que no podría imputársele al acreedor negligencia alguna en la cesión de sus acciones “ .. *cuando los fiadores han podido, tan bien como aquél, velar por la conservación de la hipoteca que se ha perdido. No es, pues, más que en el caso de que ellos hubieren puesto al acreedor en demora cuando podrán quejarse de que él haya dejado perder sus hipotecas; más, cuando ellos se han descuidado tanto como él, no es admisible que puedan oponerle una negligencia que les es común ...*”; no obstante la afirmación anterior, el autor parte de considerar que el antiguo beneficio de cesión de acciones, tal como provenía del Derecho Justiniano y con los matices propios de su evolución jurídica, no imponía al acreedor la obligación de practicarla “.. *más que por una pura razón de equidad...*”; así, indicaba el citado autor, “ ... *mas no debe obligarse al acreedor a cederlas que en tanto que las tiene, y tales como las tiene; y no debe imputársele si no las ha conservado; o si se ha puesto en estado de no poderlas ceder ...*”<sup>560</sup>.

Tras el movimiento codificador, tanto en el Code como en los Códigos civiles de su influencia, se consagra la operatividad “*ex lege*” de la subrogación, es decir, sin necesidad de solicitud previa del fiador (“*solvens*”) y con independencia de la voluntad del acreedor o del deudor; no obstante, el criterio en torno a la relevancia del comportamiento del fiador en el mantenimiento de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, que serán cedidos tras el pago, se ha continuado manteniendo por la doctrina.

De este modo, con respecto al estado de dependencia entre los art. 2037 (“ ... *el fiador queda liberado cuando no puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor por hecho de éste. Toda cláusula contraria se estima no escrita..*”) y el art. 2032 del Code (correspondiente al art. 1843 del Código civil) se pronuncian, entre otros, PLANIOL / RIPERT<sup>561</sup> y BETANT-ROBET<sup>562</sup>, afirmando, dichos autores, que dado que la puesta en funcionamiento del art. 2037 requiere que la imposibilidad en la subrogación del fiador sea debida al sólo “*hecho del acreedor*” , el fiador, desde el

---

<sup>560</sup> POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, vol 2º, Barcelona, 1878, p. 220.

<sup>561</sup> *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2º, París, 1954, nº 1.560, p. 1007.

<sup>562</sup> *La décharge de la caution para application de l'article 2.037*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, nº 79, p. 342.

momento en que podía evitar la pérdida de la garantía no puede más que culparse a sí mismo.

También se han defendido por autores franceses opiniones que difieren de las anteriormente expresadas. Así, MARTY-RAYNAUD / JESTAZ<sup>563</sup>, entre otros, han rechazado las conclusiones en que se ha apoyado el criterio de exclusión del efecto liberatorio del art. 2037 del Code, es decir, que el fiador cometía una negligencia en no hacer valer sus recursos de protección anticipada y en que esta negligencia le prohibía invocar la extinción de sus compromisos de garantía. Argumentan los autores partidarios de esta corriente, la reciente orientación jurisprudencial que se va abriendo camino en el país galo, y que, en su opinión, pondrá fin a una solución injusta. En apoyo este planteamiento, proponen la idea de que no puede volverse contra el fiador un texto que tiene como único objeto aumentar sus derechos, poniendo, asimismo, de relieve como el fiador tiene menos facilidades que el acreedor para conocer la situación del deudor.

Idéntica evolución ha seguido la doctrina italiana. Al respecto, FRAGALI<sup>564</sup>, en oposición al criterio mayoritariamente seguido en Italia (CORSI<sup>565</sup>, BO<sup>566</sup>, entre otros) respecto a la conexión de los art. 1955 (“... *la fianza se extingue cuando por hecho del acreedor no pueda tener efecto la subrogación del fiador en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y en los privilegios del acreedor...*”) y el art. 1953 del Codice (correlativo al art. 1843 del Código civil), manifiesta que dicha conexión se fundamenta, especialmente, sobre la base, errónea, a su entender, de que la acción de relevación debe encaminarse a evitar los efectos de la negligencia del acreedor. Afirma, el citado autor, que el “*hecho del acreedor*” es relevante también si el fiador hubiera podido impedir la consecuencia perjudicial. Asimismo, pone de manifiesto, que el Codice, a los efectos de la sanción, impone al acreedor y no al fiador la carga de actuar, mientras que mantiene al fiador dentro de la esfera del obrar facultativo. Continúa, el citado autor, indicando que nada podría hacer el fiador antes del pago para conservar su

<sup>563</sup> *Les sûretés. La publicité foncière*, 2º. ed., París, 1987, nº 609, p. 408-409.

<sup>564</sup> “Della fideiussione”, en *Comentario del Codice Civil* a cura di SCIALOJA /BRANCA, art. 1936 a 1959, Bologna / Roma, 1968, 474.

<sup>565</sup> *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civil con i principi del diritto romano, con la dottrina e la giurisprudenza*, Catania, 1891, p. 434.

<sup>566</sup> Voz “Fideiussione”, en *Nuevo Digesto Italiano*, Torino, 1938, vol. V, p. 1128.

derecho de subrogación, y que la acción de relevo no tiende a tal conservación, no existiendo ningún nexo causal entre el perjuicio del subingreso y la abstención del fiador. Concluye, el autor, que el relevo mira a evitar el pago o a obtener una garantía para el regreso, es decir, reforzando la eventual posición acreedora del fiador garantizando el derecho de subrogación; así, se entiende que aquello inherente al relevo es un poder que se añade a los otros que se adquieren por el fiador a consecuencia de la subrogación, no un poder de carácter alternativo respecto a la subrogación.

Por su parte, en la doctrina española se ha ocupado del tema GUILARTE ZAPATERO<sup>567</sup> quien, haciéndose eco de la posición de FRAGALI, confirma que el “*hecho del acreedor*” es relevante aunque el fiador hubiera podido impedir las consecuencias perjudiciales de la falta de subrogación, mediante el ejercicio de las acciones de relevación de la fianza; otros autores, como PÉREZ ÁLVAREZ<sup>568</sup> y MANRESA<sup>569</sup>, haciendo referencia a los pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto, parecen admitir el criterio favorable de una interpretación conjunta de los arts. 1852 y 1843 del Código civil. Así, PÉREZ ÁLVAREZ, observa que la consecuencia derivada de la conmixtión de ambos preceptos estriba en que el posible perjuicio ocasionado por el acreedor no tendrá relevancia cuando la acción u omisión del acreedor causante del perjuicio pudo ser paliada por los fiadores en virtud de la facultad que le otorga el art. 1843 del Código civil.

Esta incidencia del comportamiento, conforme a lo previsto en el art. 1843 del Código civil, respecto a la procedencia o no de la invocación de la excepción del perjuicio en la subrogación (art. 1852 del Código civil) ha sido objeto de trato, en alguna ocasión, por parte del Tribunal Supremo. Así, en las Sentencias de 2 de junio de 1909, 20 de diciembre de 1910, 22 de noviembre de 1916, 31 de marzo de 1927, 7 de octubre de 1933 y 1 de marzo de 1983<sup>570</sup>, el Alto Tribunal denegó el efecto liberatorio del art. 1852 del Código civil, pretendido por el fiador, basándose, principalmente, en el hecho de que el legislador ha concedido al fiador unos recursos antes del pago contra el deudor principal en protección de sus intereses y que, de no haber sido éstos efectivamente

---

<sup>567</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 330.

<sup>568</sup> *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 250, nota 443.

<sup>569</sup> *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Madrid, 1967, p. 487.

<sup>570</sup> Sentencias citadas por ALONSO MARTINEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 161.

articulados por el garante, no podrá soportar el acreedor las consecuencias de su propia negligencia, incluso si el acreedor mismo ha sido también negligente; en este sentido, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de octubre de 1933 funda su fallo desestimatorio, correspondiente a la aplicación al caso del art. 1852 del Código civil, en que “.. *el Banco fiador, no obstante las facultades que le asigna el art. 1843 para la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor, no adoptó ninguna medida para asegurarse sobre los bienes del deudor que, según el propio Banco, eran cuantiosos y estuvieron libres más de cuatro años, por lo cual, lejos de observarse negligencia en el acreedor, es en el Banco fiador donde se observa, no pudiendo admitirse en buena lógica que para guardar los intereses del fiador haya de prestar más diligencia que éste el acreedor, quien confía en la solvencia del fiador tanto como en la del deudor ...* “. De esta forma, el Tribunal Supremo en estas resoluciones es del parecer que el art. 1843 del Código civil, interpretado desde la perspectiva del art. 1852 del Código civil, impone al fiador una obligación de actuar en orden a la consecución de las medidas de aseguramiento anticipado a que se refiere el precepto, no interpretándolo como un derecho potestativo, deduciendo, en consecuencia, el Alto Tribunal que el incumplimiento o violación de dicha obligación es constitutiva de una falta negligente del fiador impeditiva de su derecho de oponer la excepción de perjuicio de la subrogación del art. 1852 del Código civil, con independencia de que el acreedor haya incurrido también en una falta de diligencia. En el mismo sentido, la Sentencia del 22 de noviembre 1916 afirmó que “ *... pudiendo el fiador, según el precepto del art. 1843 del Código civil, proceder contra el deudor principal aun antes de haber pagado, cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse, no puede prosperar a los efectos de casación la infracción del art. 1852 del Código civil aducida para considerar que ha quedado libre de su obligación el recurrente, por no poderse subrogar en los derechos y privilegios del deudor, en cuanto el acreedor omitió levantar los oportunos protestos notariales de los pagarés vencidos en su totalidad por falta de pago de alguno de ellos, según lo convenido, ya que, en virtud de aquél derecho, pudo por sí mismo (el fiador) practicar esas diligencias notariales ...* “; es decir, sigue insistiendo el Alto Tribunal en la configuración de las acciones de relevación y cobertura, como medidas de prevención encaminadas a evitar las consecuencias perjudiciales de una hipotética conducta negligente del acreedor.

Igual argumento de fondo se encuentra también en la Sentencia del 31 de marzo de 1927 en la que se declara la no aplicación del art. 1852 del Código civil al entender el Tribunal Supremo que los perjuicios, supuestamente derivados de la conducta omisiva del acreedor, manifestada en su falta de concurrencia a un reparto particular del patrimonio del deudor fiado, realizado por éste a favor de sus restantes acreedores, y en la falta de impugnación de la validez del mismo, pudieron ser evitados por los propios fiadores supliendo la inactividad del acreedor; así, se declara que “... *vivo estaba al celebrarse y vivo se mantiene el derecho de los fiadores para impugnar, si les conviniera, la eficacia de aquel reparto, sin que la no asistencia del acreedor restara eficacia a la virtualidad de esta acción, que estaba desde que se celebró la Junta “in potentia” en favor de los acreedores no concurrentes, y pueden los fiadores ejercitar “in actu” sin la cooperación del acreedor ...*”.

En consecuencia, de dichas sentencias del Alto Tribunal, se puede extraer la conclusión que las acciones anticipadas del art. 1843 del Código civil se perfilan como remedios jurídicos que se encaminan a suplir la actividad o pasividad del acreedor que pudiera de algún modo ser causa del perjuicio a la subrogación del fiador. En realidad, el Tribunal Supremo considera que los fiadores se encontraban legitimados, por el art. 1843 del Código civil, para proceder al ejercicio eficaz de unas concretas actuaciones jurídicas que, en principio, parecen ser propias y exclusivas del acreedor afianzado, al ser éstas inherentes a la titularidad activa del crédito (levantamiento protestos notariales / impugnación de los actos fraudulentos realizados por el deudor ...). No obstante las tesis argumentales esgrimidas en las citadas sentencias por el Tribunal Supremo, la posibilidad real de extender el alcance objetivo de los recursos de protección anticipada establecidos en el art. 1843 del Código civil (“... *en todos estos casos la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor ...*”), respecto a cualquier actuación, judicial o extrajudicial, cuyo ejercicio requiera la cualidad jurídica de acreedor, parece ser discutible<sup>571</sup>.

---

<sup>571</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 163.

También, más recientemente el Tribunal Supremo ha estimado la no aplicación del art. 1852 del Código civil al exigir para ello una cierta actividad en el fiador; así en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 1983, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui, relativa a un supuesto de compraventa con pago aplazado, reserva de dominio, y fianza solidaria en garantía de dicho pago aplazado, consta que el acreedor no hizo nada para hacer valer la reserva de dominio con la que contaba, en los procedimientos judiciales que se entablaron contra el bien, indicando la sentencia que “ .. más resultando la certeza del hecho de que el mencionado fiador, aquí recurrente, al haber también avalado las letras de cambio origen de aquellos procedimientos conoció la existencia de los mismos, es obvio que al margen de su posibilidad o imposibilidad de intervenir en ellos en calidad de tercerista, pudo frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que al menos quedara patente la pasividad que le imputa como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba, razón por la que no puede estimarse que la conducta del acreedor constituya el “hecho” determinante de que el fiador solidario no pudiera quedar subrogado en la garantía que para el saldo de la deuda la reserva de dominio significaba, pues como ya sancionaron las sentencias de esta Sala de 7 de octubre de 1933 y 9 de octubre de 1962, la Ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia .... “. Sigue indicando la Sentencia, en cuanto a este deber de actuar del fiador para la operatividad de la excepción de perjuicio en la subrogación del art. 1852 del Código civil, que no basta que el fiador acredite que el acreedor debió y pudo hacer valer la reserva de dominio, cuya pérdida lesiona su derecho de subrogación, sino que “ .. debió asimismo probar el fiador demandado su imposibilidad de intervenir en los procedimientos de ejecución de bienes seguidos contra la entidad deudora, conocido formalmente por el fiador el impago de las letras por él avaladas...”. No obstante este extremo no viene exigido por el art. 1852 del Código civil, ya que únicamente cabe estimar como hechos sometidos a prueba, a los efectos de la procedencia de los efectos extintivos del art. 1852 del Código civil, los relativos a la pérdida de los “derechos, hipotecas y privilegios” susceptibles de subrogación por el fiador, la existencia de un perjuicio cierto para el mismo, así como la relación de causalidad entre el “hecho del acreedor” y la imposibilidad de subrogación del garante, y la imputabilidad real al acreedor de la autoría del acto determinante del perjuicio.

Es decir, parece excesivo exigir al fiador que invoca la liberación de su obligación, vía art. 1852 del Código civil, que acredite la imposibilidad en que se encontraba de haber podido evitar las consecuencias perjudiciales del “*hecho del acreedor*”, supliendo su inactividad, originadoras del perjuicio; máxime cuando, como sucede en la Sentencia del 1 de marzo de 1983, se está haciendo mención al posible ejercicio por el garante de determinadas facultades cuya titularidad aparece subordinada por la ley a la concurrencia de alguna titularidad crediticia, como sucede con relación a la demanda de tercería de mejor derecho a la que se alude (“... *es obvio que al margen de su posibilidad o imposibilidad de intervenir en ellos en calidad de tercerista ...*”).

En cambio, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 577/2002 (Sala de lo Civil), de 14 de junio, ponente: Sr. D. Francisco Marín Castán, se indica que “... *es cierto que alguna de las consideraciones del tribunal de apelación en torno a la cuestión debatida, como la subordinación del art. 1852 CC al oportuno ejercicio por el fiador de la acción de relevación ... no pueden ser compartidas por esta Sala ...*”; en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 403/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª), de 19 de mayo, indicando que “... *la subordinación del art. 1852 del Código civil al oportuno ejercicio por el fiador de la acción de relevación .... no pueden ser compartidas por esta Sala ...*”; es decir se desvincula el ejercicio de las acciones del art. 1843 del Código civil de la facultad de extinción de la fianza vía art. 1852 del Código civil, dando, por lo tanto, un pleno carácter facultativo a las acciones de relevación y cobertura del art. 1843 del Código civil.

No obstante la defensa doctrinal y/o jurisprudencial del carácter potestativo u obligacional de los actos de aseguramiento del art. 1843 del Código civil, lo que parece claro es que del tenor literal del citado precepto se desprende que el fiador “... *puede ...*” proceder contra el deudor, no imponiendo, en consecuencia, al garante actividad alguna frente al acreedor, cuya omisión sea susceptible de excluir los efectos del art. 1852 del Código civil, como parece desprenderse de la Sentencia del 1 de marzo de 1983<sup>572</sup>; tesis reforzada por el hecho de que el fiador no está obligado a desplegar ninguna actividad de control respecto al cumplimiento efectivo por el acreedor de su

---

<sup>572</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *La protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 163.

carga de conservar las garantías que acompañan a la obligación principal; tampoco, por la propia naturaleza de “carga” y no de obligación, podrá el garante conminar judicialmente al acreedor a la conservación de las garantías, ni se encuentra legitimado para exigirle que proceda a reclamar al deudor el pago del crédito vencido; tampoco del hecho de no dirigirse el fiador frente al acreedor al objeto de mostrarle su contrariedad ante su conducta respecto a las garantías, debería presumirse como un consentimiento tácito del fiador a la actuación del acreedor. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 520/2001, de 8 de noviembre, se indica que “ ... *el mismo se refiere al hecho de que los fiadores, aunque sean solidarios quedan libres de su obligación, cuando por algún hecho del acreedor no puedan subrogarse en los derechos, hipotecas y derechos de los mismos, es decir que este precepto se refiere a actos imputables al acreedor ... y no a actos o hechos imputables al fiador ...*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 183/2004 (Sección 3ª), de 30 de abril, indicando que “ ... *el art. 1852 del Código civil al contemplar como causa de extinción de la fianza los hechos del acreedor obstativos a la subrogación del fiador, responde a la finalidad de evitar que el acreedor, por su sola voluntad, pueda empeorar la condición del fiador ... Según el Tribunal Supremo, el hecho del acreedor ha de ser personal, directo y de carácter positivo ...*”.

Todo este proceder presenta la problemática de considerar en qué medida el art. 1843 del Código civil confiere al fiador la misma legitimación activa conferida por la ley al acreedor principal para el ejercicio de concretos actos o facultades jurídicas, que dimanen de la propia cualidad jurídica de acreedor de un derecho de crédito<sup>573</sup>.

En un sentido contrario, al de la Sentencia de 1 de marzo de 1983, se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de junio de 1914<sup>574</sup>; sentencia que es anterior, y única, a las antes mencionadas, es decir, no seguida por la doctrina posterior indicada, consistente en relacionar el art. 1843 con el art. 1852 del Código civil. Así, en la sentencia de 18 de junio de 1914, se valora en qué modo lo preceptuado para el fiador en el art. 1843 del Código civil puede realmente enervar las sanciones legalmente impuestas por el art. 1852 del Código civil al acreedor por su conducta negligente y

<sup>573</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 164.

<sup>574</sup> Citada por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 165.

perjudicial del derecho de subrogación del fiador. Dicha sentencia concluye que “.. *sin que sea remedio apropiado para impedirlo* (refiriéndose al perjuicio originado por el acreedor) *la facultad que concede el art. 1843 del Código civil que, por su carácter potestativo, excusa al fiador de acudir forzosamente a un litigio para obtener del deudor le releve de la fianza...* “.

Esta diferente solución dada por la Sentencia de 18 de junio de 1914 parece justificarse por la diferente calificación de potestativa con la que se entiende configurado el proceder del fiador, vía art. 1843 del Código civil; mientras que en el resto de las sentencias comentadas, el Tribunal Supremo partía de la base de considerar implícitamente exigible, en el art. 1843 del Código civil, un deber de actuar del fiador a cuya observancia subordina la liberación del fiador sancionada en el art. 1852 del Código civil.

Lo que sí es criterio unánime en la doctrina<sup>575</sup> es que el remedio se que concede al fiador en el art. 1843 del Código civil para antes del pago, sólo cabe en los supuestos previstos y/o tasados por la norma, así como el hecho de que, dichos supuestos tasados, deben ser objeto de una interpretación estricta. Por ello, se podría concluir, que el fiador debería de conservar su derecho a oponer los efectos del art. 1852 del Código civil sin que para ello tenga que acreditar el desarrollo de actividad alguna orientada a impedir la conducta negligente del acreedor; tesis, que pone en entredicho la conmixción jurídica de los art. 1843 y 1852 del Código civil, apuntada por la jurisprudencia y por la doctrina arriba mencionada.

El Tribunal Supremo, en las sentencias comentadas, efectúa una interpretación correctora del art. 1843 del Código civil, en la que parece desvirtuarse la exacta significación jurídica y el alcance de los remedios conferidos en el citado precepto al fiador. De esta forma, las acciones de relevación y cobertura (art. 1843 del Código civil) no aparecen consagradas legalmente como mecanismos de protección ante una hipotética falta de diligencia en el acreedor en la conservación de las garantías, ya que,

---

<sup>575</sup> Por todos, MARTY.RAYNAUD / JESTAZ, *Les sûretes. La publicité foncière*, 2º ed., París, 1987, nº 600, p. 400, quien opina que el art. 2032 del Code debe ser objeto de una interpretación estricta; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 245, que señala que el “.. *efecto sancionado en el art. 1843 depende de la concurrencia de alguna de las situaciones que las propias normas determinan...*”.

dicha finalidad tuitiva, ya es cumplida por el art. 1852 del Código civil, destinándose, consecuencia, el art. 1843 del Código civil a dotar al fiador de unos medios de prevención (relevación) y aseguramiento (caución) de sus intereses, a ejercitar a su libre voluntad, siempre que concurran alguno de los supuestos tasados por la norma, destacándose que entre ellos no figura como hecho habilitante una supuesta negligencia del acreedor causante de un perjuicio en la subrogación del fiador<sup>576</sup>.

De esta forma, la mención contenida en el art. 1843 del Código civil ( “ ... *puede proceder contra el deudor principal* ...”) es indicativa de que el precepto contempla las acciones del fiador con el carácter de potestativas, como así estimó la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1914 y más recientemente las STS del 14.6.2002 y 19.5.2005 y no como acciones “en lugar del acreedor”, como parece deducirse de las otras sentencias referidas.

Así, de esta manera, si no cabe más actuación, vía art. 1843 del Código civil, que en los supuestos expresamente tasados por la norma, resulta que desaparece el fundamento jurídico que autoriza a imponer al fiador un concreto deber de actuar, frente al acreedor negligente, sobre la base del citado art. 1843 del Código civil. En consecuencia, el art. 1843 del Código civil parece que debe ser encuadrado entre las normas cuya finalidad específica es la de amparar al fiador legitimándolo para el ejercicio de unas concretas facultades o derechos, potestativos, que le van a permitir evitar el pago (acción de liberación) o reducir los perjuicios que la realización del mismo le pueda ocasionar (acción de cobertura).

De la regulación jurídica de la institución de la fianza se desprende como es la específica obligación *fideiusoria*, o de cumplimiento de la deuda ajena, la única obligación que asume el fiador, y la única que dimana de la relación jurídica de la fianza, en razón del carácter unilateral de la misma. Asimismo, exclusivamente, se configuran como verdaderos deberes o cargas legales al fiador, la de cooperar con el acreedor en la excusión de los bienes del deudor principal (art. 1832 del Código civil “..para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor

---

<sup>576</sup> ALONSO SANCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 165 y 166.

*realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda ..”*) y el de notificar al deudor su intención de pagar (art. 1840 del Código civil “.. *si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago ...*). En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de marzo de 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes, cuando indica que “... *debiendo recorsarse que la fianza es contrato y que cuando se habla de unilateralidad se hace referencia no a su nacimiento (es consensual), sino a que de él nacen obligaciones para una sola de las partes ....”*”.

En conclusión, parece que si el fiador decide no hacer uso de las acciones de relevación y cobertura del art. 1843 del Código civil, podrán seguirse contra el mismo consecuencias negativas, pero éstas nunca deberían acarrear una sanción jurídica como sería, según el criterio seguido en algunas sentencias por el Tribunal Supremo, y por algunos civilistas extranjeros, la de la pérdida de su derecho de oponer la excepción de perjuicio de la subrogación del art. 1852 del Código civil<sup>577</sup>.

Dicha tesis favorable a la separación entre ambos preceptos, puede ser sostenida también, porque ninguna norma legal establece semejante dependencia entre los art. 1843 y art. 1852 del Código civil, porque nos encontramos ante un derecho potestativo (art. 1843 del Código civil) y no una obligación, y porque la subrogación del fiador en los “*derechos, hipotecas y privilegios*” no está subordinada en el Código civil al cumplimiento por el fiador de ninguna carga, sino, exclusivamente, al pago o cumplimiento de su responsabilidad accesoria de garantía (art. 1839 “.. *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor ...*”).

A mayor abundamiento, cuando en el art. 1843 del Código civil se indica que “.. *la acción del fiador tiende a obtener la relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de la insolvencia del deudor ...*”, se pone de manifiesto que, en los supuestos, expresamente tasados por la norma, se legitima al fiador para que, con independencia de los “*derechos, hipotecas y*

---

<sup>577</sup> En este sentido también, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 166.

*privilegios*” que acompañan a la obligación principal, pueda dirigirse contra el deudor a fin de obtener la relevación de la fianza o una nueva garantía (cobertura); es decir, que estas acciones de indemnidad del fiador no tienden a la conservación del derecho de subrogación, sino la de reforzar la seguridad de la eventual o futura posición acreedora del fiador, a cuyo fin se le legitima para exigir del deudor principal la constitución en su favor de alguna garantía distinta que le asegure, o facilite, la realización efectiva de derecho de regreso, una vez haya satisfecho la obligación garantizada al acreedor.

También se podría argumentar en favor de esta tesis negativa (no vinculación del art. 1843 a art. 1852 del Código civil) el que, teniendo en cuenta que los supuestos del art. 1843 del Código civil tienen el carácter de tasados, la sola circunstancia de que el acreedor estuviera comprometiendo con su comportamiento la efectividad de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” no autorizaría al fiador, vía art. 1843 del Código civil, para obtener la liberación de la fianza o una nueva cobertura, al no estar comprendido dicha circunstancias en ninguno de los supuestos tasados contemplados en dicho precepto, por lo que no podría serle exigido actividad alguna en base al citado precepto.

De esta forma, parece que si la confianza del fiador en los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, que acompañan a la obligación principal, es destruida por un “*hecho del acreedor*”, la solución legal ante dicho hecho no parece que sea el exigir al fiador que proceda, vía art. 1843 del Código civil, a demandar al deudor una nueva garantía que supla la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, y que sólo cuando esta acción de cobertura resulte infructuosa, procedería la aplicación del efecto extintivo del art. 1852 del Código civil, sino que parece que lo procedente debería ser poder invocar la extinción de la fianza vía art. 1852 del Código civil.

### **3. El art. 1852 del Código civil y las situaciones análogas a la fianza**

#### **3.1. Ideas previas**

En este apartado se procede a analizar la incidencia del art. 1852 del Código civil en otras situaciones jurídicas que podrían ser consideradas análogas a la posición del fiador; así, en el supuesto de solidaridad pasiva y de la cofianza solidaria.

### **3.2. La solidaridad pasiva**

En este apartado se analiza en qué medida puede imponerse al acreedor, en una obligación solidaria, la carga de velar por la conservación de las demás garantías de su crédito como conducta encaminada a asegurar el eventual derecho de reintegro del deudor solidario (*solvens*). Con carácter previo al análisis de la aplicación o no del art. 1852 del Código civil a estos supuestos, se estudia la manera como la subrogación, como mecanismo jurídico de reembolso, se desenvuelve en las relaciones internas entre los coobligados solidarios.

Así, en la estructura jurídica de la solidaridad pasiva se distingue, por un lado, una relación externa (acreedor con cada uno de los deudores solidarios) y, por otro lado, una relación interna (entre deudores solidarios). En cuanto a la relación externa la manifestación más característica es la contenida en el art. 1144 del Código civil cuando indica que “ .. *el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente....* “; es decir, puede reclamar íntegramente la obligación a cualquiera de ellos indistintamente. En cuanto al ámbito interno, se pone de manifiesto la disociación existente entre débito y responsabilidad, es decir, a pesar de que los deudores son responsables frente al acreedor de la totalidad de la deuda, en el ámbito interno lo son sólo de la parte o cuota que a cada uno corresponde en la obligación (art. 1145 del Código civil “ ... *El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo...*”). Es decir, cumplida íntegramente la obligación por cualquiera de los obligados solidarios, ésta queda extinguida (art. 1145.1 del Código civil “ .. *El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación ...*”), desapareciendo el vínculo jurídico existente entre el acreedor y los componentes de la solidaridad pasiva; no obstante, la relación jurídica no desaparece para el derecho, sino que continúa en su ámbito interno (coobligados solidarios). Así, en el ámbito interno, se considera cumplida íntegramente una obligación principal por el deudor solidario que en parte es propia y en parte ajena, por lo que le corresponde un derecho de regreso frente al resto de codeudores por las correspondientes cuotas de responsabilidad interna que se hayan establecido.

Para determinar las correspondientes cuotas de responsabilidad interna que corresponde a cada uno de los codeudores solidarios, habrá que estar a la relación subyacente que liga a los mismo; si nada se ha establecido al respecto, será de aplicación el art. 1138 del Código civil (“ .. *si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose crédito o deudas distintos unos de otros ..*”).

Una de las cuestiones que mayor polémica ha suscitado en la doctrina ha sido la de delimitar las vías, o mecanismos jurídicos, a utilizar por el codeudor pagador a fin de restituirse de lo pagado que excede de su cuota y que corresponde satisfacer al resto de los codeudores solidarios; en concreto, si junto a la acción de regreso, está o no facultado el deudor solidario pagador para subrogarse en la posición jurídica del acreedor satisfecho frente al resto de los codeudores solidarios.

En este sentido, la doctrina civilista no ha sido unánime sobre el reconocimiento de la facultad de subrogación por parte del codeudor solidario (*solvens*), así como sobre la coordinación de su ejercicio con la estructura interna de la solidaridad pasiva. Esta disparidad de criterios en la doctrina obedece, primordialmente, a la aparente contradicción existente entre el art. 1210.3 del Código civil (“ .. *se presumirá que hay subrogación: 3º. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuando a la porción que le corresponda ..*”), como norma que constituye el fundamento legal del ejercicio de la subrogación para el codeudor (*solvens*) y el art. 1145 del Código civil (“ .. *el que hizo el pago sólo puede reclamar de su codeudores la parte que a cada uno corresponda ...*”), como la norma que sanciona el criterio a seguir en las relaciones internas de la solidaridad pasiva.

De esta forma, en base al art. 1210.3 del Código civil, parece que la sola condición de deudor solidario en el *solvens* basta para presumir existente en el mismo un interés en el cumplimiento de la obligación y, en consecuencia, el codeudor *solvens*, en virtud de la subrogación (art. 1210.3 del Código civil), se encontraría facultado para reclamar de cualquiera de los restantes codeudores solidarios la cuantía total de la deuda pagada, con

deducción de la cuota que, en la relación interna, le correspondiera a dicho *solvens*. Aceptando esta tesis, en virtud de la subrogación, se transferiría al codeudor solidario *solvens* el crédito con los “*derechos, hipotecas y privilegios*” a él anexos.

La admisión de una hipotética subrogación del codeudor solidario *solvens* chocaría con lo establecido en el art. 1145 del Código civil (“ .. *El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación...* “); es decir, la subrogación del art. 1210.3 del Código civil implica el mantenimiento de la inicial relación obligatoria, lo que parece negar el art. 1145.1 del Código civil. Aun salvándose éste escollo, también se encuentra el inconveniente establecido en el art. 1145.2 del Código civil (“ .. *el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo...*”) que ahonda en la contradicción, al permitir sólo la reclamación al codeudor solidario de su parte, y no la totalidad de la deuda, menos la cuota correspondientes del *solvens*, que correspondería en caso de subrogación<sup>578</sup>.

Si las consideraciones normativas expuestas en torno a la coordinación entre los art. 1145 y 1210.3 del Código civil se mantuvieran en esos términos, la contradicción legal que muestran sería difícilmente superable, y la única solución que cabría admitir al interrogante sería la de negar toda posibilidad al codeudor solidario *solvens* de ejercitar la subrogación como vía para obtener la restitución de las cantidades que le son debidas por los demás codeudores solidarios en razón del pago de la totalidad de la deuda realizado por el *solvens*<sup>579</sup>. No obstante, la doctrina en este punto no es unánime, pues al lado de aquellas orientaciones doctrinales que niegan la aplicación del art. 1210.3 del Código civil a los supuestos de pago en la solidaridad pasiva, hay otro sector doctrinal que defiende un derecho a la subrogación en dichos casos, aunque, en este caso, los autores, no atribuyen un mismo contenido y alcance al art. 1210.3 del Código civil.

Previamente a resolver el problema de la operatividad de la subrogación en el ámbito de la solidaridad pasiva, parece preciso dar respuesta a los interrogantes de si cabe considerar al codeudor solidario *solvens* como un tercero interesado en el cumplimiento

---

<sup>578</sup> En este sentido, HERNANDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, p. 180-181, nota 285, pone de manifiesto, que el derecho de regreso previsto en el art. 1145 Cc no podrá ser ejercitado en ningún caso por la vía de subrogación y sí sólo por la acción de reembolso, supuesta la extinción del crédito.

<sup>579</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 184.

de la obligación (art. 1210.3 del Código civil “ .. *se presumirá que hay subrogación : 3º cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación .....*”), así como, si dicho *solvens* puede pagar la totalidad del crédito sin provocar su extinción (art. 1145 del Código civil “ .. *el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación ...*”) y, finalmente, si la fragmentación interna de la deuda es obstáculo legal de una subrogación a favor del codeudor *solvens* (art. 1145.2 del Código civil “ ... *El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo...*”).

En cuanto primer interrogante (“si el codeudor solidario *solvens* es un tercer interesado en el cumplimiento de la obligación a los efectos de lo establecido en el art. 1210.3 del Código civil”), MANRESA<sup>580</sup> estima que, a diferencia de los dos primeros apartados del art. 1210 del Código civil, el apartado tercero se encuentra basado en una idea “.. *tan relativa y vaga como es la del interés en el cumplimiento de la obligación...*”; entiende, el citado autor, que esta expresión debería concretarse a un “... *interés manifestado en alguna relación de derecho respecto de la obligación o de las cosas a que ésta afecte, y al que, además, convenga el cumplimiento de aquélla...*”. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO<sup>581</sup>, con el que coinciden gran parte de los civilistas actuales, considera que el “... *interés del tercero se relaciona con un mayor o menor grado de responsabilidad, directa o indirecta, en la obligación de cuyo pago se trata..*”; rechaza, asimismo, que pueda ser ampliado el concepto de “*interés en el cumplimiento de la obligación*”, como concepto jurídico indeterminado a especificar caso por caso, de acuerdo con una valoración del interés como legítimo cuando así resulte del equilibrio de intereses que se dé en cada supuesto. LACRUZ BERDEJO<sup>582</sup>, al respecto, indica como el “*interés en el cumplimiento de la obligación*” no puede ser lejano, mediato o indirecto, precisando que la idea de acto debido late en la redacción del art. 1210.3 del Código civil.

Contrariamente, un sector minoritario de la doctrina, es de la opinión de no ser necesaria una delimitación concreta y apriorística del concepto jurídico “*interés en el cumplimiento en la obligación*”, inclinándose, en cambio, en una valoración caso por

<sup>580</sup> *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 1º, 6ª ed., Madrid, 1967, p. 919-920.

<sup>581</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI, vol. 1º, Madrid, 1980, p. 36-36.

<sup>582</sup> *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1º, Barcelona, 1977, p. 316.

caso; considerando bien motivos de conveniencia y utilidad<sup>583</sup> o entendiendo que el “*interés en el cumplimiento de la obligación*”, a que se alude en el art. 1210.3 del Código civil, es una cuestión de hecho sobre el que resulta difícil dar reglas generales y que el Código civil abandona al criterio del juez<sup>584</sup>.

Recogiendo la tradición jurídico-histórica en la materia, POTHIER<sup>585</sup>, cuestionándose qué personas se hallaban en condiciones de requerir al acreedor *accipiens* la cesión de sus acciones frente al deudor, indica como el principio que, desde el Derecho justinianeo, ha inspirado la normativa en ese punto es que “*todos aquellos que son responsables de una deuda por otros o con otros por quienes debe ser indemnizada, sea por el todo, sea por la parte, tienen derecho, al pagar esta deuda de hacerse ceder las acciones del acreedor contra los otros deudores responsables de la misma...*” indicando que “*.. cuando un extraño paga una deuda de la cual no era responsable, y sin que tuviera interés alguno en saldarla, el acreedor no está obligado, si así le parece, a cederle sus acciones; pues que de ellas no tiene necesidad, por cuanto nada ni nadie le obligaba a pagar...*”.

Este principio es recogido en la codificación francesa; así en el art. 1251.3 del Code se indica como la subrogación se opera de pleno derecho en beneficio del que “*.. estando obligado con otro o por otros al pago de la deuda tenía interés en pagarla..*”. COLIN / CAPITANT<sup>586</sup>, interpretando al alcance del artículo del Code, manifiesta que se incluyen en él todos aquellos que pagan como obligados por una deuda ajena. En este sentido, en el art. 1159 del Código civil refiriéndose al pago por parte de tercero no deudor establece que “*.. El que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos..*”.

En consecuencia, ¿quiénes han ser considerados interesados en el cumplimiento de la obligación, a los efectos del art. 1210.3 del Código civil? POTHIER<sup>587</sup>, en este sentido, hace referencia al fiador, codeudor solidario que paga toda la obligación y al cofiador

---

<sup>583</sup> DE BUEN, Notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN / CAPITANT, Madrid, 1987, t. III, p. 294.

<sup>584</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, t. XIX, Madrid, 1957, p. 1117.

<sup>585</sup> *Tratado de las obligaciones*, vol. 2º, Barcelona, 1878, nº 556, p. 213-214.

<sup>586</sup> *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1987, p. 201-202.

<sup>587</sup> *Tratado de las obligaciones*, Barcelona, 1878, v. 2º, p. 213.

solidario. Esta consideración anterior de los terceros interesados influye en la redacción del art. 1236 del Code al disponer que una “.. *obligación puede ser cumplida por toda persona que esté interesada en ella, tal como un coobligado o un fiador...*”.

De esta forma, del Code se infiere el reconocimiento de un derecho de subrogación a favor de todo codeudor solidario que haya pagado la totalidad de la deuda, aunque sólo disfrutará de esta subrogación en parte y en la medida que le sea útil para proceder contra los restantes codeudores y obligarles al reintegro de la parte de la deuda común que les corresponde; así el art. 1214 del Code dispone que “... *El codeudor de una deuda solidaria, que la hubiera pagado por entero, sólo podrá repetir contra los demás la parte y porción de cada uno de ellos. Si uno de ellos resultara insolvente, la pérdida que ocasionara su insolvencia se repartirá, por contribución, entre los demás codeudores solventes y aquél que hubiera efectuado el pago...*”.

LACRUZ<sup>588</sup>, recogiendo las observaciones de BENITO GUTIÉRREZ sobre el Derecho histórico, pone de relieve que para que se produzca la subrogación es indispensable “.. *tener interés en el cumplimiento de la obligación a título de codeudor, fiador...*”. Por su parte, GARCIA GOYENA, en sus comentarios al art. 1117.3 del Proyecto de 1851 (correspondiente al art. 1210.3 del Código civil) señala como sujetos interesados en el cumplimiento de la obligación, a los efectos de la subrogación, al deudor mancomunado (hoy solidario), al fiador y a los cofiadores.

No obstante, también hay cierto sector doctrinal que niega rotudamente que el art. 1210.3 del Código civil vaya referido a la solidaridad pasiva. Así, PUIG BRUTAU<sup>589</sup> afirma que “... *los casos en que la subrogación se presume, según el art. 1210, no están pensados para el de la solidaridad pasiva .....*”; LALAGUNA<sup>590</sup>, siendo partidario también de esta tesis, señala que “.. *art. 1210.3 está haciendo referencia al deudor mancomunado y no al solidario... En el deudor mancomunado se da la doble circunstancia de que, por una parte, es un tercero extraño a la deuda en cuando no se le puede exigir el pago de la deuda en la porción que corresponde a los demás deudores mancomunados y, por otra, está interesado en el cumplimiento de la deuda*

<sup>588</sup> *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1º, Barcelona, Barcelona, 1977, p. 307.

<sup>589</sup> *Fundamentos de Derecho civil*. t. I, vol. II, Barcelona, 1989, p. 173.

<sup>590</sup> *Los sujetos del pago*, Madrid, 1985, p. 17-18.

*mancomunada ya que el hecho del pago le afecta. El art. 1210.3 dice al referirse al efecto de la confusión en cuando a la porción que corresponda pagar al tercero, parece que alude concretamente al supuesto del codeudor mancomunado, ya que cuando paga la deuda se excluye del efecto de la subrogación aquella parte de la deuda que ha de considerarse extinguida por confusión. No puede decirse lo mismo del deudor solidario cuando paga íntegramente el importe de la deuda. Puesto que en el caso de solidaridad, cada uno de los deudores está obligado a pagar íntegramente las cosas que son objeto de la obligación. Puede afirmarse que el deudor solidario no se subroga en el lugar del acreedor; y ello porque no puede considerarse como “tercero extraño” a la obligación, en cuando paga una deuda ajena, sino una deuda propia, ya que viene obligado al pago íntegro de la deuda, que por ser solidaria no se divide frente al acreedor, Por otra parte, el efecto de la subrogación parece que queda claramente excluido por el art. 1145 en cuanto atribuye al codeudor solidario que paga íntegramente la deuda sólo una acción de reembolso frente a los demás codeudores, a los que sólo puede reclamar la parte que a cada uno corresponda...”*

Por su parte, HERNANDEZ MORENO<sup>591</sup>, haciéndose eco de la opinión mayoritaria sobre el alcance subjetivo del art. 1210.3 del Código civil (“.. cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación... “), afirma que dicho precepto va expresamente referido a aquellos interesados en cumplir la obligación “propia”, como el deudor solidario o el fiador, pues el criterio de la ley, según el citado autor, es que un deudor de tal naturaleza suele pagar la deuda sin querer extinguirla, y de ahí que se presuma que tiene interés en la subrogación.

Esta situación de “... interés en el cumplimiento de la obligación...” en que se hallan, por igual, el codeudor solidario y fiador, parece que debería ser la idea mantenida<sup>592</sup>, en los términos señalados por POTHIER cuando señala que “ .. cuando pagan un fiador o un deudor solidario, ambos tienen el derecho de imponerle al acreedor la siguiente disyuntiva: o libéranos o subróganos. Hasta el punto de que el acreedor está obligado a ceder sus derechos en el caso de que el fiador o el deudor solidario pagándole así lo requieran...”

---

<sup>591</sup> *El pago de tercero*, Barcelona, 1983, p. 177-181.

<sup>592</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 190.

En cuanto al segundo interrogante (“¿puede el codeudor solidario pagar la totalidad del crédito sin provocar la extinción del mismo?”), si se acepta que el art. 1210.3 del Código civil también presume la subrogación del cofiador solidario *solvens* por estimar existente en el mismo un “.. *interés en el cumplimiento de la obligación...*”, la consecuencia sería que, en virtud del art. 1212 del Código civil (“.. *la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas..*”), la transferencia al codeudor solidario *solvens* del crédito con los derechos a él anexos; ahora bien, esta pervivencia del crédito inicial del acreedor a favor del codeudor solidario *solvens* subrogado, chocaría con el contenido del art. 1145 del Código civil (“.. *el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo...*”), ya que del mismo se desprende que el citado codeudor solidario *solvens* sólo podría reclamar del resto de codeudores solidarios la parte que a cada uno corresponda y no la totalidad de la deuda pendiente, descontando, en su caso, su propia cuota; es decir, la aplicación de la subrogación del art. 1210.3 del Código civil implicaría la subsistencia del crédito satisfecho en la persona del *solvens*.

Esta situación que se produce en la subrogación, en el sentido de ser una alteración del principio general según el cual todo pago extingue la obligación, ha sido puesta de relieve por la doctrina contemporánea; así, CARBONNIER<sup>593</sup> apunta que “.. *hay en la subrogación dos aspectos contradictorios a primera vista: se trata a la vez de una modalidad de pago y de una cesión del crédito...*”.

En cuanto a los antecedentes históricos, dos son los textos del Digesto que revelan como para los juristas clásicos el pago verificado por el codeudor solidario no era incompatible con la subsistencia y la cesión de acciones; así, la ley 76, título III, del libro 46 del Digesto<sup>594</sup>. BARTOLO<sup>595</sup>, en su comentario a esta Ley *Modestinus* del Digesto, afirma que cuando el deudor solidario paga en su propio interés, es decir, para

<sup>593</sup> *Droit civil IV*, 10ª ed., París, 1979, p. 515.

<sup>594</sup> Señala que “.. *respondió Modestino que, si se ceden las acciones algo después de haberse pagado sin pacto especial todo lo que se debía a causa de una tutela, tal cesión es nula ya que no subsistiría acción alguna; pero que, si se hizo la cesión antes del pago o éste se hizo a la vez que se convino ceder por mandato las acciones, y siguió el mandado de las acciones, quedan éstas a salvo, ya que en este último caso también puede parecer que se trata mejor del pago del precio de las acciones que la extinción de la acción...*”; versión castellana del Digesto por D’ORS, A., HERÁNDEZ-TEJERO, E., FUENTESECA, GARCIA GARRIDO, M., y BURILLO, J., t. III, Pamplona, 1975, p. 569.

<sup>595</sup> Citado por HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, p. 175.

liberarse de su propia deuda, lo hace pretendiendo no extinguir la obligación, sino a los efectos de que le pueda ser cedidas las acciones contra los restantes codeudores, y la ley 36, título I, libro 46 del Digesto, venía a resolver la subsistencia del crédito inicial en manos del cofiador *solvens*, entendiéndose por el pago una venta de crédito satisfecho.

El problema de cómo justificar la subsistencia a favor del *solvens* de los créditos satisfechos, siguió preocupando a los posglosadores y los juristas anteriores a la codificación francesa. No obstante, los nuevos planteamientos doctrinales ya no encuentran el fundamento en lo que hasta entonces era comúnmente admitido, es decir en la cesión o venta de acciones o derechos a favor del codeudor *solvens*, sino que es el propósito o interés que se presume existente de antemano en el codeudor solidario *solvens* lo que justifica el mantenimiento de la inicial relación obligatoria y la sucesión en ella del *solvens*. RENUSSON<sup>596</sup> señala, al respecto, que la situación de crédito satisfecho y no extinguido obedece a la presunción que rige respecto del codeudor solidario *solvens* a quienes se supone un interés propio en no extinguir un crédito que le servirá para reclamar del codeudor solidario lo mismo que a ellos, siendo deudores, les hubiera sido reclamado.

POTHIER<sup>597</sup> señala, al respecto, como regla general, en cuanto a los efectos del pago de un crédito solidario que “..*el pago hecho por uno de los deudores de una misma obligación debe liberar a todos los otros deudores de esta obligación...*”, y continuación precisa que dicho principio general puede ser objeto de una alteración en el supuesto de pago llevado a cabo por un codeudor solidario cuando dice que “ .. *esta regla recibe una limitación en el caso de la cesión de acciones, pues si uno de los codeudores, al pagar la deuda, se ha hecho ceder los derechos y acciones del acreedor, la deuda no se reputa como extinguida “vis-à-vis” de aquellos contra quien las acciones del acreedor le han sido cedidas..*”.

Esta forma de entender y justificar la supervivencia de la inicial relación obligatoria (acreedor-deudor) en la persona del codeudor solidario *solvens* a los efectos de la subrogación, choca con lo dispuesto en el art. 1145.1 del Código civil cuando indica que “ .. *el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación...*”.

---

<sup>596</sup> Citado por HERNÁNDEZ MORENO, *El pago de tercero*, Barcelona, 1983, p. 174-175.

<sup>597</sup> *Tratado de las obligaciones*, t. II, Barcelona, 1878, nº. 555-556, p. 213-213.

Precisamente, esta contradicción entre la pervivencia de la relación obligatoria (acreedor-deudor) y la extinción de la deuda solidaria, ha llevado a un cierto sector de la doctrina a rechazar la posibilidad de subrogación del art. 1210.3 del Código civil por parte del codeudor solidario que paga la totalidad de la deuda, precisamente por entender que la obligación, con el citado pago, ha quedado extinguida, en virtud de lo dispuesto en el art. 1145.1 del Código civil. En este sentido MANRESA<sup>598</sup> sostiene que “ .. no hay verdadera subrogación en el caso de que pague uno de los deudores solidarios, puesto que entonces, según el art. 1145, queda extinguida la obligación, si bien el codeudor que paga y puede repetir contra los demás su reclamación, invocará como base y título el pago, en vez de la novación ...”. También, GUILARTE ZAPATERO<sup>599</sup>, rechaza la opinión de aquellos autores que aducen en apoyo de una solución afirmativa las soluciones dadas por el Código en los supuestos contemplados en el art. 1085 y 1839, afirma que “ .. no parece que el silencio del legislador sobre el punto, tratándose de la solidaridad, y a diferencia de lo que ocurre en los otros casos citados, deba interpretarse como dato a favor de la existencia de la subrogación en el caso del codeudor que paga, cuando el supuesto aparece tan precisamente contemplado en el art. 1145...”.

Por su parte, en el art. 1063 del Proyecto de 1851 (correspondiente al actual art. 1145 del Código civil) se establecía que “... el pago total hecho por uno de los deudores mancomunados (solidarios) extingue la obligación respecto de todos...”. GARCIA GOYENA cita como fuente de inspiración del precepto el art. 1200 del Código civil francés (“...Existirá solidaridad entre los deudores, cuando estén obligados a la misma cosa, de manera que a cada uno pueda ser exigida la totalidad, y cuando el pago efectuado por uno sólo de ellos libere a los demás frente al acreedor..”); ahora bien, también parece que, sancionar la liberación de todos los codeudores respecto del acreedor, puede dar a entender que el crédito no se ha extinguido<sup>600</sup>.

HERNANDEZ MORENO<sup>601</sup> entiende que debe ser el criterio del Code, reflejado en el art. 1200 (“... Existirá solidaridad entre los deudores, cuando estén obligados a la misma cosa, de manera que a cada uno pueda ser exigida la totalidad, y cuando el

<sup>598</sup> Comentario al Código civil español, t. VIII, vol. 1, 6ª ed., Madrid, 1967, p. 920.

<sup>599</sup> Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. XV-2º, Madrid, 1983, p. 353-354.

<sup>600</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 192.

<sup>601</sup> *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, p. 181-182.

*pago efectuado por uno sólo de ellos libere a los demás frente al acreedor...*”), el que debe guiar el sentido y la significación jurídica del art. 1145.1 del Código civil (“ .. *el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación ...*”). En este sentido, indica, que si se admite que el actual art. 1145 del Código civil proviene del art. 1063 del Proyecto de 1851, trasladando la verdadera intención al mencionado art. 1145 del Código civil, esta norma debería interpretarse en el sentido de que el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación respecto del acreedor. Sólo así se refuerza la tesis de que el art. 1210 del Código civil presume que todo codeudor solidario paga la deuda sin querer extinguirla; no obstante, puede extinguirse si así es manifestado y querido por el codeudor solidario. En este sentido, indica el citado autor, que la razón que explica que un codeudor solidario, que paga la totalidad de la deuda, pague y no extinga a la vez, estriba en el hecho de que en las relaciones internas que median entre los codeudores solidarios, cada uno de ellos solamente debe “*pro parte*”, con lo que, en aquella parte que no debe, que es la que deben los demás, comparta el no deber con los otros deudores solidarios, que están en la misma situación.

A pesar de la aparente contradicción entre los art. 1145.1 y el art. 1210.3 del Código civil, parece defendible la posibilidad que el codeudor deudor solidario *solvens* pueda pagar la obligación solidaria sin que necesariamente se extinga la obligación, si no con el exclusivo y propio interés de cumplir su propia deuda y liberarse, y con la intención de subrogarse en la posición jurídica del acreedor satisfecho, así como de obtener lo que le corresponda del resto de los codeudores solidarios. Este interés en el codeudor solidario *solvens* parece que es el que debería presumirse, pero ello no excluye la hipótesis consistente en que la obligación quede extinguida cuando el *solvens* manifiesta ser esa su voluntad al cumplir, por todos o en nombre de todos los codeudores la obligación solidaria; es decir, con “*animus solvendi*”<sup>602</sup>.

De esta forma, ya se verifique el pago del crédito solidario por parte del *solvens* con la intención de extinguirlo o con el propósito de subrogarse, los efectos para el acreedor serán los mismos, no, en cambio, para las relaciones internas entre los codeudores solidarios, consistiendo el recurso del *solvens* frente a los codeudores solidarios en la vía de regreso, en un caso, o en la vía de la subrogación, en otro, respectivamente.

---

<sup>602</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 194.

En cuanto al tercer interrogante (“es obstáculo la fragmentación interna de la deuda impuesta por el art. 1145.2 del Código civil para la subrogación a favor del *solvens*”), admitida la consideración del codeudor solidario, en los mismos términos que el fiador, como sujeto interesado en el cumplimiento de la obligación, a los efectos de lo establecido en el art. 1210.3 del Código civil (“... *Se presumirá que hay subrogación: 3. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación ...*”) y la posibilidad de que por parte del codeudor solidario *solvens* pueda verificarse un pago no extintivo del crédito solidario y, en consecuencia, pervivir en manos del *solvens*, queda otro escollo, para la admisión de la mecánica de la subrogación, representado por el siguiente interrogante: la subrogación del *solvens* ¿es incompatible con la reclamación *pro parte* ordenada en el art. 1145.2 del Código civil? (“... *el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo...*”).

En este sentido, es criterio unánime en la doctrina<sup>603</sup> el que la solidaridad desaparece con el pago y que en el ámbito interno de los codeudores solidarios la obligación se estima dividida entre todos; bien según las cuotas pactadas por los codeudores o, en su defecto, por partes iguales. De esta forma, GUILARTE ZAPATERO<sup>604</sup> pone de manifiesto como hasta el momento del pago, cada uno de los codeudores solidarios es deudor de la íntegra prestación al acreedor, pero, producido éste, se convierte en deudor exclusivo de la parte de la deuda que, a efectos internos, se ha fraccionado la inicial.

Por su parte, en el Derecho comparado también se ha optado por esta fragmentación de la deuda con respecto a la relación interna de los codeudores solidarios; así, en el art. 1214 del Code (“...*El codeudor de una deuda solidaria, que la hubiera pagado por entero, sólo podrá repetir contra los demás la parte y porción de cada uno de ellos...*”), art. 1299 del Codice italiano de 1942 (“... *el deudor solidario que ha pagado la totalidad de la deuda puede repetir de los codeudores solamente la parte de cada uno de ellos...*”), art. 148 del Código civil de obligaciones suizo y el art. 1522 del Código civil de Chile (“.. *el deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los*

<sup>603</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 195.

<sup>604</sup> *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, Madrid, 1983, p. 349

*codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda común ...”*).

Asimismo, para la mayor parte de la doctrina<sup>605</sup>, el codeudor solidario que paga, por todos la deuda solidaria, cuenta con dos posibles recursos para reclamar de los codeudores el reintegro de lo satisfecho; uno, la vía de reembolso y otro, la vía de la subrogación, precisando que, tanto en uno como en otro caso, la reclamación al resto de los codeudores vendrá limitada a su respectiva parte en la deuda común.

En este sentido, en el art. 1210.3 del Código civil, después de presumir que hay subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, se establece que “ *... salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda...*”. Dicha mención ha sido interpretada por la doctrina<sup>606</sup> en el sentido de facultar al codeudor solidario *solvens* a reclamar de cualquiera de los restantes codeudores solidario el importe íntegro de la deuda con la sola deducción de la parte correspondiente al pagador, en la cual se verificaría la confusión. No obstante, para este sector doctrinal, esto concuerda mal con la división interna del crédito solidario (art. 1145.2 del Código civil), por lo que dicha incompatibilidad de criterios legales determinaría la exclusión del recurso de la subrogación para el codeudor solidario *solvens*; es decir, que el codeudor solidario *solvens* no puede ampararse en que se trata de un caso de pago con subrogación, pues entonces podría pedir a otro de los codeudores solidarios la totalidad de la deuda menos la parte que a él corresponda, ya que sólo, en virtud del art. 1145.2 del Código civil (“ *.. el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo ...*”), puede pedir la parte que a cada uno de los deudores solidarios corresponda en la relación interna.

También existe otra orientación doctrinal que no encuentra en el art. 1145.2 del Código civil impedimento legal para una verdadera subrogación del *solvens*, sino una mera

---

<sup>605</sup> LARENZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid, 1958, p. 509; VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1934, p. 268; DERRIDA, *Encyclopédie Juridique Dalloz. Droit civil*, VI, 2ª. Ed., París, 1975, p. 11; COLIN /CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1987, p. 201; MESSINEO, *Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1979, p. 414.

<sup>606</sup> Por todos, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. 2º, Barcelona, 1989, p. 173; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, Madrid, 1983, p. 353-354; LALAGUNA DOMINGUEZ, *Los sujetos del pago*, Madrid, 1985, p. 19.

peculiaridad en su funcionamiento operativo; así, PUIG FERRIOL<sup>607</sup> afirma que “ .. *la circunstancia de que la subrogación del art. 1210.3 del CC sólo puede operar dentro de los límites de la fragmentación que impone el art. 1145.2 CC, no constituye ningún obstáculo para que pueda hablarse de subrogación, puesto que el deudor que ha pagado adquiere el mismo derecho de crédito, salvo confusión parcial, pero sólo tal como se configura en las relaciones internas....*”

Del análisis de los antecedentes históricos también parece desprenderse la solución que es mantenida mayoritariamente por la doctrina extranjera<sup>608</sup>, en el sentido de reconocer a favor del codeudor solidario *solvens* el derecho a la subrogación, que no se verá impedido por la reclamación *pro parte* de la deuda en las relaciones internas, sino exclusivamente limitada por esta peculiar forma de proceder en las relaciones internas de la solidaridad pasiva.

Así, la ley 11 del título XII de la Partida V que, en materia de cofianza, permitía la cesión de acciones al cofiador que pagó, indicando que “.. *pagando alguno de los fiadores todo el debdo en su nome, puede demandar a aquel a quien face la paga, que le otorgue poder que auia para demanda el debdo, contra los fiadores que fueran sus compañeros en aquella fiadora, e otrosi el que auig contra el deudor principal; e el deuegelo; e después que le fuere otorgado este poder, en su escogencia es, de demandar a cada uno de los otros fiadores, aquella parte que pago por ellos. E si alguno y ouiesse tan pobre, que la non pudiesse entonces pagar, deue tomar de tal recabdo, que le pague cada que pueda ...*”; esta ley, junto con la ley 34, título XIII, Partida V, contituyen los antecedentes históricos que, recogiendo la tradición romanista, han permitido sostener la viabilidad del mecanismo de la subrogación para el codeudor solidario *solvens*, en los mismo términos que para los cofiadores y fiadores solidarios.

Ambos textos, son los antecedentes históricos del art. 1210.3 del Código civil, en cuanto se reconoce el derecho de subrogación del *solvens* como interesado en el cumplimiento de la obligación, así como del art. 1145.2 del Código civil, en cuanto primer texto que sanciona la división interna de la deuda entre los coobligados de un mismo crédito, y

<sup>607</sup> Régimen jurídico de la solidaridad de deudores, vol. II, Madrid, 1976, p. 493. En el mismo sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 196; CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, p. 255, entre otros.

<sup>608</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p.197.

del art. 1839 del Código civil<sup>609</sup>.

Por su parte en el art. 1117.3 del Proyecto de 1851, correspondiente al art. 1210.3 del Código civil, se indicaba que “... *la subrogación tiene lugar por disposición de la ley a favor.. 3. Del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de los dispuesto en el art. 1068..*”; interpretado el precepto por GARCIA GOYENA<sup>610</sup> en el sentido de que la subrogación del deudor mancomunado (hoy solidario) quedaba subordinada a lo dispuesto en el art. 1068, es decir, que podrá reclamar a cada uno de los codeudores la parte proporcional con deducción con deducción de la suya, y si alguno de ellos es insolvente, sufrirá proporcionalmente los efectos de la insolvencia; en la parte que pueda reclamar gozará de los privilegios e hipotecas del acreedor primitivo.

La redacción de los actuales art. 1145.2 y 1210.3 del Código civil provienen del Anteproyecto de 1882-1888. Así, en el art. 1277.3 del Anteproyecto (equivalente al art. 1210.3 del Código civil) se cita como fuente de inspiración el art. 1117.3 del Proyecto de 1851; en el art. 1162.2 del Anteproyecto (actual 1145.2 del Código civil) se cita, en cambio, como inspiración el art. 1214 del Anteproyecto belga de LAURENT<sup>611</sup>, comentando LAURENT el segundo párrafo del art. 1214 de su Anteproyecto indicando que “... *el art. 1214 dispone que el recurso fragmentado tiene lugar, incluso en el caso en el que el deudor que paga la deuda se subroga en virtud del art. 1251.3 del Code; él podría, pues, obrar por el todo, lo mismo que el acreedor del cual él ejercita los derechos. El legislador deroga los principios generales para evitar un circuito inútil de acciones y los gastos a los que darían lugar las acciones interpuestas. Esto es de interés general; es por ello que las partes no pueden estipular que la subrogación convencional tenga efectos más extensos que los que son atribuidos a la subrogación legal. Hay una disposición análoga en el art. 871 del Código civil...*”.

De esta forma, en consecuencia, se podría concluir, en primer lugar, que el codeudor solidario parece ostentar el derecho a la subrogación por las mismas causas que

---

<sup>609</sup> REYES LÓPEZ, *Algunas consideraciones sobre los art. 1838 y art. 1839 del Código civil*, ACD, 1988, p. 170.

<sup>610</sup> *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, art. 1117.

<sup>611</sup> “*Le codébiteur d’une dette solidaire qui l’a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que la part de chacun d’eux avec l’intérêt de ses avances. Il en est ainsi même dans le cas où la débiteur qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits du créancier. La pert qu’entraîne l’insolvabilité de l’un d’eux se répartit par contribution entre les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement* »

justifican su atribución al fiador, es decir, al darse en ambos casos la cualidad de ser obligados por deuda ajena, no meros terceros de deudas extrañas, y poder pagar la deuda no provocando la extinción del crédito; en segundo lugar, esta subrogación del codeudor solidario no es incompatible con la fragmentación interna establecida en el art. 1145.2 del Código civil, pues esta división del crédito en el orden interno lo único que implica es una peculiaridad del mecanismo de la subrogación en la solidaridad pasiva respecto del modo de proceder en la subrogación de la fianza, donde si cabe utilizar por el fiador la subrogación por el total de la deuda; en tercer lugar, que, analizando los antecedentes históricos, se desprende que el desenvolvimiento de la institución de la subrogación en el ámbito de la solidaridad pasiva se ha ido operando de modo simultáneo al reconocimiento de la subrogación en las relaciones jurídicas de la fianza, respondiendo, en ambos supuestos, a la misma finalidad, cual es el proteger el derecho de reintegro de las personas que se han visto obligadas a pagar, por ser responsables con “otros” o “por otros”. En este sentido, el codeudor solidario que haya pagado íntegramente la obligación solidaria, podrá utilizar el mecanismo de la subrogación para reclamar a cada uno de los restantes codeudores solidarios la cuota de distribución de responsabilidades que se hubiere fijado<sup>612</sup>.

Esta deducción que parece clara por un sector importante de la doctrina no lo es para la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia núm. 135/1998 (Sala de lo Civil), de 12 febrero, ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López, al indicar que “*.. la parte recurrente lo que realmente postula es la pretensión de subrogarse en el lugar del Banco, por el simple hecho de haber satisfecho la totalidad de las deudas que suscribieron todos los firmantes del préstamo hipotecario.... Se trata realmente de una deuda solidaria contraída formalmente por un conjunto de deudores, dos de los cuales deciden hacerla efectiva sin el consentimiento de los demás. Resulta evidente por tanto que, frente a la entidad bancaria prestamista, todos los firmantes de la deuda respondían solidariamente de su pago; pero hecha efectiva y cancelada por dos de ellos, la reclamación que pueden formular estos frente a sus codeudores, está sujeta a las excepciones personales que puedan tener los segundos frente a los primeros ... La mecánica que interviene entre los deudores solidarios que regula el art. 1145 del Código civil, prescribe que el deudor que efectuó el pago sólo puede reclamar a sus*

---

<sup>612</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 198-199.

*codeudores la parte que a cada uno corresponda..... Los artículos que se citan como inaplicados realmene son inaplicables, pues se refieren al pago hecho por terceros, y a los actores no les corresponde tal calificación, sino la de codeudores; a más que la subrogación en el crédito hipotecario, base de la reclamación, no es posible según lo dispuesto en la legislación hipotecaria...”, dando a entender que la deuda solidaria satisfecha por un codeudor se cancela. Más claramente la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 227/2002 (Sala de lo Civil), de 11 de marzo, ponente: Excmo. Sr. José de Asís Garrote, al indicar que “ ... según tesis que mantien esta Sala ... cuando paga el total de lo adeudado uno sólo de los deudores solidarios, no se produce una subrogación por éste, en el crédito, sino que se extingue el mismo, y para que no haya enriquecimiento indebido, el párrafo segundo del art. 1145 del Código civil concede un derecho de repetición para reclamar a cada uno de los codeudores la parte que le corresponda y los intereses del anticipo ... ”.*

Aun admitiendo la tesis positiva de la subrogación a favor del codeudor solidario *solvens*, y teniendo en cuenta la afinidad entre las instituciones de solidaridad pasiva y fianza solidaria, ¿sería aplicable el art. 1852 del Código civil (“... los fiadores, aunque sean solidarios,..... “) en cuanto perjuicio en la subrogación causado por el acreedor negligente en la solidaridad pasiva?.

En el Derecho romano, ni el fiador ni el codeudor solidario, quedaban liberados de sus respectivas obligaciones cuando, por algún “*hecho del acreedor*”, no pudiera éste cederles las acciones que tuviera contra los restantes responsables del pago de la deuda; la razón era que no existía obligación alguna a cargo del acreedor de transmitir al *solvens* los derechos y acciones que, derivados de los créditos, ostentara. El incumplimiento del “deber de conservación” de las garantías y demás derechos anejos al crédito sólo fueron tenidos en cuenta en los supuestos de “*mandatum pecuniae credendae*” sobre la base del carácter sinalagmático de estos contratos y por estimarse que, en estos casos de mandato, el acreedor, como mandatario, sí estaba obligado a velar por los intereses de su mandante, razón por la que debería actuar con la diligencia necesaria a fin de mantener la efectividad de las garantías dimanantes del crédito que, en virtud el mandato, otorgó al deudor. Por su parte, JUSTINIANO, no sólo vino a atribuir al fiador y al codeudor el denominado “*beneficium cedendarum actionum*”, sino que, además, otorgó, a ambos, el recurso de negar el pago requerido por el acreedor que

no pudiera cederles sus acciones, bien porque no quería, bien por haberse colocado en la imposibilidad de hacerlo, valiéndose de la “*exceptio cedendarum actionum*”.

Según POTHIER<sup>613</sup>, son idénticas las razones que justifican la extensión de la “excepción de cesión de acciones” en la fianza y en la solidaridad pasiva, indicando el citado autor que “... *los deudores solidarios no estarían obligados solidariamente, sino cada uno tan sólo por su parte, si no hubieran contado con que al pagar el total podrían recurrir contra sus codeudores y con que a este efecto dispondrían de la cesión de acciones del acreedor para las partes restantes...*”.

Por otro lado, entre los juristas franceses contemporáneos no existe unanimidad con respecto a si la excepción del perjuicio en la subrogación del art. 2037 del Code (correspondiente al art. 1852 del Código civil) debe también beneficiar o no al codeudor solidario. Cierta sector doctrinal, como SIMLER<sup>614</sup>, rechaza toda posible aplicación extensiva del art. 2037 del Code en el marco de la solidaridad pasiva, aduciendo, este autor, entre otros motivos, que el art. 2037 del Code es un texto derogatorio del derecho común que debe ser interpretado, por ello, en forma restrictiva; COLIN / CAPITANT<sup>615</sup> fundamenta su negativa alegando que la nota de accesoriedad separa la fianza de los supuestos de solidaridad pasiva.

Otros autores franceses, como SIGALAS<sup>616</sup> y BEUDANT/LEREBOURS-PIGEONNIÈRE<sup>617</sup>, estiman que la excepción del beneficio de la subrogación no está en relación con el carácter accesorio de la fianza, puesto que el recurso de la subrogación participa de la naturaleza del compromiso del codeudor solidario igualmente que en el compromiso del fiador. En este sentido, MOULY<sup>618</sup>, apartándose de la letra del art. 2037 del Code, e intentando buscar su verdadera finalidad, señala que el beneficio señalado en el citado precepto debería ser reconocido al codeudor solidario, en igual medida que lo es al fiador solidario.

<sup>613</sup> *Tratado de las obligaciones*, t. I, Barcelona, 1878, núm. 275, p. 213-214.

<sup>614</sup> *Juris Classeur civil*, art. 2037 a 2039, Fasc. J, n.º. 17-21.

<sup>615</sup> *Curso elemental de Derecho civil*, t. V, *Garantías personales y reales*, 3º ed., Madrid, 1982, p. 46.

<sup>616</sup> *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Aix, 1959, n.º. 103, p. 97.

<sup>617</sup> *Cours de Droit civil français*, t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, 1948, n.º. 136.

<sup>618</sup> *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, n.º. 390, p. 495-496.

En la doctrina suiza, VON THUR<sup>619</sup>, defiende el criterio legal representado por el art. 149.2 del Código federal de obligaciones suizo, en el que, expresamente, se hace responsable al acreedor que, con actos propios, ha puesto en peligro el derecho de reintegro de un deudor solidario sustrayéndole de las garantías que podrían corresponderle, concretando la sanción del importe al acreedor negligente y que se correspondería con la reducción del importe de su crédito en la parte que no percibiera el codeudor solidario en vía de regreso por ausencia de las mencionadas garantías; en este sentido, este autor, justifica esta medida por la equiparación existente entre la solidaridad pasiva y la fianza.

En la doctrina española, DE BUEN<sup>620</sup>, siguiendo el criterio mayoritario sostenido por la doctrina francesa, basa su defensa en el carácter accesorio de la fianza que, en su opinión, constituye el carácter en que descansa el art. 1852 del Código civil, negando que dicho precepto pueda ser de aplicación fuera de los estrictos términos de la garantía personal. CARRASCO PEREA<sup>621</sup>, por su parte, manifiesta la ausencia de razón material que permita excluir el art. 1852 del Código civil de la solidaridad pasiva, matizando el citado autor “*siempre que la garantía perdida sea la única forma de poder cobrar el codeudor solvens*”; es decir, la liberación exige daño, en el sentido de que con la garantía, perdida o deteriorada, se hubiera podido cobrar en regreso y sin ella no se puede satisfacerse el crédito.

La solución dada a este interrogante quizás debería pasar por averiguar cuáles son los rasgos estructurales que permitan equiparar las figuras jurídicas de la fianza y la solidaridad pasiva, así como, cuáles son sus notas diferenciadoras; así, de esta forma, concluir, si el mecanismo de la subrogación opera de modo diferenciado en la solidaridad pasiva y en la fianza solidaria, o si, por el contrario, la equiparación de ambas figuras, permite extender, por analogía, a los deudores solidarios la especial tutela del art. 1852 del Código civil.

En este sentido, en la relación externa (fiador / acreedor), el garante ha de ser

---

<sup>619</sup> *Tratado de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1934, p. 273.

<sup>620</sup> *Notas al Curso elemental de Derecho civil* de COLIN/CAPITANT, t. V., Madrid, 1982, 3º ed., p. 56-57.

<sup>621</sup> *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 94..

considerado como propio y verdadero deudor de una concreta y particular obligación<sup>622</sup>; es decir, el fiador no sólo responde, sino que, además, debe<sup>623</sup>, es decir, el fiador no es de la obligación fiada, sino de la suya propia y, en consecuencia, cuando paga, cumple su propia obligación, no la del deudor principal, aunque mediante el cumplimiento satisfaga el interés del acreedor. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de marzo de 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes, indica que “ ... *debiendo recordarse que la fianza es contrato y que cuando se habla de unilateralidad se hace referencia no a su nacimiento (es consensual), sino a que de él nacen obligaciones para una sola de las partes, pero siempre y cuando se haya perfeccionado ....* “; más concretamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) de 20 de septiembre de 2002, indicando que “ ... *todo fiador contrae una obligación, y es en consecuencia deudor, si no es solidario sujeto a la “conditio iuris” del impago...* “.

De esta forma, la asunción por el garante de su propia obligación (“obligación *fideiusoria*”) conlleva que el fiador esté colocado en una posición deudora independiente de la ostentada por el deudor principal; el cumplimiento, por parte del fiador, de su “obligación *fideiusoria*”, extingue la misma, pero no necesariamente la obligación principal; así, por ejemplo, en el caso de que se haya afianzado sólo una parte de la misma.

Una plena equiparación entre la fianza y la solidaridad pasiva, en cuanto a su aspecto externo, parece operarse en los supuestos de fianza solidaria; en estos supuestos, como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Supremo<sup>624</sup>, el fiador pasa a ser considerado como si de un deudor principal se tratase. Así, por lo que al acreedor concierne, la pluralidad subjetiva, tal como aparece legalmente configurada legalmente en la fianza solidaria, cumple idéntica función que en la solidaridad pasiva, desde el momento en el

<sup>622</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 203.

<sup>623</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 8 y sts.

<sup>624</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, nota 49, p. 203., cita las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1987 (“.. *cómo en el aspecto externo de la garantía, es decir, en la relación acreedor-fiador solidario, son aplicables las disposiciones de las obligaciones solidarias en cuanto aquél puede dirigirse directamente contra el deudor principal o contra el fiador, sin que ésta pueda oponerle el beneficio de orden o excusión, respondiendo como se de un deudor principal se tratase...*”), 11 de junio y 11 de noviembre de 1988.

que acreedor puede reclamar el cobro íntegro del crédito al fiador o al deudor principal, indistintamente, al no contar el garante con el beneficio de excusión, renunciado, o haberse obligado solidariamente.

En este sentido, GULLON BALLESTEROS<sup>625</sup> indica que el fiador es deudor de su propia obligación y que “.. *debe en cuanto que por la fianza se ha constituido en deudor de una obligación a favor del acreedor que tiende a satisfacer el mismo interés que le reporta a éste la obligación principal ...*”).

Así, la configuración de la relación jurídica de la fianza bajo el prisma del doble vínculo obligatorio existente en su estructura (deudor principal / fiador) es el criterio mayoritario sostenido por la doctrina, patria<sup>626</sup> y extranjera<sup>627</sup>, con alguna excepción<sup>628</sup>.

Esta pluralidad de vínculos obligatorios, que se articulan bajo la común finalidad de satisfacer el interés del acreedor, aparece configurado igualmente en la solidaridad pasiva. En este sentido, LARENZ<sup>629</sup> destaca, igualmente, esta pluralidad de vínculos obligatorios en la solidaridad pasiva, encaminados a un único e idéntico fin<sup>630</sup>; indicando, el citado autor, sobre la naturaleza jurídica y modo de operar de la solidaridad pasiva, que “ .. *la relación obligatoria que comprende a todos los partícipes se nos presenta como una relación obligatoria de orden superior, que encierra en sí una pluralidad de relaciones obligatorias singulares (de orden inferior), ciertamente aptas para ser de distinta naturaleza, pero vinculadas permanentemente entre sí por el hecho de estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor y estar supeditadas a la subsistencia de la relación obligatoria solidaria...*”.

A la vista de la descripción estructural de la solidaridad pasiva expuesta por LARENZ, se podría afirmar; en primer lugar, una perfecta identidad entre ambas instituciones jurídicas (fianza y solidaridad pasiva) en cuanto que ambas figuras presentan una

---

<sup>625</sup> *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, p. 425.

<sup>626</sup> Por todos, DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3º, Barcelona, 1986, p.501.

<sup>627</sup> Por todos, FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII, 1969, p. 346.

<sup>628</sup> Por todos, ENNECCERUS/LEHMAN, *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol 1º, Barcelona, 1966, p. 800.

<sup>629</sup> *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid, 1958, p. 505.

<sup>630</sup> En el mismo sentido en la doctrina española, HERNANDEZ GIL, *La solidaridad en las obligaciones*, RDP, 1946, p. 397-412.

estructura plural de vínculos obligatorios y de unidad de fin; en segundo lugar, que la “accesoriedad” no puede servir de fundamento para la exclusión de la aplicación del art. 1852 del Código civil a la solidaridad pasiva, ya que en éste ámbito de solidaridad pasiva también se manifiesta la “accesoriedad” al aparecer los distintos vínculos que configuran la solidaridad pasiva supeditados a la subsistencia de la relación obligatoria solidaria<sup>631</sup>.

En este sentido, GUILARTE ZAPATERO<sup>632</sup> pone de manifiesto que la “accesoriedad” no goza conceptualmente de una formulación unitaria y precisa, no siendo, además, nota exclusiva de la fianza, sino también de otras instituciones jurídicas. FREZZA<sup>633</sup>, por su parte, señala que la estructura accesoria es característica de todas aquellas instituciones creadas para cumplir una función de garantía.

De esta forma, se podría defender que la solidaridad pasiva cumple, frente al acreedor y en las relaciones internas entre los codeudores, una función de garantía o de fianza recíproca. Así, si entre las manifestaciones más relevantes de la estructura accesoria de la obligación *fideiusoria* destacan los derechos de reembolso y subrogación que asisten al fiador tras el pago, éstos recursos aparecen por igual como consecuencia del cumplimiento de la obligación solidaria por alguno de los codeudores solidarios<sup>634</sup>. También que, si bien es cierto que el beneficio de excusión, como reflejo del carácter accesorio y subsidiario de la fianza, no tiene lugar en los supuestos de solidaridad de deudores, tampoco tiene lugar en situaciones de fianzas solidarias, sin que, por ello, quede privado el fiador de excepcional el perjuicio a la subrogación del art. 1852 del Código civil.

Por todo lo expuesto se podría concluir que el argumento doctrinal que basa la exclusión del art. 1852 del Código civil a la solidaridad pasiva en el carácter accesorio, que inspira el citado precepto, como nota que caracteriza e individualiza a la fianza frente a las demás obligaciones pluripersonales, resultaría inexacto. En este sentido, se podría defender que el art. 1852 del Código civil, no pretende destacar la estructura accesoria de la fianza, algo que sí se refleja en cambio en el art. 1824 (“... *la fianza no*

---

<sup>631</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 204.

<sup>632</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 14.

<sup>633</sup> *Le garanzie delle obbligazioni. Le garanzie personali*, vol. 1º, Padova, 1962, p. 4.

<sup>634</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 205

*puede existir sin una obligación válida ...”), art. 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...”), art. 1847 (“ ... La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones...”) y art. 1853 del Código civil (“ .. El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; más no las que sean puramente personales del deudor...”). Así, el Tribunal Supremo en Sentencia (Sala de lo Civil) de 2 de diciembre de 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Matias Malpica González-Elipe, citando las del 7 de julio y 16 de septiembre de 1988<sup>635</sup>, pone de manifiesto que el carácter accesorio de la fianza se desvanece en algunos casos, como en los casos en los que cabe apreciar la existencia de ciertos intereses por parte de los fiadores en la relación crediticia afianzada; concretamente indica que “ .. pero como en el caso presente, como en otros muchos, como los enjuiciados en los recursos de casación concluidos por Sentencias 7 de julio y 16 de septiembre de 1988, se verifica en forma incontrovertible que ese contrato de fianza, viene en definitiva y alguna medida a garantizar el pago de una deuda principal del que ha de beneficiarse los propios fiadores, pierde ese carácter de accesoriedad “strictu sensu” con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación específica de la fianza a favor de los garantes, para que por razones de equidad y en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, pueda el que ha arrastrado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, pueda resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente .... “.*

Tanto en la fianza como en la solidaridad pasiva, cada codeudor o el fiador asumen el compromiso de, cumpliendo su propia deuda, pagar la deuda ajena; la diferencia radica en que mientras que en la fianza la obligación principal satisfecha por el fiador *solvens* es ajena, en la solidaridad pasiva, en cambio, es una deuda parcialmente ajena al codeudor solidario *solvens*, ya que una cuota de su íntegro importe le corresponde como deudor principal y directo. En este sentido, HERNANDEZ MORENO<sup>636</sup> afirma que ninguno de ellos puede ser considerado como tercero o extraño respecto de la obligación en que intervienen por el pago “.. por cuanto deben: son deudores..”;

---

<sup>635</sup> Sentencias citadas por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, nota. 56, p. 206.

<sup>636</sup> *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, p. 129.

asimismo, destaca que la evidencia que supone el admitir que fiador y el codeudor solidario tienen por igual un interés cierto en cumplir su “.. *propia obligación*..”, por lo que si el codeudor solidario es al mismo tiempo un deudor y un no deudor, respecto de la parte de la deuda de la que no es realmente deudor (parte debida por los restantes codeudores) el pago no se verifica en concepto de deudor, sino de “.. *pagador* ..” de la deuda ajena.

Esta configuración del codeudor solidario como obligado, con otros, al pago de deuda propia y, a la vez, ajena, es la causa que ha llevado a muchos civilistas contemporáneos a configurar la solidaridad pasiva como una fianza mutua<sup>637</sup>. En este sentido, CAFFARENA LAPORTA<sup>638</sup> indica que la solidaridad pasiva es una institución que cumple, en la relación acreedor-deudores, una función de garantía igual que la fianza, puesto que “.. *todos los deudores solidarios son fiadores en aquella parte de la deuda en que no son verdaderos deudores según la relación interna*...”; por su parte, CARRASCO PERERA<sup>639</sup> afirma que resulta posible hablar de la “.. *solidaridad como una fianza recíproca entre codeudores; esta circunstancia contribuye a asociar la institución de la concurrencia solidaria, junto a su función original de pago, una función adicional de garantía, que, sin embargo, no se ha creado a través de ninguno de los contratos cuya causa comercial sea la intercesión*... ”.

Esta consideración de los deudores solidarios como propios garantes, u obligados por deuda ajena, era la idea central que inspiraba el acercamiento normativo entre la solidaridad pasiva y la fianza que propugnaba el Digesto y que fue mantenida por los juristas clásicos franceses<sup>640</sup>.

En la actualidad, esta idea de configurar la solidaridad de deudores como una fianza mutua se traduce en una recíproca extensión y complemento legislativo de ambas instituciones jurídicas en aquellos puntos fundamentales en los que presentan una afinidad estructural; por ejemplo, las excepciones oponibles por los codeudores solidarios frente a la reclamación del acreedor, donde coincide, una buena parte de la

<sup>637</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 206.

<sup>638</sup> *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, p. 51; en idénticos términos, DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 285; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II, vol. 1, Barcelona, 1989, p. 99 y 104-105; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV-2º, Madrid, 1983, p. 351.

<sup>639</sup> *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid, 1982, p.

<sup>640</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 207.

doctrina<sup>641</sup>, en estimar que el art. 1148 del Código civil (“.. *el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de las obligaciones y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables...*”) debe ser entendido a la luz de lo supuesto en sede de fianza por los art. 1853 (“.. *El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; más no las que sean puramente personales del deudor...*”) y 1824 del Código civil.

Para resolver la cuestión sobre cuál sea la situación en la que deben quedar los codeudores solidarios, no intervinientes en el pago, frente al codeudor solidario *solvens*, DIEZ PICAZO<sup>642</sup> estima necesario entresacar los principios que inspiran, en sede de fianza, las normas recogidas en los art. 1838 y 1839 del Código civil; idéntico criterio de inspiración mantiene el Tribunal Supremo en varias resoluciones (STS 23 de junio de 1964, 23 de junio de 1969 y 29 de mayo de 1984<sup>643</sup>).

De esta forma, la solidaridad pasiva cumple idéntica, o parecida, función de garantía que la fianza, en cuanto que en ambas instituciones la pluralidad subjetiva aparece articulada con igual propósito de reforzar la seguridad del crédito del acreedor, poniéndolo a cubierto contra los riesgos de una eventual insolvencia de alguno de los codeudores del lado pasivo de la obligación solidaria. No obstante, el codeudor solidario es, al mismo tiempo, fiador y fiado, no impidiendo ello que en la parte en que resulte verdadero garante de deuda ajena (parte correspondiente a los demás coobligados), el deudor solidario deba recibir el tratamiento jurídico de un obligado por deuda ajena, como lo es el fiador, y aplicar en estas situaciones, en la medida en que lo permita su específica configuración jurídica, la disciplina prevista para la fianza en los vacíos normativos<sup>644</sup>; por ejemplo, a la hora de determinar en la solidaridad pasiva cual debe ser la responsabilidad exigible al acreedor respecto de la pérdida o deterioro de las garantías anejas al crédito que le hubieren sido ofrecidas por alguno de los codeudores

---

<sup>641</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil*, II-2º, Barcelona, 1986, p. 285;

CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, p. 51..

<sup>642</sup> *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, 2º ed., Madrid, 1983, p. 438.

<sup>643</sup> Sentencias citadas por ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 208.

<sup>644</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 208.

solidarios.

Por otro lado, la cuestión de si la subrogación del codeudor solidario en la posición jurídica del acreedor es un beneficio que nace para el codeudor solidario *solvens* como consecuencia del pago realizado, o es un derecho subjetivo derivado de la esencia misma de la solidaridad que nace de la constitución de la relación obligatoria solidaria, dependerá, en buena medida, el criterio a adoptar a cerca de la aplicación del art. 1852 del Código civil a la solidaridad pasiva.

Tal como se ha mencionado, buena parte de la doctrina justifica la norma sancionadora contenida en el art. 1852 del Código civil, en el hecho de ser la subrogación del fiador *solvens* un beneficio inherente a la propia relación obligatoria de fianza, en el sentido de que no puede ser perjudicado el fiador por un hecho propio del acreedor; GARCIA GOYENA<sup>645</sup> al respecto señalaba que “ .. *la regla de derecho es que a cada cual daña su culpa y que por el hecho ajeno no puede empeorarse mi condición...*”. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 555/1995 (Sección 5ª) de 29 de noviembre, indica que “ ... *El citado precepto (art. 1852 del Código civil) se funda en el principio jurídico de que el hecho ajeno no puede empeorar la propia condición...*”.

¿Es posible mantener igual postura con respecto a la subrogación del codeudor solidario?. POTHIER<sup>646</sup>, al respecto, se pronunció en sentido afirmativo, indicando que la subrogación representaba para los codeudores solidarios un recurso con el que cuentan al asumir su obligación como medio para recurrir contra sus codeudores en el caso de pagar íntegramente la deuda uno de ellos.”. ENNECERUS<sup>647</sup>, por su parte, mantenía igual criterio, indicando que el derecho a la subrogación “.. *nace ya con la relación obligatoria...*” y que, por lo tanto, no puede ser perjudicado por un hecho o convenio posterior del acreedor con otro coobligado.

En la doctrina española, REYES LÓPEZ<sup>648</sup>, en su estudio monográfico, se encamina a demostrar lo específico y propio de la subrogación del fiador (art. 1839 del Código

<sup>645</sup> *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, 1852, art. 1766.

<sup>646</sup> *Tratado de las obligaciones*, Barcelona, 1878, nº. 275, p. 213-214.

<sup>647</sup> *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol. 1, Barcelona, 1966, nota 5, p. 830.

<sup>648</sup> *Algunas consideraciones sobre los artículos 1.838 y 1839 del Código civil*, ADC, 1988, p. 153.

civil) en comparación con la subrogación general prevista en el art. 1210 del Código civil; así, indica que el art. 1210.3 del Código civil establece una presunción “*iuris tantum*” de subrogación, mientras que el art. 1839 del Código civil es una verdadera subrogación legal, reconocida de una manera directa y automática al fiador; no obstante, indica la citada autora que es opinión mayoritaria en la doctrina española<sup>649</sup> el que los casos enumerados en el art. 1210 del Código civil son supuestos de subrogación legal y no meras presunciones “*iuris tantum*” de subrogación. Destaca, asimismo, la citada autora, que “*..no puede contemplarse de la misma manera, al menos doctrinalmente, los supuestos del art. 1210.3 con el del art. 1839 y ello porque éste último precepto viene a indicar que el beneficio que se arroga al fiador es inherente a la relación misma de fianza, de forma tal que, cuando el fiador se compromete a pagar por otro, conoce de antemano que su prestación se verá garantizada por la atribución de la acción de subrogación...*”. Por último, indica que la acción por incumplimiento de la diligencia debida por el acreedor que otorga el art. 1852 del Código civil al fiador, debe ser considerada como un mecanismo integrado en la propia relación de fianza “*.. del que el fiador tiene pleno derecho antes de la configuración de la misma a pretenderlo ..*”, siendo posible la renuncia del fiador a la misma; considerando, asimismo, a dicha norma sancionadora (art. 1852 del Código civil) como una peculiaridad propia del régimen de la subrogación de la fianza que la separa del régimen general previsto en el art. 1210 del Código civil.

Por su parte, ALONSO SÁNCHEZ<sup>650</sup>, estima que los tres números del art. 1210 (“*.. acreedor pague a otro acreedor preferente ... cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor ... cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación ...*”) y el art. 1839 del Código civil contemplan, por igual, supuestos de subrogación legal y no simples presunciones de subrogación, en el sentido que, en todos ellos, la subrogación le viene impuesta al acreedor, ya sea titular de un crédito afianzado o de un crédito con pluralidad de coobligados solidarios; ello no impide que, en cualquiera de estos supuestos de subrogación, el fiador o codeudor solidario, pueda renunciar a ella en el momento del

---

<sup>649</sup> Entre otros, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, Barcelona, 1977, p. 311-312; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI, vol. 1º, Madrid, 1980, p. 41; ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 209.

<sup>650</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 210 y sts.

pago ejercitando el reembolso frente al deudor o codeudores. En este sentido, tanto en los supuestos genéricos de subrogación (art. 1210.3 del Código civil) como en el específico del art. 1839 del Código civil para la fianza, se opera una transmisión del crédito a favor del *solvens* que ha logrado la plena satisfacción del interés del acreedor, pero las condiciones o presupuestos exigidos en cada uno de los casos, para la válida sucesión en la titularidad crediticia, serán distintos, al ser distinta la causa.

En este sentido, ¿qué diferencias existen entre los supuestos de subrogación contenidos en el art. 1210 del Código civil? y ¿qué afinidad existe entre el art. 1210.3 y art. 1839 del Código civil?. Una primera distinción se puede encontrar en las distintas situaciones jurídicas en las que se hallan los sujetos beneficiarios de la presunción de subrogación del art. 1210 del Código civil (“.. *un acreedor pague a otro acreedor ...*”, “... *un tercero, no interesado en la obligación...*”, “... *el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación ...*”). Concretamente, en el apartado 3º (“.. *cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación...*”), se contempla un supuesto de subrogación legal, a favor de ciertas personas, que, verificando un pago de deuda ajena, no pueden ser consideradas terceros (“... *tenga interés en el cumplimiento de la obligación...*”) al estar vinculadas contractualmente con la obligación<sup>651</sup>. En este sentido, tanto el fiador como el deudor solidario asumen, desde la constitución de la relación obligatoria, el compromiso de pagar la misma en su totalidad, si llegado el vencimiento el pago no es efectuado por algunos de los demás responsables, es decir, su interés en el cumplimiento de la obligación es originario como indica HERNANDEZ MORENO<sup>652</sup>, para quien, el deudor solidario y el fiador tienen en común, a diferencia de los demás sujetos implicados en los apartados 1º (“...*un acreedor pague a otro acreedor ...*”) y 2º (“... *tercero, no interesado en la obligación...*”), en que ambos son “... *no deudores no exclusivos..*” que ostentan un interés propio en la relación obligatoria, dado que son tan deudores como aquéllos por quienes pagan, pero con la peculiaridad de que con su pago intervienen en una relación obligatoria ajena, en el caso del fiador, o parcialmente ajena, en el caso del codeudor solidario.

Lo que si parece que debería presumirse del apartado 3º del art. 1210 del Código civil es que por la sola condición de codeudor solidario cabe deducir que el pago por el mismo

<sup>651</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 211.

<sup>652</sup> *El pago de tercero*, Barcelona, 1983, p. 129-131.

de la obligación contraída se realizará sin ánimo de extinguirla, sino con un interés en la subrogación<sup>653</sup>. Así, tanto el deudor solidario como el fiador tienen un interés propio en cumplir la obligación, pues así se liberan de su deuda; su condición de garantes de deuda ajena y de obligados por deuda propia, determina que la ley presuma su voluntad de pagar sin extinguirla (art. 1210.3 del Código civil).

Es decir, la relación previa al pago del codeudor solidario respecto de la obligación, hace presumir, según criterio defendido<sup>654</sup>, que el pago por el codeudor solidario se verificará con interés en subrogarse; interés, propio y originario, en la subrogación con la que cuentan todos y cada uno de los codeudores solidarios al contraer la obligación solidaria, como medio que les ponga a cubierto del riesgo de incumplimiento e insolvencia de los demás deudores. De esta forma, parece que esta legitimación originaria conferida al codeudor solidario de pagar subrogándose en la posición jurídica del acreedor, es la razón, no sólo que les movió a realizar el pago íntegro de la obligación, sino la razón que motivó el asumir la obligación solidariamente, renunciando al beneficio de división o fragmentación en sus relaciones externas frente al acreedor común, es decir, estableciendo una obligación externa mancomunada.

Aceptada, dicha tesis, es de esencia a la solidaridad pasiva el derecho a la subrogación del codeudor solidario *solvens* que no puede verse perjudicado por la conducta negligente del acreedor, que confiado en la solvencia de algunos de los codeudores solidarios, deje perder, en perjuicio de los codeudores solidarios, los “*derechos, hipotecas y privilegios*” que aseguraban la efectividad del crédito; así, deduce ALONSO SÁNCHEZ<sup>655</sup>, la plena justificación de la aplicación del art. 1852 del Código civil al ámbito de la solidaridad pasiva. No obstante, a pesar del incumplimiento por parte del acreedor común de su deber de conservación de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” anejos al crédito, si existirá como límite, derivado de la peculiar estructura interna de la solidaridad pasiva, la fragmentación de la deuda entre los diversos codeudores solidarios (art. 1145.2 del Código civil “*.. el que hizo el pago sólo puede reclamar de codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo ..*”). En este sentido, la sanción que se le debería imponer al acreedor

<sup>653</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 211.

<sup>654</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 211

<sup>655</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 212.

negligente no sería la extinción total del crédito, sino la reducción del mismo en aquella parte correspondiente al codeudor de quien el perjudicado no pudiera obtener el reintegro por razón de la pérdida de los mencionados “*derechos, hipotecas y privilegios*”, y cuya ausencia sea imputable, directa y exclusivamente, a la falta de diligencia por parte del acreedor o a actos, expresos o tácitos, de renuncia de estas garantías.

### **3.3. La cofianza solidaria**

En este supuesto, se pueden distinguir dos aspectos en la relación jurídica de la cofianza desde la perspectiva de su estructura interna, por una parte, la relación interna que vincula al deudor principal con la pluralidad de garantes en régimen de solidaridad y, de otra, la relación interna entre los diversos cofiadores solidarios entre sí.

En cuanto al primer aspecto (“relación interna entre cofiadores solidarios y deudor principal”), las consecuencias del pago efectuado por uno de los cofiadores solidarios son idénticas a las que se derivan en los supuestos de fianza unipersonal, es decir, los fijados en los art. 1838 (“acción de reembolso”) y 1839 (“acción subrogatoria”) del Código civil; siendo de aplicación, a este derecho de reintegro del cofiador *solvens* frente al deudor principal y directo de la obligación garantizada, íntegramente las consecuencias normativas expuestas en torno al alcance y presupuestos del art. 1838, 1839 y 1852 del Código civil, para los supuestos de fianza unipersonal; así, el cofiador solidario que ha satisfecho íntegramente la obligación garantizada, asumida por todos los cofiadores, dispone frente al deudor principal de la acción de reembolso (art. 1838 del Código civil) y la de subrogación (art. 1839 del Código civil). El reintegro del cofiador solidario *solvens* frente al deudor principal lo será por el total importe satisfecho al acreedor, quien podrá, en el caso de pluralidad de deudores solidarios, reclamar a cualquiera de ellos la totalidad de lo pagado. Asimismo, la conducta negligente del acreedor común respecto del mantenimiento de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” otorgadas al mismo por el deudor principal o, en su caso, por alguno de los deudores principales, determinará, en aplicación del art. 1852 del Código civil, la extinción de la garantía personal, al derivarse de dicha conducta del acreedor un perjuicio en el eventual derecho de subrogación de los cofiadores solidarios.

En cuanto al segundo aspecto (“relación interna entre cofiadores solidarios”), los efectos

del pago íntegro realizado por uno de los codeudores solidarios se encuentra regulado en el art. 1844 del Código civil (“.. *cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma causa, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra...*”). En este sentido, puede destacarse la casi absoluta indentidad entre las disposiciones contenidas en los apartados 1º y 2º del art. 1844 del Código civil, para la cofianza solidaria, y los apartados 2º y 3º del art. 1145 del Código civil (“ .. *el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno...*”) para el supuesto de solidaridad pasiva.

De esta forma, el cofiador solidario que ha pagado íntegramente la obligación *fideiusoria*, dispone, frente al resto de los cofiadores solidarios, de un derecho de regreso a fin de obtener la redistribución interna entre los garantes de la pérdida patrimonial sufrida por el *solvens*. Este criterio legal de división interna de la obligación de garantía es el principio que rige, al igual que en la solidaridad pasiva, todo lo concerniente a las consecuencias del pago entre los cofiadores; MANRESA<sup>656</sup>, al respecto, indica que “.. *en las relaciones entre los diversos fiadores, la concurrencia de ello surte el efecto de que el débito se divida entre ellos en la cuantía en que quisieron quedar obligados, como en la concurrencia de deudores se divide la obligación entre ellos y, por consiguiente, es justo y equitativo que el fiador que ha pagado su deuda y la de los otros cofiadores le conceda la ley el derecho de reintegro contra ellos por sus respectivas cuotas...*”; por su parte GUILARTE ZAPATERO<sup>657</sup>, se refiere a la cofianza solidaria como una obligación pluripersonal de garantía de la que surge una especial relación interna entre los cofiadores.

Esta misma equiparación también se encuentra entre el apartado 3º del art. 1145 del Código civil (“ .. *la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor*

---

<sup>656</sup> *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª, ed., Madrid, 1973, p. 454.

<sup>657</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 260.

*solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno...”), para la solidaridad pasiva, y el apartado 2º del art. 1844 del Código civil (“ .. si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción ...”), para la cofianza solidaria. En este sentido, DÍEZ PICAZO<sup>658</sup> indica que “.. la acción de reintegro del fiador frente a los cofiadores, si hay solidaridad entre ellos, no es más que una aplicación de las reglas generales sobre la solidaridad...”.*

Por otro lado, en virtud de lo establecido en el art. 1839 del Código civil, parece fuera de toda duda que el cofiador que pagó el crédito afianzado, solidariamente, por varios sujetos queda, por el sólo hecho del pago, subrogado en “... todos los derechos que el acreedor del acreedor tenía contra el deudor ...” (art. 1939 del Código civil); ahora bien, ¿también se subroga en los derechos del acreedor frente al resto de los cofiadores solidarios?. De la postura que sobre este aspecto se adopte, dependerá la exigibilidad o no al acreedor de una especial diligencia en la conservación de los “derechos, hipotecas y privilegios”( art. 1852 del Código civil) otorgados por algunos de los cofiadores solidarios en garantía de la obligación principal.

POTHIER<sup>659</sup>, al respecto, era la opinión que debía ser incluido el cofiador entre aquellos sujetos que pueden obtener, por el hecho del pago, la cesión de las acciones que el acreedor tuviere contra los demás responsables del débito, es decir, deudor principal y demás cofiadores. Estima, asimismo, que “.. cuando el acreedor se ha puesto fuera de estado de poder ceder a los otros fiadores la acción que él tenía contra uno de ellos, al descargar a ese fiador o al permitir que se declare terminada su demanda contra él, se debe igualmente decidir que el acreedor debe ser, por “*exceptionem cedendarum actionum*”, excluido de su demanda contra los otros fiadores, no por el total, sino por la parte por la cual ellos hubieren tenido recurso contra el fiador descargado, si el acreedor no se hubiera puesto fuera de estado de cederle su acción contra él...”; matizando, el citado autor, que ello va referido a los supuestos de cofianza y no de pluralidad de fianzas por un mismo crédito.

En el Derecho romano los cofiadores carecían de una específica acción de regreso entre ellos, aun en el caso de que la deuda hubiera sido pagada íntegramente por alguno de

<sup>658</sup> *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1983, p. 613.

<sup>659</sup> *Tratado de las obligaciones*, t. II, Barcelona, 1878, nº 557, p. 218-219.

ellos; sólo podían articular un derecho de repetición invocando la acción derivada de la concreta relación que les vinculara con los demás cofiadores (la “*actio societati*” o la “*actio mandati*”, generalmente). Solamente, en un caso excepcional, venía atribuido al fiador *solvens* la posibilidad de dirigirse contra los cofiadores, cuando el *solvens* haciendo valer el “*beneficium cedendarum actionum*” obtenía del acreedor satisfecho la cesión de sus acciones frente a los restantes cofiadores; esta transmisión de acciones a favor del cofiador *solvens* no se operaba automáticamente tras el pago, sino que precisaba de una petición por parte de dicho cofiador y una cesión expresa por parte del acreedor.

En el Derecho justiniano se realiza un reconocimiento generalizado del “*beneficium cedendarum actionum*” a favor del fiador, del deudor solidario y del cofiador solidario, que hubiere pagado la deuda; asimismo, les es reconocida la facultad de negar el pago pretendido por el acreedor cuando éste se hubiere puesto, por su culpa, fuera de poder cederles sus acciones y derechos, valiéndose de la “*exceptio cedendarum actionum*”.

Estos criterios consagrados por el Derecho justiniano, en materia de regreso entre los cofiadores, fueron recogidos por el Derecho histórico patrio, concretamente en la ley 11, título XII, de la Partida V (antecedente del art. 1844 del Código civil), en la que se reconoce a todo cofiador que paga la deuda por todos los garantes la posibilidad de instar del acreedor satisfecho la cesión de sus acciones contra los restantes cogarantes, aunque limitando la reclamación a la parte o cuota que correspondiera a cada uno de ellos.

Esta exigencia de una expresa cesión de acciones por parte del acreedor satisfecho, que se formulaba en el Derecho histórico patrio, desapareció con la introducción del mecanismo de la subrogación por el pago que se instauró por primera vez en el Código de Napoleón. En este sentido, GARCIA GOYENA<sup>660</sup>, al comentar el art. 1.758 del Proyecto de 1851 (correspondiente al art. 1.844 del Código civil), critica las soluciones histórico-legales anteriormente citadas, ya que “.. *es conforme a la sencillez y equidad que queden obligados en proporción al beneficio que les resulta del pago, y que el fiador que pagó se subroga de derecho en el lugar del acreedor.* “ ; asimismo, la subrogación “*ope legis*” del cofiador *solvens* en los derechos que el acreedor ostenta

---

<sup>660</sup> *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil*, comentario al art. 1.759 del Proyecto de 1851.

contra los restantes cofiadores, es incluida, por el citado autor, entre los supuestos de subrogación legal referidos a los que pagan por tener interés en el cumplimiento de la obligación a que se hace mención en el art. 1.117.3 del Proyecto de 1851 (actual 1210.3 del Código civil), es decir, comprendiendo en su ámbito subjetivo, al cofiador solidario, al fiador y a los deudores solidarios, manifestando, asimismo, la identidad de alcance de esta vía de subrogación para el codeudor y el cofiador, en tanto que para ambos, dicho recurso de reintegro recuperatorio se haya limitado por la fragmentación interna de la deuda, ordenada legalmente.

En cuanto al Derecho comparado, hay ordenamientos jurídicos que sancionan de un modo expreso el derecho de subrogación a favor del cofiador solidario en los derechos y garantías del acreedor frente al resto de codeudores; así, art. 650.1 del Código civil portugués<sup>661</sup>, el art. 2037 del Código civil argentino o el parágrafo 774 del BGB<sup>662</sup>. Por su parte en la doctrina francesa e italiana, cuyos ordenamientos no admiten expresamente el recurso de subrogación del cofiador *solvens*, es mayoritaria la opinión que el fiador dispone contra los cofiadores de una doble acción, la de reintegro y la acción del acreedor frente a los cogarantes de la que gozará el cofiador *solvens* en virtud de la subrogación legal<sup>663</sup>.

Este parece ser el criterio dominante, con alguna excepción, en nuestra doctrina. Así, PÉREZ ÁLVAREZ<sup>664</sup> señala como la fragmentación interna de la deuda, según art. 1844.1 del Código civil, no impide que nos encontremos ante un supuesto de subrogación legal, ya que la subrogación es relativa al derecho para cuya efectividad se confiere, y en el caso de fianza solidaria, la subrogación, *ex art.* 1210.3 del Código civil, es relativa al derecho de regreso que habrá de ser ejercitado conforme prescribe el art. 1844.1 del Código civil. En este sentido, GUILARTE ZAPATERO<sup>665</sup>, a diferencia

<sup>661</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. 1º, Coimbra, 1987, p. 484, resalta que el cofiador *solvens* dispone de un acción de subrogación y otra de reembolso que no podrá ejercitar conjuntamente.

<sup>662</sup> ENNECCERUS, *Tratato de Derecho civil*, t. II, vol. 1º, 3.ª ed., Barcelona, 1966, p. 829-830, afirma que “ .. aunque al satisfacer al acreedor el fiador adquiere el crédito de aquél, no puede hacerlo valer por su pleno importe contra los cofiadores, ya que esto sería contrario a la situación igual que ocupan aquéllos en concepto de deudores solidarios, ” , indicado en citado autor que “ .. sólo tiene derecho a repetir contra sus cofiadores en la medida que admiten las disposiciones valederas para los deudores solidarios, o sea, por regla general, en una parte proporcional...”.

<sup>663</sup> En este sentido, BO, *Nuevo Digesto italiano*, t. V, Torino, 1938, p. 1.124; COLIN / CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. V, Madrid, 1982, 3.ª, p. 40.

<sup>664</sup> *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 291.

<sup>665</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 265-266.

del criterio por él defendido respecto a la subrogación en materia de solidaridad pasiva, no ve dificultad para admitir el ejercicio de la subrogación por parte del cofiador *solvens* en el hecho de encontrarse limitado por la reclamación *pro parte* del art. 1844 del Código civil.

Sin embargo, no faltan también en la doctrina española afirmaciones en contra de la admisión, a favor del cofiador *solvens*, del ejercicio de la vía subrogatoria. En este sentido, SUSO VIDAL<sup>666</sup> rechaza que pueda hablarse de una subrogación de pleno derecho a favor del cofiador solidario *solvens*, argumentando, de un lado, el criterio restrictivo de la subrogación en el art. 1209 del Código civil (“.. *la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto.*”) que impide su aplicación analógica y, de otro, en que los supuestos del art. 1210 del Código civil no son de subrogación legal, sino supuestos en los que se presume, salvo prueba en contra, la existencia de un convenio de subrogación.

Por su parte, ALONSO SÁNCHEZ<sup>667</sup> afirma que es “*communis opinio*” que los supuestos de subrogación que se contienen en el art. 1210 del Código civil no tienen carácter de presunciones, sino de supuestos de verdadera subrogación legal; en este sentido, opina la citada autora, que el término “.. *se presumirá ...*”, contenido en el art. 1210 del Código civil, no es empleado por el legislador en un sentido técnico. Asimismo, también indica que la orientación doctrinal denegatoria de la subrogación legal en la cofianza solidaria no responde a la tradición jurídica, representada por el art. 1117.3 del Proyecto de 1851, así como que el criterio afirmativo es el jurisprudencialmente admitido<sup>668</sup>. Continúa, la citada autora, afirmando que el fundamento que justifica el reconocimiento de la subrogación legal en la cofianza solidaria se encuentra en la consideración del cofiador solidario, en lo que atañe a las relaciones internas, como deudor de su parte y garante en la parte correspondiente a los demás; es decir, el cofiador, al igual que se señaló para los supuestos de solidaridad pasiva, al cumplir íntegramente la obligación *fideiusoria* paga su propia deuda y la

---

<sup>666</sup> *El derecho de regreso entre coavalistas de créditos bancarios: especial consideración del supuesto de pago voluntario al acreedor por parte de uno de ellos*, RDM, 1980, p. 534.

<sup>667</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 218.

<sup>668</sup> A estos efectos la citada autora cita la Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de enero de 1931.

deuda ajena, de lo que se deriva un interés directo del mismo en cumplirla. Así, concluye, el art. 1210.3 del Código civil (“ .. cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación...””) va referido tanto al codeudor como al cofiador solidario en igual medida y por idéntica razón, al presumirse que el cofiador solidario quiere cumplir la obligación de garantía, no sólo sin querer extinguir la obligación principal, sino también sin el propósito de operar la extinción de la misma obligación *fideiusoria* derivada de la cofianza solidaria<sup>669</sup>.

Por ello, podría concluirse que es de esencia a la estructura de la cofianza solidaria la subrogación del cofiador *solvens* en los “*derechos, hipotecas y privilegios*” que ostentara el acreedor frente a los demás cofiadores solidarios, ya que en razón de tal eventual subrogación es por lo que, previsiblemente, los garantes consintieron asumir la cofianza, en régimen de solidaridad, especialmente en el caso de dudosa solvencia del deudor.

De esta forma, podría extenderse las conclusiones obtenidas para la solidaridad pasiva a la figura de la cofianza solidaria, incluso, la extensión subjetiva del art. 1852 del Código civil, a fin de imponer al acreedor la carga de conservar en beneficio de los cofiadores los “... *derechos, hipotecas y privilegios...*” que, en virtud de la subrogación, deberían asegurar al cofiador el eficaz reintegro al cofiador *solvens* de las cantidades adeudadas por los demás cofiadores solidarios.

DE BUEN<sup>670</sup> rechaza que el codeudor solidario pueda hacer valer el art. 1852 del Código civil, pero, en cambio, parece admitir dicha disposición a favor de los cofiadores solidarios; PÉREZ ÁLVAREZ<sup>671</sup>, por su parte, es de la opinión favorable a la inclusión de los cofiadores solidarios entre los sujetos que pueden hacer valer la excepción de perjuicio en la subrogación (art. 1852 del Código civil); ALONSO SÁNCHEZ<sup>672</sup> afirma que son las mismas razones las que justifican la aplicación extensiva del art. 1852 del Código civil en la solidaridad de deudores y en la cofianza solidaria, dada la identidad estructural de ambas instituciones jurídicas, tanto en el aspecto externo como en el interno, indicando, asimismo, que tanto el codeudor como el

<sup>669</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 219.

<sup>670</sup> Notas al *Curso elemental de Derecho civil* de COLIN / CAPITANT, t. V, Madrid, 1982, p. 62.

<sup>671</sup> *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 220.

<sup>672</sup> *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 220.

cofiador solidario contaron, en el momento de asumir sus respectivas obligaciones, con el beneficio legal de la subrogación (art. 1210.3 del Código civil).

Si se mantuviera que el pago de la obligación, realizado por un codeudor o cofiador solidario, determina la extinción definitiva de la deuda (como así parece admitirlo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 227/2002 (Sala de lo Civil), de 11 de marzo, ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote), y, en consecuencia, sin posibilidad de que el *solvens* ejercite la vía subrogatoria, no sólo se estaría adoptando un criterio opuesto al seguido en los antecedentes históricos, de gran influencia en el redactado del Código civil, sino que, además, dicha solución parecería contraria al “principio de justicia”, según el cual nadie debe enriquecerse a costa de otro sin causa que lo justifique. De esta forma, si codeudor o cofiador *solvens*, tras haber hecho frente en su patrimonio el exclusivo cumplimiento de la obligación, no pudieran ejercitar su derecho de reintegro por la vía de la subrogación, supondría que, extinguido el crédito por el pago, desaparecerían con el mismo las demás garantías otorgadas al acreedor común por los restantes coobligados, hubieran o no participado en el cumplimiento de la obligación.

Así, el pago íntegro de la obligación por uno de los cofiadores solidarios, le genera un perjuicio patrimonial al soportar éste el cumplimiento de su propia deuda (su cuota en la relación interna) y la de la parte de la que es ajeno (cuota que en la relación interna corresponde al resto de cofiadores). El pago del *totum* por alguno de los cofiadores solidarios origina un efecto revote favorable para los restantes cofiadores que no intervinieron en el cumplimiento de la deuda, al poder hacer valer éstos coobligados, frente a la reclamación de reintegro del cofiador *solvens*, el beneficio de división interna y quedar transformado su compromiso inicial (solidario) en una responsabilidad individual (mancomunada) correspondiente a la cuota de la que responde cada uno, según las reglas de distribución interna pactadas o, a falta de convención, por criterios de igualdad y proporcionalidad.

Lo que no parece tener justificación, es el enriquecimiento y mejor posición jurídica que se derivaría para los cofiadores solidarios no participantes en el pago, si se entendiera que por el pago queda extinguida totalmente la obligación y, con ella, todas los “*derechos, hipotecas y privilegios*” que, concedidos por alguno de los cofiadores al acreedor,

rodeaban al crédito, y que no podrá hacer uso el cofiador solidario *solvens*. Así, de esta forma, estos cofiadores solidarios se verían notablemente favorecidos en su situación jurídica como consecuencia directa del pago verificado por el cofiador solidario *solvens*, incrementándose el perjuicio patrimonial sufrido por el *solvens* que verá fragmentada su reclamación en tantas partes como cofiadores solidarios hubiere, viendo como su exclusivo desembolso del total del débito beneficiaría a los demás cofiadores solidarios que hubieren otorgado al acreedor algún tipo de “*derecho, hipoteca o privilegios*” a favor del acreedor, al desaparecer de su patrimonio la sujeción que las citadas garantías representa.

Con esta finalidad de paliar esta consecuencia injusta y perjudicial en los derechos de reintegro del codeudor y cofiador solidario *solvens*, así como de evitar un enriquecimiento injusto, por falta de causa, en los restantes cofiadores solidarios no intervinientes en el pago, es por lo que parece que el art. 1210.3 del Código civil (“ .. *cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación ...*”) confiere el mecanismo de la subrogación al cofiador *solvens* para que pueda valerse, en su reclamación frente al resto de cofiadores solidarios, de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” anejos al crédito satisfecho.

Es decir, como consecuencia del pago íntegro efectuado por uno de los cofiadores solidarios, se transmitirían a este, vía subrogación legal, las garantías y demás derechos que rodean al crédito, ya hubieran sido conferidas por el deudor principal, ya por terceros, o por los mismos cofiadores solidarios. En este sentido, se podría sostener que, por el mero hecho de ostentar la cualidad jurídica de codeudor o cofiador solidario, la ley presume la existencia en estos coobligados de un interés en la subrogación, del que son titulares desde el momento en que asumen dichas posiciones deudoras.

De esta forma, la subrogación, supone para los cofiadores solidarios, en el momento de la asunción de sus compromisos de garantía el remedio jurídico que asegurará y facilitará el reintegro de las cantidades que hayan pagado al acreedor y que sobrepasen la cuota de responsabilidad interna que corresponda al *solvens*. Este estado de confianza del *solvens* no debería quedar destruida por un “*hecho del acreedor*” que determine, de forma negligente o por descuido grave, la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” anejos al crédito principal, que reforzaban la posición acreedora

antes del pago, y aseguraban, igualmente, mediante la subrogación legal, la garantía de reintegro del *solvens*, en la cuota correspondiente.

En este sentido, expresamente el parágrafo 776 BGB, al enumerar los derechos y garantías cuya pérdida por el acreedor desencadena la liberación de los garantes personales, expresamente menciona el supuesto de abandono por parte del acreedor común del “.. *derecho contra un cofiador...*”. De modo más claro, aparece sancionada la excepción del perjuicio en la subrogación, referida en la cofianza solidaria, en el art. 2355 del Código civil de Chile al disponer que “.. *Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiador por medio de la subrogación legal...*”.

El actual art. 1852 del Código civil (“ .. Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo...”), inspirado en el art. 2037 del Code (“ .. El fiador queda libre de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor el fiador no pueda quedar subrogado en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor. Toda cláusula en sentido contrario se considerará no escrita... “), se diferencia, en cambio, en el hecho de hacer expresa mención a los fiadores solidarios entre los garantes que pueden aprovecharse de la excepción de perjuicio en la subrogación. Así, de esta expresión (“..los fiadores, aunque sean solidarios, .... “) contenida en el art. 1852 del Código civil, parece que podría entenderse, por igual, dentro de su contenido a los supuestos de fianza solidaria como los de cofianza solidaria<sup>673</sup>.

## **VIII. Análisis de los diversos supuestos contenidos en el art. 1.843 del Código civil**

### ***1. Ideas Previas***

---

<sup>673</sup> En este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, p. 223.

A través del Anteproyecto belga de Laurent, se recogen en el art. 1.843 del Código civil los mismos supuestos que en el art. 2.032 del Código civil francés, con pequeñas modificaciones (.. *“El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor para ser indemnizado por él: 1º Cuando se vea demandado judicialmente para el pago; 2º Cuando el deudor se encuentra en situación de quiebra o insolvencia; 3º Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado; 4º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse; 5º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse antes de un plazo determinado, como una tutela..”*). Los mismos supuestos se incluían en la mayoría de los códigos de influencia francesa.

En el art. 1.843 del Código civil se contienen cinco supuestos en los que el fiador “... *aun antes de haber pagado puede proceder contra el deudor principal ...”* a fin de que obtener “.. *la relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor..”*. Dichos supuestos son, con algunas diferencias, los mismos que enumera el art. 2.032 del Código civil francés, y también se repiten en otros códigos civiles más modernos como en el art. 1.953 (“Rilievo del fideiussore”) del Codice civile italiano (“...*Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso (1.179), nei casi seguenti: 1) quando è convenuto in giudizio per il pagamento; 2) quando il debitore è divenuto insolvente; 3) quando il debitore si è obbligato di liberarlo dalla fideiussione entro un tempo determinato; 4) quando il debito è divenuto esigibile per la scadenza del termine; 5) quando sono decorsi cinque anni, e l'obbligazione principale non ha un termine, purché essa non sia di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato...*”) o el art. 648 del Código civil portugués.

Es criterio unánime en la doctrina el que las acciones de relevación y de cobertura sólo proceden en los casos taxativamente indicados en la correspondiente normativa<sup>674</sup>, sin

<sup>674</sup> Así, GUILARTE ZAPARERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª edic, Madrid, 1991, p. 300; entre los autores franceses, BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile, Dei contratti aleatori, del mandato, delle fideiussione e della transazione*, t. XXIV, Milán, p. 592, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*,

que, por lo tanto, sea admisible su aplicación analógica a otros supuestos en los que exista algún tipo de perjuicio para el fiador<sup>675</sup>. Así la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1990, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, se indica que “... *el referido precepto indica el otorgamiento de unos delitos para pedir la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor, pero siempre que se den los requisitos del mencionado art. 1.843 del Código civil.....*”. Ello obliga al estudio detallado de cada uno de los supuestos contenidos en la norma a fin de discernir el alcance y contorno exacto de cada uno de los supuestos.

Tradicionalmente la norma ha sido considerada por la doctrina<sup>676</sup> como excepcional, al permitir al fiador determinadas acciones (liberación y/o cobertura) antes de haber satisfecho la deuda garantizada al acreedor, ya que la regla general es que la ley sólo permite al fiador accionar contra el deudor principal después de haber pagado al acreedor. Por ello, se concluye que sólo en los casos expresamente descritos por la norma es posible que el fiador accione frente al deudor principal antes del pago.

En realidad el art. 1.843 del Código Civil podría ser considerado como una norma de tutela preventiva del eventual derecho de reembolso del fiador, a ejercitar una vez haya satisfecho la obligación garantizada al acreedor; es decir, que más que una norma excepcional sería una norma cautelar encaminada a proteger los intereses del fiador que el ordenamiento considera que son dignos de protección, pero solamente en los casos y/o supuestos que taxativamente la propia norma contempla. Así el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 585/1995 (Sala de lo Civil) de 6 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús María Martínez-Pardo, indica que “... *el art. 1.843 permite en los supuestos por él contemplados, ejercitar una acción para obtener la relevación de fianza o una garantía*

---

2ª ed., París, 1987, p. 400 y SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., París, 1991, p. 475; entre la doctrina italiana, FRAGALI, *Della fideiussione, Comentario del Codice civile*, Libro cuarto, Delle obbligazioni, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 419.

<sup>675</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 438.

<sup>676</sup> LAURENT, *Principii di Diritto civile*, 2ª ed., vol. XXVIII, Milano, p. 203, decía que “*tutti riconoscono che è per deroga ai principii e per considerazione d’equità che la legge permette al fideiussore d’agire, quando non han ancora pagato. Ora le disposizioni eccezionali non si estendono, memmo per via analógica, che è decisivo*”. La mayoría de autores franceses señalan el carácter excepcional del art. 2032 CC y que ello obliga a una interpretación restrictiva, así SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., París, 1991, p. 473.

*que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Es definitiva, una acción cautelar ... “).*

En los apartados siguientes se efectuará un análisis de los diversos supuestos contenidos en el art. 1.843 del Código civil, estudiando su contenido y alcance, es decir, determinando en que supuestos es procedente el ejercicio por parte del fiador de las acciones de relevación y garantía. Asimismo, y en el caso de que procedan dichas acciones, en que supuestos será procedente la acción de relevación y en cuales la de cobertura, y en que medida se va a conseguir mediante el ejercicio de dichas acciones la protección cautelar que se persigue con el ejercicio de las mismas.

## **2. El supuesto 1º del art. 1.843 del Código civil**

En el supuesto 1º del art. 1.843 del Código civil se establece que el fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal: “ ..*Cuando se ve demandado judicialmente para el pago..*”.

En general, el contenido de este supuesto habilitante no representa novedad alguna en nuestro Derecho. Ya aparecía regulado en las Partidas<sup>677</sup> que, si bien sancionaban como principio general el de que no resultaba posible al fiador reclamar sino después de haber pagado, admitía ciertas excepciones al mismo; concretamente, siguiendo el criterio del Derecho romano, exigía que el fiador, no sólo hubiera sido demandado, sino condenado. Por su parte, el art. 1.757 del Proyecto de 1851<sup>678</sup> autorizaba al fiador a reclamar al deudor que le indemnice o releve de la fianza “ ..*cuando el mismo fiador ha sido demandado judicialmente para el pago..*”; es decir, sólo se exigía la demandada judicial no la condena.

Con el actual redactado de este primer supuesto del art. 1.843 del Código civil se amplía el ámbito del remedio concedido al fiador, siguiendo en este punto al Código de

<sup>677</sup> En la Ley XIV, título 12 de la 5ª Partda, ya mencionaba este supuesto como primera razón, pero exigía que el fiador fuere condenado a pagar toda la deuda o parte de ella.

<sup>678</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. V, reimpresión de la 1ª ed., Madrid, 1998, p. 68, comenta que el Proyecto de Código dispone que desde el momento de la demanda podrá el fiador emplazar al deudor para que le pague; pero parece mejor esperar al resultado del juicio, porque podía ser el pleito temerario.

Napoleón<sup>679</sup> que, conforme al antiguo Derecho francés, permite la acción anticipada del fiador por el mero hecho de verse simplemente demandado para el pago. Así, el art. 2.032 del Código civil francés establece que “... *El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor para ser indemnizado por él: 1º Cuando se vea demandado judicialmente para el pago.*”.

Con este primer supuesto introducido por el art. 1.843 del Código civil se persigue poner a cubierto al fiador de la posible insolvencia sobrevenida del deudor durante la tramitación del procedimiento judicial en el que se ejecuta la fianza con el perjuicio que ello conlleva para el buen fin de su posterior acción de reembolso<sup>680</sup>. Asimismo, la opinión más común de la doctrina<sup>681</sup> señala que no es suficiente para que entre en juego este primer supuesto un requerimiento extrajudicial de pago, aunque sea notarial, si no que ha de tratarse de una demanda judicial por la que se pretenda el pago de la obligación garantizada. No obstante, podría existir la duda si determinados actos previos al proceso entran dentro del citado primer supuesto del art. 1.843 del Código civil (“*demandado judicialmente para el pago*”).

El proceso civil se inicia siempre por medio de la demanda, pero la ley regula una serie de actividades que son previas al mismo y que tienen naturalezas jurídicas muy distintas. Concretamente, dentro de las actividades previas no jurisdiccionales, se distinguen las necesarias y las facultativas. Dentro de las primeras sólo resta la reclamación administrativa previa y en cuanto a las segundas son la conciliación previa y las diligencias preliminares.

En cuanto a la reclamación administrativa previa no se encuentra referida en la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), pero la necesidad de dicha reclamación administrativa previa, en todo tipo de procesos civiles y laborales, contra la Administración Pública viene establecida en el art. 120.1 de la Ley 30/1992 de

---

<sup>679</sup> El Código civil francés (art. 2032) y el Anteproyecto belga de Laurent, siguiendo al antiguo Derecho francés permiten la acción anticipada del fiador por el hecho de verse demandado para el pago. POTHIER, *Traité des obligations*, v. I y II, Barcelona, 1974, p. 281, comentaba que el primer ejemplo citado en la Ley romana es cuando el fiador ha sido condenado, “*si neque condemnatus es*”. Según nuestra práctica francesa el fiador no está obligado a esperar a que haya sido condenado. Tan pronto es demandado por el acreedor puede emplazar al deudor principal para que se le obligue a saldar la cuenta.

<sup>680</sup> CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 15ª ed., Madrid, 1993, p. 705.

<sup>681</sup> Por todos, MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, t. XII, 6ª ed., revisada por Gómez Isabel, Madrid, 1973, p. 705; MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, t. XXVIII, redactado por Eugenio Vázquez Gundín, Madrid, 1953, p. 647.

26 de noviembre, sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (“*..La reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública, salvo los supuestos en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de ley..*”), precepto que no ha sido modificado por la Ley 4/1999 de 13 de enero de modificación de la ley 30/1992 de 26 de noviembre.

Su origen se remonta a mediados del siglo XIX (RO de 9 de junio de 1847) pretendiendo presentarse como un sustituto del acto de conciliación. Inicialmente se refería a la Hacienda Pública y hoy, tal como lo establece el art. 120.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Pprocedimiento Administrativo Común, viene referido a todas las Administraciones Públicas; con esta referencia hay que remitirse al art. 2 de la citada Ley en el que se establece lo que se entiende por Administración Pública a efectos de la mencionada normativa.

En cuanto a las diligencias preliminares se recogen en el Libro II (“*De los procesos declarativos*”), Título I (“*De las disposiciones comunes a los procesos declarativos*”), Capítulo II (“*De las diligencia preliminares*”) de la LEC (art. 256 a 263) un conjunto heterogéneo de las llamadas “*diligencias preliminares*” cuya naturaleza jurídica es discutible.

Durante la vigencia del derogado Real Decreto de 3 de febrero de 1881 de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil se llegó a afirmar que estas diligencias preliminares no eran procesos, porque el juez no actuaba jurisdiccionalmente en ellas. En consecuencia eran consideradas como actos de jurisdicción voluntaria, por dos razones; la primera, porque el juez no dictaba una resolución judicial que decidía una controversia entre las partes, y la segunda, porque el resultado de la diligencia preliminar no surtía efecto alguno en el proceso posterior<sup>682</sup>.

---

<sup>682</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 440.

En la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, las cosas se han complicado. Se mantiene que el juez no dicta una resolución que decide una controversia, pero existe algún supuesto en el que el resultado de la diligencia preliminar sí surte efectos en el proceso posterior; así en el caso del art. 261.4 de la LEC en el que se establece que “.. *si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, la cuentas y datos que presente el solicitante...*”.. A pesar de ello, se sigue afirmando que se está ante actos de jurisdicción voluntaria<sup>683</sup>.

La realización de estas diligencias preliminares depende de la voluntad del futuro demandante y su finalidad es doble; por un lado, despejar dudas sobre la afirmación de la titularidad, normalmente pasiva, en un futuro proceso, pretendiendo evitar la realización de actividad jurisdiccional inútil que acabaría en una sentencia meramente procesal, y por otro lado, preparar el futuro proceso aclarando algún elemento desconocido sobre el fondo.

Dentro de las clases de diligencias preliminares que relaciona y permite el art. 256 de la LEC, se destaca, a los efectos de este trabajo, su supuesto primero el cual establece que todo juicio podrá prepararse “..*por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir la verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, el conocimiento del cual sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los cuales conste aquella capacidad, representación o legitimación...*”. Dicha diligencia puede concluir de tres maneras; la primera, que el sujeto pasivo admita el hecho relativo a su “*capacidad, representación o legitimación*” y, siendo demandado con posterioridad, no podrá negar el hecho admitido, pero ello no supone que la “*capacidad, representación o legitimación*” exista, pues la capacidad y la legitimación se tiene o no se tiene; segundo, que el sujeto pasivo niegue el hecho, en cuyo caso no se producirá efecto vinculante alguno para el posterior proceso, en que podrá ser demandado, resolviéndose en el mismo sobre su “*capacidad, representación o legitimación*”; y tercero, que el sujeto pasivo no comparezca, no conteste o lo haga de forma evasiva, en cuyo caso, según el art. 261 de la LEC, el tribunal podrá tener por respondidas afirmativamente las

---

<sup>683</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 441.

preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior; sin que ello suponga, tal como se ha indicado, que la “*capacidad, representación o legitimación*” existan, sino que el efecto será que el demandado no podrá negar los hechos<sup>684</sup>.

En cuanto a la conciliación previa, regulada en el Libro II (“*De la jurisdicción contenciosa*”), Título I (“*De los actos de conciliación*”) del Real Decreto de 3 de febrero de 1881 de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 460 a 480), en vigor ya que en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 1, 2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil “.. *Se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes: 2ª. El Título I del Libro II .....que estarán vigentes hasta la entrada en vigor de la regulación de ambas materias en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria...*”.

La conciliación podría definirse como la comparecencia, necesaria o facultativa, de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad, designada por el Estado, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa, y que regulada por el ordenamiento jurídico atribuye determinados efectos jurídicos a lo en ella convenido<sup>685</sup>.

Atendiendo a las conciliaciones judiciales se puede distinguir entre preventivas, o preprocesales, reguladas en los art. 460 a 480 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y las intraprocerales, reguladas en los art. 415 y 428.2. de la LEC, para el juicio ordinario, en el que se habla de “*intento de conciliación*”, “*transacción*” o “*acuerdo*”. La distinción se basa en el tiempo en relación con la litispendencia, de modo que si la conciliación se realiza antes de la litispendencia ésta será preventiva, tendiendo a evitar el proceso, y si se realiza después, será intraprocerales y tenderá a terminar el proceso ya iniciado.

La conciliación judicial preventiva, o preprocesal, no es un proceso ya que el juez no interviene en ella para imponer una solución al conflicto; el juez no actúa en ella

---

<sup>684</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 443.

<sup>685</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 452.

jurisdiccionalmente, es decir no juzga o ejecuta lo juzgado. La avenencia, si se logra, es obra de las partes, no existiendo decisión judicial. El juez se limita a aproximar a las partes, pero no resuelve<sup>686</sup>. Así, si se excluye que la conciliación judicial preventiva, o preprocesal, se trata de un proceso, sólo puede ser un acto de jurisdicción voluntaria; no obstante, la utilización por parte de la Ley de Enjuicimiento Civil de 1881 de una terminología equívoca, al hablar de “*demanda*”, “*demandante*”, “*demandado*”, en lugar de utilizar una terminología más adecuada como solicitud, petición de conciliación o papeleta de conciliación al no tratarse de un proceso.

Por todo ello, ¿cuál será el efecto de estos actos previos al proceso en relación al supuesto primero del art. 1.843 del Código civil?. ¿Entran dentro del concepto “*demandados judicialmente*”?.

En cuanto a la reclamación administrativa previa del art. 120.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se trataría de un supuesto en el que la Administración Pública presta fianza a favor de un tercero, es decir garantizado deudas de terceras personas, y tuviera noticia de la posible ejecución del aval mediante la reclamación administrativa previa. Dicha reclamación administrativa previa, regulada en los art. 120 y sts de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se trata de un procedimiento administrativo que se presenta, sustancia y resuelve por el órgano competente de la Administración Pública. Por ello, atendiendo al tenor literal del supuesto 1º (“*demandado judicialmente para el pago*”) del art. 1.843 del Código civil, se debería concluir que dicha reclamación administrativa previa no entraría dentro del citado supuesto, ya el mismo se refiere exclusivamente al orden jurisdiccional (“*.. demandado judicialmente ...*”).

Por lo que respecta a las diligencias preliminares podría darse el caso de que, en base a lo establecido en el art. 256.1 de la LEC (“*.. Todo juicio podrá prepararse: 1º Por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir la verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación*

---

<sup>686</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 452.

*o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación...*”) el acreedor las solicitara a fin de despejar dudas sobre la legitimación pasiva del fiador y con el fin de preparar una futura ejecución judicial de la fianza. Como sea que, según el art. 259.1 de la LEC, en el auto en el que se acceda a las mismas, se citará y emplazará al interesado para llevar a cabo la diligencia interesada, en aquel momento tendrá pleno conocimiento el fiador de la intención del acreedor de ejecutar la fianza; es decir de iniciar un procedimiento judicial contra el fiador en reclamación de la obligación garantizada.

¿Debe entenderse que dichas diligencias preliminares entran dentro del supuesto primero (*“demandado judicialmente para el pago”*) del art. 1843 del Código civil?. Si nos atenemos al tenor literal del art. 1.843 del Código civil (*“demandado judicialmente para el pago”*) parece que el legislador se ha querido referir, como supuesto habilitante, a la demanda judicial iniciadora del proceso; por lo tanto, dichas dichas diligencias preliminares no deberían ser suficientes para legitimar al fiador a ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil; por lo que sólo la demanda judicial y su consiguiente emplazamiento entraría dentro del citado supuesto<sup>687</sup>.

En cuanto al acto de conciliación, y concretamente a la conciliación preprocesal, es decir, a la realizada antes de la litispendencia, concretamente el art. 460 de la LEC 1881 establece que *“... antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el Juzgado de Primera Instancia o de Paz competente...”*, es decir, admitiéndose para toda clase de juicios con las excepciones que el propio precepto indica; especialmente se excepcionan los que *“.. se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso...”*. Así, una vez concurran los presupuestos legales, y tras la presentación de la correspondiente “papeleta” (art. 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) presentada por el acreedor, el juez citará al fiador de comparecencia mediante notificación de la providencia de citación entregándole una copia de la papeleta presentada por el acreedor, momento en el que el fiador tendrá conocimiento de la

---

<sup>687</sup> En este sentido, y referido al acto de conciliación, con base en argumentos por analogía con lo que disponen los art. 1649 y 1650 del C.c., MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXVIII, redactado por Eugenio Vázquez Gundín, Madrid, 1953, p. 647.

intención del acreedor de reclamarle la cantidad garantizada sin la necesidad de interponer el correspondiente procedimiento; es decir, de ejecutar la fianza.

Teniendo en cuenta, como en los casos anteriores, el tenor literal del supuesto primero (“*demandado judicialmente para el pago*”) del art. 1.843 del Código civil y de que, tanto en el caso de las diligencias preliminares<sup>688</sup> como en la conciliación preprocesal<sup>689</sup>, no se está ante verdaderos procesos<sup>690</sup>, podría concluirse que tampoco en la conciliación preprocesal se estaría dentro del supuesto primero del art. 1843 del Código civil (“*demandado judicialmente...*”) ya que, tal como más arriba se ha repetido, dicho supuesto se estaría refiriendo a la demanda judicial iniciadora del proceso judicial correspondiente<sup>691</sup>.

Por otra parte, ¿qué sentido tiene el supuesto primero del art. 1.843 del Código civil (“*demandado judicialmente para el pago*”) cuando el fiador puede oponer el beneficio de excusión?. En este caso, es previsible que cuando al fiador se le requiera de pago por parte del acreedor, oponga el beneficio de excusión señalando bienes suficientes del deudor principal (art. 1.832 del Código civil), logrando así que el acreedor se dirija primero contra los citados bienes para cobrar su deuda y beneficiándose de la falta de diligencia del acreedor en su ejecución contra el deudor. No obstante, estima la mayoría de la doctrina<sup>692</sup>, y en principio nada de opone a ello<sup>693</sup>, que el fiador podrá, además de

---

<sup>688</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho procesal civil*, Valencia, 2000, p. 442, indica que en la LEC vigente se mantiene que el juez no dicta una resolución que decide la controversia, sosteniendo que se trata de un acto de jurisdicción voluntaria.

<sup>689</sup> En el art. 471 de la Lec 1881 se indica que “*si no hubiera avenencia entre ellos, el Juez procurará avenirlos. Si no pudiere conseguirlo, se dará el acto por terminado sin efecto*”.

<sup>690</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho procesal civil*, Valencia, 2000, p. 152, define el proceso como el “*instrumento, el medio jurídico, por el que los órganos jurisdiccionales cumplen la función que les está asignada constitucionalmente y por el que los ciudadanos piden y obtienen la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos*”. No obstante el citado autor da un paso más al advertir que la afirmación de que el proceso es el instrumento de los órganos judiciales no es suficiente y advierte que los conceptos de jurisdicción y proceso no pueden entenderse por separado por cuanto la potestad jurisdiccional sólo se actúa por medio del proceso, o dicho de otra manera, fuera del proceso no se ejerce la potestad jurisdiccional. La garantía de justicia que se contiene en la Constitución la realizan los órganos jurisdiccionales por medio del proceso y no de otra manera, puntualiza el autor

<sup>691</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 303.

<sup>692</sup> Por todos, SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., París, 1991, p. 477, señala que entre las distintas posibilidades que puede utilizar el fiador cuando se ve demandado judicialmente frente al deudor la medida más adecuada será la llamada en garantía, pero ésta es compatible con otras como el ejercicio de las acciones resultantes del art. 2032.

oponer el beneficio de excusión, ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil frente al deudor principal. Ahora bien si oponiendo el beneficio de excusión y ejecutándose los bienes del deudor logra el acreedor cobrar su crédito, es evidente que la acción del art. 1.843 del Código civil frente al deudor no tiene sentido. Por otro lado, si una vez ejecutados los bienes del deudor el resultado obtenido no es suficiente para amortizar la totalidad de la deuda, tampoco la acción de liberación no tendrá sentido ya que es presumible que, por falta de bienes, el deudor no relevará la fianza pagando la deuda al acreedor y, tampoco, el acreedor condonará la fianza por el resto de la deuda; en cuanto a la acción de garantía si no hay más bienes del deudor principal, ya que el resto los ha ejecutado el acreedor, tampoco podrá prestar ningún tipo de caución ante su insolvencia., por lo que la acción también sería previsiblemente inviable. No obstante, cabe un supuesto en el que el ejercicio simultáneo sí tendría sentido y sería en el caso del acreedor negligente en la ejecución de los bienes señalados por el fiador al oponer el beneficio de excusión. En este caso el fiador, para asegurar su posición, y ante la alegación del acreedor de que no opuso el beneficio de excusión en forma, podría ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil, interesando que por parte del deudor principal se preste la caución necesaria, y ante el incumplimiento, por medio de la interposición de medidas cautelares logre el embargo preventivo de los bienes correspondientes (no ejecutados por el acreedor) y, en su caso, su inscripción en el Registro de la Propiedad, tratándose de bienes inmuebles.

Esta demanda judicial del acreedor por la que se exige el pago de la obligación fiada al acreedor presupone necesariamente, para su correcto ejercicio, que la obligación principal se encuentra vencida, líquida, exigible e impagada. Ante ello se ha planteado la doctrina<sup>694</sup> la necesidad tener duplicados como hechos habilitantes para ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil los supuestos primero (“demandado judicialmente para el pago”) y cuatro (“cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse”).

<sup>693</sup> Así, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 303.

<sup>694</sup> Así FRAGALI, “*Della Fidiussione*” *Comentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obbligación, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 425, estima que “non era necessario che l'ipotesi di azione del creditore fosse prevista separatamente da quella dell'esigibilità del debitore garantito, nemmeno allo scopo di fare intendere che l'esigibilità consente il rilievo anche prima che il creditore agisca contro il fideiussore, perchè, ammessa come causa del rilievo l'esigibilità del debito garantito, rimane escluso che fosse necessario atenderé l'azione giudiziaria del creditore per esperire il diritto relativo...”.

Se ha justificado la inclusión separada de ambos supuestos en que, en el primer supuesto (“*demandado judicialmente para el pago*”), se trata de poner a cubierto al fiador de la posible insolvencia sobrevinida del deudor durante la tramitación del litigio por el se ejecuta la fianza<sup>695</sup> y, en el segundo (“*cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse*”), en que se trata de evitar que la inactividad del acreedor en exigir el cumplimiento de la obligación principal al deudor, pueda perjudicar al fiador<sup>696</sup>. Por ello tradicionalmente ambos supuestos se han contemplados separados.

En el supuesto primero se requiere expresamente que el fiador tiene que haber sido demandado judicialmente para el pago por el acreedor<sup>697</sup>, es decir, se faculta al fiador para poder ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil tan sólo a partir de la demanda judicial, entendiéndose por demanda cualquier acto procesal que tenga por objeto la iniciación del proceso frente al fiador y que dicho proceso tenga por objeto reclamar a éste el pago<sup>698</sup> de la obligación garantizada. Tal como arriba se ha indicado,

---

<sup>695</sup> Así CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 198, indica que en tanto que justa causa a los efectos del art. 1843.1 CC, la demanda judicial del acreedor al fiador debe entenderse también mediatizada por el peligro de insolvencia en el deudor.

<sup>696</sup> ARIJA COUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, Valencia, 2001, p. 84.

<sup>697</sup> En la Ley XIV, título de la 5ª Partida ya se mencionaba este supuesto como primera causa, pero se exigía que el fiador fuere condenado a pagar toda la deuda o parte de ella. GUITIERREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo V, reimpresión de la 1ª ed., Madrid, 1869, p. 68, comenta “*que el proyecto del Código dispone que desde el momento de la demanda podrá el fiador emplazar al deudor para que le pague; pero parece mejor esperar al resultado del juicio, porque podía ser el pleito temerario*”. En el art. 1757 del Proyecto de 1851 se autorizaba al fiador a reclamar al deudor que le indemnice o releve de la fianza cuando el mismo fiador ha sido demandado judicialmente para el pago. GARCIA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 161, no justifica el cambio de criterio del Proyecto de 1851 con respecto al contenido en la 5ª Partida, pues únicamente señala que “*la citada Ley de Partida exige que haya sido condenado; pero desde el momento de la demanda puede emplazar al deudor para que pague y le liberte*”. El Código civil francés (art. 2032) y el Anteproyecto belga de Laurent, siguiendo el antiguo Derecho francés, permiten la acción anticipada del fiador por el hecho de verse demandado para el pago. POTHIER, *Traité des obligations*, vol. I y II, Barcelona, 1974, p. 281, comentaba que el primer ejemplo citado en la Ley romana es cuando el fiador ha sido condenado a pagar; según nuestra práctica francesa el fiador no está obligado a esperar a que haya sido condenado, tan pronto es demandado por el acreedor puede emplazar al deudor principal para que se le obligue a saldar la cuenta.

<sup>698</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 196, indica que el art. 1834 CC otorga al acreedor de forma expresa, la facultad de citar al fiador cuando demande al deudor principal. Debe entenderse, de acuerdo con la doctrina dominante y con la Jurisprudencia, que la citación a la que alude el precepto es término análogo y con la misma significación al de “emplazamiento” y, en definitiva, que representa cuando se formaliza, una verdadera demanda al fiador, conjuntamente con el deudor, con las consecuencias de orden procesal y sustantivo que de ella se deriven. Dicha citación faculta al fiador para proceder frente al deudor en los términos que señala el art. 1843 del Código civil.

la literalidad de este primer supuesto (“*demandado judicialmente para el pago*”) parece que impide incluir la reclamación extrajudicial, aunque sea notarial, del acreedor<sup>699</sup>. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) de 25 de noviembre de 1999, ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Sanz Talayero, cuando indica que “...*Y en consecuencia, habiendo sido los fiadores demandados judicialmente para el pago de la deuda, concurre el primer supuesto previsto en el art. 1.843 del Código civil para pedir la relevación de la fianza o una garantía que los ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Y ello con independencia del resultado de los juicios ejecutivos presentados contra los fiadores, pues basta el hecho de ser demandado judicialmente para que puedan ejercitar la acción del art. 1.843 del Código civil.....*”.

Algunos autores<sup>700</sup> defienden que el supuesto primero del art. 1.843 del Código civil sólo tendrá aplicación si el fiador no está facultado para oponer el beneficio de excusión ya que con dicho beneficio se logra una posición más eficaz al reconducir la acción del acreedor directamente hacia los bienes del deudor principal; no obstante, tal como se ha mencionado, parece que nada se opone a que el fiador pueda ejercitar ambas facultades<sup>701</sup> (acciones del art. 1.843 Código civil y el beneficio de excusión). Es evidente que cuando el fiador carezca del beneficio de excusión, bien por haberse obligado solidariamente o por haber renunciado al mismo (art. 1.831 del Código civil), la utilización de las acciones del art. 1.843 del Código civil le resultará útil, ya que le permitirá obtener medidas cautelares (por ejemplo embargo preventivo) para asegurar el buen fin de una futura sentencia de condena de hacer (liberación de la garantía o prestación de caución) y asegurar el reembolso de las cantidades pagadas en su momento al acreedor por la garantía prestada; no obstante, aun ostentando el beneficio

---

<sup>699</sup> CASANOVAS MUSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona 1984, p. 198, señala que la efectiva exigencia judicial equivale a la posibilidad de condena y, por tanto, a las consecuencias de ejecución forzosa e indemnización de daños y perjuicios. La exigencia de reclamación judicial se repite en los art. 2032 del Código civil francés, art. 1953 del Código italiano de 1942 y art. 2026 del Código civil argentino. Otros como el Código civil alemán (BGB), parágrafo 775.4, o el Código civil portugués exigen que el acreedor haya obtenido contra el fiador una sentencia ejecutiva para el cumplimiento.

<sup>700</sup> Ver, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 247.

<sup>701</sup> SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª edic, París, 1991, p. 477, señala que entre las distintas posibilidades que puede utilizar el fiador cuando se ve demandado judicialmente frente al deudor la medida más adecuada será de llamada en garantía, pero ésta es compatible con otras como el ejercicio de las acciones resultantes del art. 2032.

de excusión, en determinados casos, también puede interesar al fiador el ejercicio de ambas facultades de forma conjunta o separadamente.

### **3. El supuesto 2º del art. 1.843 del Código civil**

#### **3.1. Ideas previas**

Establece el segundo supuesto del art. 1.843 del Código civil que “ ..El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal: 2º En caso de quiebra, concurso o insolvencia..”. Así en este supuesto se recogen tres situaciones patrimoniales del deudor (“*quiebra, concurso e insolvencia*”) que autorizan al fiador a ejercitar la acciones de relevación y garantía del art. 1.843 del Código civil. Como procedimientos de ejecución colectiva que son (“*quiebra y concurso*”) tienen como finalidad agrupar a todos los acreedores de un deudor insolvente y, de acuerdo con el principio de igualdad de trato, “*par conditio creditorum*”, satisfacer sus créditos con el orden de preferencia y/o prioridad establecido por la ley. Es presupuesto necesario para que puedan iniciarse dichos procedimientos de ejecución colectiva que el deudor esté en situación de insolvencia patrimonial.

En este supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil (“*quiebra, concurso e insolvencia*”), debe entenderse, en la actualidad, modificado y/o rectificado por la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (en adelante “Ley Concursal”). Así, en la disposición derogatoria única de la “Ley Concursal” se deroga, entre otras, la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, concesionarios de canales y demás obras públicas; el libro IV (“*De las quiebras*”) del Código de Comercio de 1829; art. 1.912 a 1.920 (“*De la concurrencia y prelación de créditos*”) y los párrafos A) y G) del apartado 2º del art. 1.924 del Código civil; art. 376 y 870 a 941 (“*De la suspensión de pagos y de la quiebra en general*”) del Código de Comercio de 1885.

En la exposición de motivos de la “Ley Concursal” se establece que “..Esta ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal. .... El arcaísmo y la dispersión de las normas vigentes en esta materia son defectos que derivan de la codificación española del siglo XIX, estructurada sobre la base de la dualidad de

*códigos de derecho privado, civil y de comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero también contribuye a aumentar esos defectos y a dificultar la correcta composición del sistema la multiplicidad de procedimientos concursales; así, junto a las clásicas instituciones de la quiebra y del concurso de acreedores, para el tratamiento de la insolvencia de comerciantes y no comerciantes, respectivamente, se introducen otras, preventivas o preliminares, como la suspensión de pagos y el procedimiento de quita y espera, de presupuestos objetivos poco claros y, por tanto, de límites muy difusos respecto de aquéllas..... Se aborda, así, la tan esperada como necesaria reforma global del derecho concursal español .... La reforma no supone una ruptura con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda modificación del derecho vigente.... La ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. La regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquéllas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica .... La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes .... El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de concurso, expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (“Tractatus de concursu 1616”) y de Francisco Salgado de Somoza (“Labyrinthus creditorum concurrentium” 1646), pasó al vocabulario procesal europeo ...La unidad de procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Los legitimados para solicitar el concurso del deudor han de basarse en alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enuncia la ley ... Si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y estado de insolvencia, si bien en este caso no sólo podrá ser actual, sino futuro, previsto como inminente... La unidad y la flexibilidad del procedimiento se reflejan en su propia estructura, articulada, en principio, en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación... La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del*

*concurso se sustituye por una específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa ...* “. Así, estableciéndose una unidad de procedimiento concursal para las diferentes situaciones de insolvencia declarada para los comerciantes y los no comerciantes, este supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil (“*quiebra, concurso*”) debería interpretarse por una expresión equivalente a “*situaciones concursales*” o “*concurso*”.

La disposición transitoria primera (“*procedimientos concursales en tramitación*”) de la “Ley Concursal” establece en su primer párrafo que “... *los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones*<sup>702</sup> *que las siguientes....*”. La “Ley Concursal”, ha entrado en vigor el 1 de septiembre del 2004, salvo las modificaciones de los art. 463, 472 y 482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil operadas en disposición final tercera y el mandato de la disposición final trigésimosegunda que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE<sup>703</sup>.

Habiéndose previsto un período de vigencia transitoria de la normativa concursal anterior, según la mencionada disposición transitoria primera de la “Ley Concursal”, en este trabajo se analizará el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil tanto bajo el prisma de la normativa concursal derogada (“*quiebra y concurso*”), como de la nueva normativa introducida por la “Ley Concursal”. Asimismo se analizará el supuesto habilitante “*insolvencia*” tanto desde el punto de vista concursal como extraconcursal, con expresa incidencia a su concepto jurídico.

### ***3.2. El supuesto 2º del art. 1.843 del Código civil bajo la normativa concursal derogada por la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal***

---

<sup>702</sup> dichas excepciones se refieren a la conclusión y la reapertura del concurso, al incumplimiento de convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere la disposición transitoria y gane firmeza después de entrada en vigor de la “Ley Concursal” que produce la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación, sobre la quiebra de las sociedades que no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes de que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos, sobre las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad a la entrada en vigor de la “Ley Concursal” en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere la disposición transitoria y sobre los recursos de las resoluciones que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de la “Ley Concursal”.

<sup>703</sup> Publicada en el BOE el día 10 de julio del 2003, boe núm. 164, pág. 26905.

Tal como se establece en la disposición transitoria primera de la “Ley Concursal” “.. *Los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera, y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones que las siguientes ...*”; siendo la entrada en vigor de la “Ley Concursal” el 1 de septiembre del 2004, con alguna excepción de su articulado que entró en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Así, la nueva “Ley Concursal” establece un período transitorio en el cual la normativa anterior derogada continua en vigor, cobrando en ese aspecto sentido la mención del supuesto segundo del art. 1843 del Código civil (“*quiebra, concurso*”).

La declaración judicial de concurso (deudor no comerciante) y de quiebra (deudor comerciante) determina una limitación de la capacidad de obrar del deudor que, entre otras consecuencias, supone que quede sometido a una especial representación legal; así, el art. 1.914 del Código civil<sup>704</sup>, para el concurso, establecía que “..*La declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda....*” y el art. 878 del Código de Comercio<sup>705</sup>, para la quiebra, que “ *...Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes ...*” . Con la “Ley Concursal” la situación ha cambiado, así en el art. 49 se establece que “... *En caso de concurso voluntario*<sup>706</sup>, *el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido al ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. En caso de concurso necesario*<sup>707</sup>, *se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales...*”).

<sup>704</sup> Derogado por la disposición derogatoria única de la “Ley Concursal”.

<sup>705</sup> Derogado por la disposición derogatoria única de la “Ley Concursal”

<sup>706</sup> Según el art. 22 “Ley Concursal” “*En concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario...*”.

<sup>707</sup> Según el art. 22 “Ley Concursal” “*En concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario...*”.

En consecuencia, en las situaciones (“*quiebra y concurso*”) el deudor no podía ser demandado judicialmente, vía art. 1843 del Código civil, con la finalidad de obtener la relevación de la fianza o la constitución de una garantía a favor del fiador, ya que no podía liberar al fiador satisfaciendo la obligación principal al acreedor ni tampoco constituir garantías a favor del fiador, al estar privado de efectuar actos dispositivos al margen del procedimiento concursal y encontrarse sus bienes totalmente ocupados. Sólo podía darse una situación, que en la práctica era muy poco probable, y es que el deudor encontrara un nuevo fiador que, siendo aceptado por el acreedor, produjera como consecuencia la liberación de la primera fianza prestada.

En este sentido en el derecho comparado se han modificado en este punto sus normas a fin de no incluir entre sus supuestos a la “*quiebra y concurso*”, así en el art. 1953 del Codice civile italiano se establece en su segunda apartado “... 2) quando il debitore è divenuto insolvente...”, no recogiendo la posibilidad de ejercicio de la acción después de la quiebra del deudor como lo hacía el art. 1.919 del Código de 1865. Del mismo modo en el art. 648, letra b, del Código civil portugués no se refiere a ninguna de las situaciones mencionadas, aludiendo a la agravación significativa de los riesgos de la fianza, agravación que se produce cuando el deudor resulta insolvente, aunque no solamente en esa situación.

La formula utilizada en el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil (“*quiebra, concurso e insolvencia*”) es la resultante de la traducción al castellano del número segundo del art. 2.032 del Código civil francés que textualmente indica que “*lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture*”<sup>708</sup>. Según el espíritu y finalidad de este supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil (“*quiebra, concurso o insolvencia*”) la situación que permite al fiador ejercitar las acciones de su inciso final es la insolvencia sobrevvenida<sup>709</sup> del deudor que puede dar lugar posteriormente a las declaraciones de

---

<sup>708</sup> A través del art. 2112 del Anteproyecto belga se transcribe en el art. 23 del Anteproyecto de Código civil de 1882 (“*cuando el deudor ha hecho quiebra o ha caído en estado de insolvencia*”). Al redactar el definitivo art. 1843 del Código civil se añade a las situaciones recogidas por el art. 23 citado la situación legal de concurso de acreedores.

<sup>709</sup> SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª edic, París, 1991, p. 478, en relación con el art. 2032 del Código civil francés señala que la interpretación restrictiva del precepto obliga a que la acción preventiva no pueda ser utilizada más que el caso de una “*déconfiture certaine*”. Las simples inquietudes sobre la solvencia del deudor no justifican el recurso antes del pago.

concurso o de quiebra<sup>710</sup>, pero que no tiene que desembocar forzosamente en ellas. En consecuencia, si la “*quiebra o concurso*” ya habían sido declaradas al momento de dar la fianza no podrá el fiador ejercitar acción judicial alguna en base al art. 1843 del Código civil frente al deudor<sup>711</sup>. Distinto será que, las correspondientes declaraciones de concurso o quiebra del deudor, podrían permitir al fiador incluir su eventual crédito (crédito al reembolso) como crédito condicional en la masa pasiva, ya que es presumible que el acreedor se dirigirá frente al fiador para hacer efectiva la fianza prestada<sup>712</sup>. Esta solución, consistente en admitir la inclusión del crédito del fiador como crédito condicional, es aceptada por el derecho comparado. Así, el art. 2.028 del Código civil argentino dispone que “.. *si el deudor quebrase antes de pagar la deuda afianzada, el fiador tiene derecho para ser admitido preventivamente en el pasivo de la masa concursada...*”; esta es la solución que también adopta la Ley del “*fallimento*” italiana de 16 de marzo de 1942; en el parágrafo 44 de la Ordenanza alemana de insolvencia de 5 de octubre de 1994 se establece que “..*sólo cuando el acreedor no pueda hacer valer su crédito, pueden los deudores solidarios y los fiadores exigir en el procedimiento de insolvencia los créditos que ellos puedan obtener en el futuro contra el deudor a causa de la satisfacción del acreedor...*”. Por otra parte, en el art. 87 de la “Ley Concursal” se reconoce expresamente el reconocimiento en el concurso de los créditos condicionales (condición resolutoria) y contingentes (condición suspensiva); siendo objeto de estudio en este trabajo, en el apartado correspondiente.

Motivado por la falta de precisión en redacción de este supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil (“*en caso de quiebra, concurso e insolvencia*”) la doctrina se ha preguntado si dicha “*quiebra, concurso e insolvencia*” se refiere a la del deudor principal o también hay que incluir a la del fiador. Parece, no obstante, que las

<sup>710</sup> Así ALONSO SÁNCHEZ, B., *Derecho concursal y fianza*, Poder judicial, núm. 31, septiembre, 1993, p. 21, estima que la norma del art. 1843.2 del Código civil. se refiere “*a las situaciones de insolvencia judicial, dado que en su redacción se hace referencia explícita a los casos de insolvencia del fiador, comprendiéndose en su ámbito no sólo a los supuestos de insolvencia definitiva, como lo son la quiebra o el concurso, sino también aquellas situaciones de insolvencia provisional, característica ésta de los expedientes de suspensión de pagos, y abarcando incluso a las hipótesis de insolvencia sobrevenida del deudor que no hubiere sido objeto aun de la declaración judicial correspondiente*”.

<sup>711</sup> En este sentido, ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, Valencia, 2001, p. 89.

<sup>712</sup> LAURENT, *Principii di Diritto civile*, 2ª ed., vol. XXVIII, Milano, p. 201, afirmaba que puesto que el acreedor tiene como garantía la fianza no se presentará en el juicio universal contra el deudor para ser pagado ni se colocará junto a los demás acreedores. Si lo hace es claro que el fiador no puede presentarse, porque en la quiebra no puede admitirse dos veces el mismo crédito. El crédito del fiador es eventual porque se subordina al pago de la deuda.

situaciones habilitantes de “*quiebra, concurso e insolvencia*” para el ejercicio de las acciones del art. 1843 del Código civil adquieren significación cuando concurren en el deudor principal, ya que carece de lógica estimar que dichas situaciones en el fiador puedan permitir al mismo fiador anticipar su acción contra el deudor principal<sup>713</sup>. Así parece desprenderse también de los precedentes históricos<sup>714</sup>, de los antecedentes del precepto<sup>715</sup>, así como de los Códigos civiles de nuestro entorno<sup>716</sup>. Asimismo, del emplazamiento del art. 1.843 del Código civil (“*De los efectos de la fianza entre deudor y fiador*”)<sup>717</sup> y, especialmente, del contenido del primer párrafo del precepto en el que se faculta al fiador<sup>718</sup> para proceder frente al deudor principal antes del pago en determinados casos, da a entender que dicha interpretación del supuesto es la única posible.

Por otro lado, en el supuesto que, concurriendo varios deudores solidarios, la “*quiebra, concurso o insolvencia*” afecte sólo a uno de ellos, la cuestión no está tan clara. En principio, en virtud del art. 1.144 del Código civil (“*.. el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente...*”) la insolvencia de uno de los deudores solidarios no afecta al acreedor, pero en la relación interna entre los deudores solidarios, teniendo en cuenta la función de garantía que cumple la solidaridad pasiva ¿podría defenderse la aplicación del art. 1843 del Código civil?<sup>719</sup>.

De conformidad con las reglas que rigen la solidaridad pasiva, cada uno de los deudores solidarios debe la deuda en su integridad, así el art. 1.144 del Código civil dispone que “*..El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra*

<sup>713</sup> Así GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2º ed., Madrid, 1990, p. 304.

<sup>714</sup> La ley 8ª, título 18, libro 3º del Fuero Real y la ley 14, título 12 de la Partida V, refiriéndose ambas a la situación del deudor que comienza a gastar sus bienes.

<sup>715</sup> El art. 2112 del Anteproyecto belga disponía que “*lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture*”.. El art. 23 del Anteproyecto de Código civil de 1882 decía “*cuando el deudor ha hecho quiebra o ha caído en estado de insolvencia*”. El art. 1757 del Proyecto de 1851 se refería expresamente a la situación del deudor que comienza a gastar sus bienes.

<sup>716</sup> El art. 2032 del Código francés, el art. 1953 del italiano y el párrafo 775 del alemán, se refieren expresamente al deudor.

<sup>717</sup> Con ello lo que se quiere decir, no es que la “*quiebra, concurso e insolvencia*” del fiador no tenga consecuencias jurídicas, sino que no las tiene para el deudor principal.

<sup>718</sup> El art. 1914 del Código civil (derogado) y art. 878 Código de Comercio (derogado) limitan la capacidad de obrar del fiador concursado o quebrado.

<sup>719</sup> PEREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 265, acepta sin reservas la aplicación del art. 1843 del Código civil a las obligaciones con solidaridad entre deudores.

*todos ellos simultáneamente ... “ (“ius variandi”), y en el art. 1.145.1 del Código civil que “.. El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación...”. Una vez satisfecho el interés del acreedor por uno de los deudores solidarios el art. 1.145.2 del Código civil dispone que “... el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo...”<sup>720</sup>; es decir que en la relación interna entre los deudores solidarios ha de considerarse la deuda dividida entre todos y, por lo tanto, cada uno de los deudores solidarios, que hasta el momento del pago de la obligación es deudor de la íntegra prestación al acreedor, producido éste se convierte en deudor exclusivamente de la parte de la deuda en que, a efectos internos, se ha fraccionado la inicial; es decir producido el pago de la obligación al acreedor, el resto de los deudores frente al “*solvens*” tienen la condición de mancomunados. Asimismo, en defecto de pacto expreso, debería aplicarse la regla general contenida en el art. 1.138 del Código civil “ ..Si del texto de las obligaciones a que se refiere el art. anterior<sup>721</sup> no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como..... o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros ...”..*

No obstante, la afirmación anterior exige una serie de matizaciones impuestas por propio redactado del art. 1.145 del Código civil, ya que el “*solvens*” (deudor solidario que paga al acreedor) tiene, no sólo el derecho frente al resto de los codeudores solidarios a que se le reembolse la cuota individual de cada uno de ellos, sino también el derecho a los intereses del anticipo; además, todos los codeudores solidarios vendrán también obligados, en la relación interna, a responder de la insolvencia de cualquiera de ellos, tal como lo establece el art. 1.145.3 del Código civil (“.. *La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno de ellos...*”); así, la insolvencia de alguno de los codeudores solidarios se imputa, en la relación interna frente al “*solvens*”, a los restantes. De esta forma, desde el punto de vista de las relaciones internas entre los

---

<sup>720</sup> Tal solución aparece expresamente sancionada en el art. 1299.1 del vigente Código civil italiano cuando determina que el deudor solidario que ha pagado toda la deuda puede repetir de sus codeudores por sus partes correspondientes. También es la que se recoge en el art. 1063 apartado 2º del Proyecto de 1851.

<sup>721</sup> En el art. 1137 del Código civil se establece que “..*La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga el derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constiuyéndose con carácter solidario..”.*

codeudores, la solución clara: cada uno de ellos y en proporción a su cuota en la deuda común absorberán la parte del insolvente, de suerte que si uno de los codeudores paga la totalidad de la deuda y al intentar la vía de regreso no logra reintegrarse de alguna parte por insolvencia del codeudor, tal cuota impagada por el insolvente la podrá exigir de los restantes codeudores, en proporción a la cuota de cada uno de ellos, con deducción, naturalmente, de su propia cuota, para así suplir la del insolvente<sup>722</sup>.

Pero, ¿qué debe entenderse por insolvencia del deudor solidario?. Un caso claro lo será cuando el deudor solidario haya sido declarado en cualquiera de la situaciones que legalmente impliquen insolvencia; también debería serlo cuando el “*solvens*” acredite que, reclamada judicialmente la parte del codeudor, la ejecución de la sentencia ha resultado infructuosa por carecer de bienes el codeudor ejecutado; así la Sentencia del Tribunal Supremo 675/2005 (Sala de lo Civil – sección 1ª) del 19 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan, sostiene, en un caso referido a la rescisión, que la insolvencia se puede probar con la demostración de que el deudor no tiene ya bienes libres con los que pagar, o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, haciendo hincapié a una consolidada doctrina jurisprudencial en el sentido de que la insolvencia, referida a la rescisión, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso.

De esta forma se podría concluir que las distintas deudas de los codeudores, inicialmente ligados en forma solidaria frente al acreedor común, no quedan, en rigor sometidas al estricto régimen de las obligaciones mancomunadas, ya que la ampliación de la responsabilidad en los términos indicados (“*..El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo ...*”) resulta extraña a tal régimen.

En consecuencia, todos los deudores solidarios garantizan al “*solvens*” la parte del codeudor insolvente y, por lo tanto, el deudor solidario puede ser considerado garante

---

<sup>722</sup> De ahí que LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1º, 3ª edic, Barcelona, 1994, pág. 68, indica que “*la obligación interna de reembolso de los codeudores ya no es solidaria, sino parciaria con garantía recíproca adicional*”.

de la obligación de los demás codeudores solidarios, en la relación interna, y como tal ¿podría ser defendible la aplicación del art. 1.843 del Código civil frente al codeudor insolvente?, es decir, cuando exista identidad de razón para la aplicación de la norma a un supuesto semejante (frente al “*solvens*”, el deudor solidario es deudor de su propia cuota y fiador de la del insolvente, en proporción a su cuota). No obstante la defensa de la aplicación del art. 1.843 del Código civil a la solidaridad pasiva en las relaciones internas entre los deudores<sup>723</sup>, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en Sentencia del 7 de mayo de 1997, ponente: Excmo. D. Antonio Gullón Ballesteros, no estimo la aplicación del art. 1.843 del Código civil en la cofianza solidaria indicando que “*esta acción (la del art. 1.843 del Código civil) se dirige exclusivamente contra el deudor, y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada... Así las cosas, no se alcanza a comprender que relación tiene un cofiador solidario con el art. 1.843, y se revela como auténticamente peregrino que dicho cofiador pueda ser obligado al pago de su deuda incluso antes de que el otro cofiador requerido de pago por el acreedor lo haya hecho efectivo*”.

En el supuesto de que lo que se haya producido no sea una situación de “*quiebra, concurso o insolvencia*” sino una modificación sustancial en el estado de fortuna del deudor principal ¿estará el fiador facultado para poder ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil?. A este respecto, parece que, según el art. 1.757 del Proyecto de 1851, no había dudas al indicar que “*cuando el deudor se declara en quiebra o haya temores fundados de que se declare, o comience a disipar su fortuna*”<sup>724</sup>; en el mismo sentido, en las Partidas, siguiendo al Derecho romano, se autorizaba al fiador a pedir la relevación “*si aquel a quien fió comienza a desgastar sus bienes*” y lo mismo el Fuero real “*..si aquel por quien fió comenzare de malmeter o de enajenar lo suyo ..*”<sup>725</sup>. Del

<sup>723</sup> PEREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 265, acepta, sin reservas, la aplicación del art. 1843 del Código civil a las obligaciones con solidaridad entre deudores.

<sup>724</sup> GARCIA GOYENA, *Condordancias motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, reimpresión de la edición de Madrid de 1952, Barcelona, 1973, p. 161, indicaba que el art. 1757.2 se había inspirado en el derecho de Partidas y en los preceptos de distintos Códigos civiles europeos entre los que están el francés, el austriaco, el prusiano, estando formado el nuestro por “*unos y otros*”. Distingue el caso de quiebra por una parte y por otra el de disipación; “*puede el deudor hallarse en quiebra, o a punto de ella, sin disipación, y haber ésta sin temor próximo de aquélla; en cualquier de estos casos debe permitirse al fiador que tome sus medidas de precaución o seguridad contra el deudor; si éste es disipador hay desde luego peligro y, por otra parte, no merece consideración alguna*”.

<sup>725</sup> GUITIERREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo V, reimpresión de 1ª ed., Madrid, 1998, p. 69, recoge entre los casos en los que el fiador podía proceder frente al deudor antes del pago la regulación de la Partida (5,12,14) y del Fuero real (3,18,8) y

mismo modo, una parte del derecho comparado acepta sin rodeos esta posibilidad; así en el art. 648, letra b), del Código civil portugués<sup>726</sup> se faculta al fiador a proceder frente al deudor “*se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente*”; en el parágrafo 775 BGB (“*..wenn sich Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben..*” – “*si las circunstancias financieras del deudor principal se empeoraren substancialmente..*”); en el art. 2.026 del Código civil argentino se permite al fiador pedir “*el embargo de bienes del deudor, o la exoneración de la fianza, si disipare sus bienes, o si emprendiese negocios peligrosos, o los diese en seguridad de otras obligaciones...*”.. También hay otros códigos civiles, como el italiano o el francés, que parece que no admiten que sea suficiente que el patrimonio del deudor se encuentre en una situación patrimonial que haga peligrar el interés del fiador, pues aluden, por una parte, a la insolvencia sobrevenida del deudor (art. 1.953 del Codice civile italiano “*quando il debitore è divenuto insolvente..*”) o a la quiebra o insolvencia (art. 2.032.2 del Code civil francés “*cuando el deudor se encuentra en situación de quiebra e insolvencia*”); no obstante, la doctrina italiana<sup>727</sup> hace una remisión al concepto de insolvencia que se deduce del art. 1.186 del Código civil italiano (“*..Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse...*”), precepto concordante con nuestro art. 1.129 del Código civil (“*Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda...*”), es decir, a una insolvencia que, no exigiendo sea declarada judicialmente, supone una situación patrimonial del deudor que haga peligrar la posibilidad de satisfacción del derecho de crédito; así, dicha situación patrimonial de

---

señala que esta excepción es una de las más repetidas en los Códigos romanos. A esto equivale, en opinión de los interpretes y según el Proyecto del Código, cuando el deudor se declare en quiebra o haya fundados temores de que se declare. En semejantes casos puede el fiador demandar la liberación o pedir el embargo de bienes por la cantidad que hubiese afianzado o acudir a la quiebra.

Del mismo modo el art. 1831 del Proyecto del Código civil de 1836 disponía que “*la fianza se extingue de los modos siguientes:.....4º cuando el deudor principal empieza a disipar sus bienes, o a constituirse en estado de quiebra; entonces el fiador tiene derecho para pedir que se le releve de la fianza, y el Juez debe acceder a esta demanda, acreditando el fiador la dilapidación o estado de quiebra del deudor*”.

<sup>726</sup> Inspirado en el art. 506 del Código civil suizo.

<sup>727</sup> Así CIAN-TRABUCCHI, *Comentario breve al Codice civile*, Padova, 1989, p. 921, indica que el estado de insolvencia que faculta al acreedor para exigir inmediatamente la prestación se produce por una situación de desconcierto financiero en el que sea verosímil la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones. La dificultad meramente temporal no es suficiente. La finalidad del precepto es tutelar al acreedor frente al peligro de perder la garantía que ostenta sobre el patrimonio del deudor, no puede por tanto dudarse que la insolvencia no requiere un colapso económico, sino sólo la imposibilidad de satisfacción normal de la obligación.

peligro para el interés del fiador es el hecho que determina que éste pueda proceder frente al deudor<sup>728</sup>. Respecto al art. 2.032 del Código civil francés, a pesar de que la doctrina considera que la facultad otorgada al fiador es un recurso extraordinario, en general, acepta, en la aplicación de la norma, esta interpretación de la insolvencia como peligro<sup>729</sup>; a salvo quedan opiniones como la de GUILLOUARD que estima que, al tratarse el art. 2.032 del Code de un precepto excepcional, es preciso que la insolvencia sea completa, de modo que las inquietudes del fiador sobre la fortuna del deudor, por serias que sean no le facultan para pedir la relevación de la fianza.

Entre la doctrina española, LACRUZ<sup>730</sup> es partidario de una interpretación amplia del concepto “*insolvencia*” contenido en el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil, puesto que llegado el deudor a la total insolvencia el remedio, por llegar tardíamente, podría resultar inútil, y la deuda recaería íntegramente a cargo del fiador; asimismo, indica que la “*insolvencia*”, referida en la ley, no puede ser el concepto que expresan las palabras, se debería referir a aquellos remedios de los cuales el fiador se puede valer útilmente. DIEZ PICAZO<sup>731</sup>, aunque lo considera una interpretación arriesgada, entiende que cabe dentro de las posibilidades de inteligencia del precepto. En cambio, GUILARTE ZAPATERO<sup>732</sup> no cree que sea exacta respecto de nuestro Código civil, al estimar que la “*insolvencia*”, aunque no esté judicialmente declarada, debe entenderse como actual y efectiva, es decir, tipificada por una situación consistente en la insuficiencia patrimonial del deudor para satisfacer la totalidad de las obligaciones contraídas, por lo que no cabe, aunque la disminución patrimonial se produzca, mientras los bienes del deudor sean suficientes para cubrir las deudas existentes, ni cuando la simple falta de liquidez del patrimonio del deudor dificulte el pago de lo debido; no obstante considera, que ha de reconocerse que, a pesar de lo dicho, el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil (“... *insolvencia* ...”) tendría más sentido si el remedio

<sup>728</sup> Así FRAGALI, *Della fideiussione, Commentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obbligación, (art. 1936-1959), Bologna.-Roma, 1968, p. 427; BO, *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, Torino, 1938, p. 1123.

<sup>729</sup> Así BAUDRY-LACANTINERIE/WANL, *Trattato teorico-practico di Diritto Civile, Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, t. XXIV, Milano, p. 593, indica que en el Derecho romano y en el antiguo derecho francés el fiador podía obtener su liberación si el deudor disipaba sus bienes. La razón se encontraba en que el fiador tiene en este caso la certeza de que será obligado a pagar.

<sup>730</sup> LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, RCDI, 1981, vol 1, p. 752.

<sup>731</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 439.

<sup>732</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2ª edic, Madrid, 1990, p 308.

que sanciona pudiera entrar en juego ante la conducta del deudor tendente a la disminución de su patrimonio, constitutiva, por tanto, de un riesgo evidente para el fiador y que la exigencia de una situación de insolvencia del deudor, técnica y propiamente dicha, suscita cierta perplejidad y puede dar lugar a cuestiones de difícil solución<sup>733</sup>.

Si se interpreta el concepto “*insolvencia*” de este supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil de forma que puedan incluirse aquellas situaciones que, sin suponer una insolvencia efectiva del deudor, pudieran desembocar, razonablemente, en tal estado patrimonial, por ejemplo, la disipación de bienes o la disposición u ocultación de los mismos, siempre que dichos actos dispositivos tengan como previsible consecuencia que el patrimonio del deudor va a devenir insolvente, este supuesto segundo (“...*insolvencia*...” ) parece que tendría alguna utilidad para el fiador en el sentido de proteger los intereses del fiador ante la futura acción de reembolso; en cambio, si la interpretación que se efectúa de la “*insolvencia*” es literal, es decir entendida como una insolvencia total, real y efectiva, cuando el fiador reaccione es probable que el ejercicio de las acciones (liberación y garantía) del art. 1.843 del Código civil frente al deudor insolvente no le reporte ningún resultado positivo al resultar infructuosa, precisamente por la insolvencia o falta total de bienes del deudor.

En cualquier caso, esta “*insolvencia*” debería derivarse de disposiciones patrimoniales del deudor y el fiador no debería poder alegar, a los efectos del art. 1.843 del Código civil, una insolvencia anterior, o coetánea, a la constitución de la fianza. Estas disposiciones patrimoniales no deberían suponer una circunstancial falta de liquidez, ya que si el deudor tiene activo suficiente en su patrimonio, el fiador no podría alegar dicha circunstancia (“*insolvencia*”) ya que no existe peligro alguno para su futura acción de reembolso<sup>734</sup>.

---

<sup>733</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXVIII, redactado por Eugenio Vázquez Gundin, Madrid, 1953, p. 650, se preguntaba si se podía equiparar la declaración judicial de prodigalidad a la insolvencia y llegaba a la conclusión de que “*como nuestro Código no recogió expresamente dicha causa, y se refirió literalmente a las de insolvencia, concurso y quiebra, nos parece que tampoco debemos aplicarla hoy por extensión, aun cuando, conforme hemos dicho, sea tan importante elemento para invocar la insolvencia temida*”.

<sup>734</sup> En este sentido, ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, Valencia, 2001, p. 96..

También, en favor de una interpretación amplia del concepto de “*insolvencia*”, se podría defender que la “*insolvencia*”, referida en este supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil, debería ser la misma que la “*insolvencia*” referida en el art. 1.129 del Código civil (“*Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda ...*”), esto es, una insolvencia que le permita al deudor prestar garantías al acreedor a fin de no perder el beneficio del plazo; en el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil se trataría de una “*insolvencia*” que permitiera al deudor prestar garantías en aseguramiento del futuro derecho de reembolso del fiador.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el concepto jurídico “*insolvencia*”, básicamente en sentencias sobre la rescisión en fraude de acreedores. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 19 de julio, ponente: Excmo: Sr. D. Clemente Auger Liñan, contempla una insolvencia en la que “*.. atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso..*”; en el mismo sentido la Sentencia núm. 1257/2002 de 31 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Ramón García Varela; en la Sentencia núm. 10/2005 (Sala de lo Civil) de 21 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, “*...tampoco se hace necesario que concurra una insolvencia total, pues basta que los bienes disponibles no sean suficientes para satisfacer los derechos de los acreedores por haberse disminuido la posibilidad económica efectiva o haberse ocasionado una notable minoración patrimonial que impida al acreedor percibir sus derechos y lo mismo cuando el reintegro se presenta sumamente dificultoso ...*”; en este mismo sentido la Sentencia núm. 25/2004 (Sala de lo Civil) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández; en la Sentencia núm. 309/2003 (Sala de lo Civil) de 1 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, “*.. no es igurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que ser total, pues es suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda ....*”; en el mismo sentido la Sentencia 1142/2000 (Sala de lo Civil) de 13 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil,

Sentencia núm. 1150/2001 (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Luis-Martínez Calcerrada y Gómez; en Sentencia núm. 303/2004 (Sala de lo Civil) de 21 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, “... *sin que sea preciso acreditar la insolvencia y menos la total del ejecutado, bastando que los bienes no sean suficientes para satisfacer la deuda ...* “; en la Sentencia núm. 1019/2002 (Sala de lo Civil) de 31 de octubre, ponente: Excmo Sr, D. Jesús Corbal Fernández, “.. *sin que sea preciso una insolvencia total de la deudora pues basta que en su patrimonio no haya bienes suficientes para pagar a los acreedores....*”;

Se puede observar en las anteriores sentencias del Tribunal Supremo que, aunque referidas al supuesto rescisorio, en la interpretación que de la “*insolvencia*” se efectúa existe como denominador común la exigencia de una minoración importante en el patrimonio del deudor, aunque ésta no llegue a ser total, acercándose, en este sentido, a la tesis interpretativa del art. 1483 del Código civil de GUILARTE ZAPATERO (“..*la insolvencia, aunque no esté judicialmente declarada, debe entenderse como actual y efectiva, es decir, por una situación tipificada por la insuficiencia patrimonial del deudor para satisfacer la totalidad de las obligaciones contraídas...*”); es decir, interpretando la “*insolvencia*” como real y efectiva, aunque no total, y, en consecuencia, no incluyéndose en el concepto las situaciones de peligro creadas mediante actos que tendencialmente pueden conducir a dicha situación.

Es decir, una situación de “*insolvencia*”, interpretada de una forma literal y estricta, podría vaciar de contenido el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil, ya que si, como hecho habilitante, sólo estara facultado el fiador para ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil, *in fine*, en el caso de que lo sea real y efectiva, cuando se diriga el fiador frente al deudor, bien para que le libere de la fianza o para que le preste garantía, el deudor no podrá efectuar ni una cosa ni la otra, bien porque no disponga de patrimonio para satisfacer anticipadamente la obligación principal al acreedor, bien porque no tenga patrimonio que dar en garantía de la futura acción de reembolso. Por ello, teniendo en cuenta la interpretación que de la “*insolvencia*” efectúa el Tribunal Supremo para el supuesto rescisorio, no exigiendo que sea total, se podría concluir que podrá ejercitar el fiador las acciones del art. 1.843 del Código civil, cuando la situación de “*insolvencia*” sea de tal magnitud que haya una “*notable disminución patrimonial*”

*del deudor que impida hacer frente a su deuda frente al acreedor, o que su pago le sea sumamente dificultoso*". Ante tal situación, y ante la posible ejecución de la fianza por parte del acreedor, el fiador estaría habilitado para, antes del pago, ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil en orden a interesar la liberación de la fianza o una garantía que le garantice el buen fin de una eventual acción de reembolso; otra cosa es el resultado efecto de dichas acciones en cada caso en concreto.

También en defensa de una interpretación amplia del concepto de "*insolvencia*" contenido en el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil, se podría argumentar el sentido que se le da a la insolvencia en la "Ley Concursal" como requisito previo a la declaración de concurso; así, indica en su art. 2, apartado 2º, que se encuentra en estado de insolvencia "*.. el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones*" y en su apartado 3º que "*si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*"; asimismo, en su apartado 4º se establece que "*si la solicitud de declaración de concurso la presente un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de los siguientes hechos ...*". Es decir, en ningún caso se exige para la declaración de concurso una insolvencia total del deudor.

Es evidente que el art. 1.843 del Código civil es una norma excepcional al permitir al fiador, antes del pago, dirigirse frente al deudor, pero dicho carácter excepcional no debería ser causa para una interpretación restrictiva del concepto "*insolvencia*"; es cierto que mediante su interpretación no debería irse más allá de la finalidad de la norma, pero también que dicha finalidad no se vulnera interpretándola de una forma más amplia. Precisamente, por tener en cuenta que la finalidad de la norma es proteger el legítimo interés del fiador de resarcirse de las cantidades pagadas al acreedor mediante la correspondiente acción de reembolso, dicho interés se vería frustrado si el mismo motivo que le faculta para dirigirse frente al deudor se interpreta de forma tan literal y restrictiva que al resultar totalmente insolvente el deudor, no podrá ni liberarle ni, por supuesto, prestarle ningún tipo de caución o garantía.

Esta es la tendencia que se sigue en las legislaciones más modernas<sup>735</sup> e incluso dentro del ordenamiento español la ley 530 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo de Compilación de Derecho civil Foral de Navarra contempla un concepto de deudor no totalmente insolvente, y más cercano al deudor insolvente del art. 1.129 del Código civil, al autorizar al fiador a solicitar por vía judicial, “...que se impida la enajenación o gravamen de bienes del deudor y que se practique en el Registro la correspondiente anotación preventiva, a no ser que aquél le dé fianza de su obligación de reembolso”..

No obstante, hay que insistir que el resto de los supuestos habilitantes contenidos en el apartado segundo del art. 1.843 del Código civil (“*quiebra, concurso*”) están condenados al fracaso por la propia situación concursal en la que se encuentra dicho deudor<sup>736</sup>. Así, por la limitación de la capacidad de obrar<sup>737</sup>, en la que se encuentra, ni podrá liberar al fiador de la fianza prestada, al menos en su versión de cumplimiento de la obligación principal, ni tampoco proporcionarle la caución o garantía aludida en el art. 1843 del Código civil, *in fine*, y, en consecuencia, no podrá celebrar el deudor los actos jurídicos con la finalidad aludida en el mencionado art. 1843 del Código civil<sup>738</sup>. Así, en el art. 1.953 del Codice civile italiano (“*..quando il debitore è divenuto insolvente..*”) se han suprimido la “*quiebra y concurso*” como supuestos en los que se puede ejercitar las acciones de relevación, limitando su supuesto segundo al caso de la insolvencia.

Partiendo de la idea de que no cabe la posibilidad de, una vez declarado el concurso o la quiebra, proceder contra el deudor para la relevación de la fianza o la prestación de la

---

<sup>735</sup> Así en el parágrafo 775 BGB se autoriza al fiador a exigir la liberación de la fianza “*si han empeorado notablemente las relaciones patrimoniales del deudor principal*”.

<sup>736</sup> Así el art. 878 del Código de Comercio (derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 22/2003 del 9 de julio) establecía que “*todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*” y el art. 879 del Código de Comercio (derogado por la misma ley) indicaba que “*las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los 15 días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior a ésta, se devolverán a la masa por quienes las percibieron*”.

<sup>737</sup> Así el art. 1914 del C.c. (derogado) establecía que “*la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes...*” y el art. 878 del Código de Comercio (derogado) establecía que “*declarada la quiebra el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*”.

<sup>738</sup> Así, COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1975, p. 493; DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 597.

garantía del art. 1.843 del Código civil, el cumplimiento anticipado de dichas prestaciones por parte del deudor puede tener diferentes soluciones. Por un lado dicha prestación anticipada (relevación y/o garantía) puede ser considerada como un acto nulo por entrar dentro del período de retroacción<sup>739</sup> de la quiebra (*art. 878 Código de Comercio “.. Todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotaigan los efectos de la quiebra serán nulos...”*) o devueltas a la masa activa (*art. 879 Código de Comercio “.. Las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior a ésta, se devolverán a la masa por quienes las percibieron....”*), pero no parece que esos mismos actos realizados en cumplimiento de una obligación, puedan ser impugnados por fraude de acreedores. En este sentido LACRUZ<sup>740</sup> indica que “.. si el garante puede proceder contra el deudor principal para obtener una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor, la prestación de esa garantía por el afianzado es un acto debito: algo que podía exigir el fiador y por tanto no es un acto gratuito..”. Es decir, el perjuicio de los demás acreedores, por dicho cumplimiento anticipado (relevación o garantía) del deudor, no debería ser argumento suficiente al ser considerados como actos onerosos (*art. 1.297 del Código civil “.. Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito ....”*) y, en consecuencia, no deberían ser actos revocables para el no comerciante, y sólo, en los términos de la retroacción de la quiebra, lo serán para el comerciante.

Con respecto a la “*insolvencia*” no declarada judicialmente, que es a la que parece referirse el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil<sup>741</sup>, hay que entenderla como una “*insolvencia*” sobrevenida al momento de otorgarse la garantía, es decir, como una situación que entraña un verdadero riesgo añadido del fiador<sup>742</sup>. Así parece

<sup>739</sup> Ahora con la Ley 22/2003 del 9 de julio (“Ley Concursal”) se estaría hablando de la acción rescisoria concursal, creada por dicha ley, que permite a la Administración Concursal examinar los actos realizados por el concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, al objeto de dejarlos sin efecto a través del correspondiente incidente concursal, simplemente por considerarlos como perjudiciales para el patrimonio del deudor.

<sup>740</sup> LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, RDCI, 1981, v. I, p. 754.

<sup>741</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 251.

<sup>742</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 251.

confirmarse en numerosas sentencias del Tribunal Supremo que tratan de la insolvencia, si bien referidas al supuesto de rescisión, citando por todas las Sentencias del 14 de abril de 1998, 29 de marzo del 2001, 2 de abril del 2002, 17 de julio del 2002, y 675/2005 (Sala de lo Civil) del 21 de enero, ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñan, en la que se indica que *“la jurisprudencia de esta Sala más reciente ha declarado ..... tampoco se hace necesario concurra situación de insolvencia total, pues basta que los bienes disponibles no sean suficientes para satisfacer los derechos de los acreedores por haberse disminuido la posibilidad económica efectiva o haberse ocasionado una notable minoración patrimonial”*.

Algún autor<sup>743</sup>, coincidiendo con algún Código civil extranjero<sup>744</sup>, es de la opinión que, aun antes de una situación de insolvencia, real y efectiva, puede resultar viable la aplicación de este supuesto segundo del art. 1843 del Código civil, siempre que exista un real y verdadero peligro de llegar a la insolvencia, entendida ésta como la disminución de cierta entidad del patrimonio del deudor por actos encaminados a buscarla. No obstante, tal como más arriba se ha indicado, y tomando como referencia las numerosas sentencias del Tribunal Supremo referidas a la insolvencia, como presupuesto previo a la rescisión por fraude de acreedores, parece que dicha interpretación de la *“insolvencia”* no es la que puede deducirse del supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil que, si bien parece referirse a una insolvencia no declarada judicialmente, si debe entenderse, no como una insolvencia total, sino como una notable disminución patrimonial que impida al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. De ello podría deducirse que, a pesar de la disminución patrimonial, mientras sean suficientes los bienes del deudor para cubrir las deudas existentes, no cabría hablar de *“insolvencia”*, lo que implicaría la no aplicación del supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil; asimismo, en consecuencia, tampoco debería ser aplicable la norma en el caso de una simple falta de liquidez del deudor que dificulte el pago de lo debido<sup>745</sup>.

---

<sup>743</sup> Por todos, MANRESA, *Comentario al Código Civil Español*, t. XII, ed. 6ª, Madrid, 1973, p. 329.

<sup>744</sup> El párrafo 775 del Código alemán se refiere al caso en el que el estado de fortuna del deudor principal haya sufrido un deterioro esencial.

<sup>745</sup> Así GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 253.

Así, se podría concluir que el apartado segundo del art. 1.843 del Código civil equipara los supuestos “*quiebra y concurso*” con el de “*insolvencia*”, entendiendo que en ambos existe una insolvencia sobrevenida, en el primero declarada judicialmente y, en cambio, no en el segundo, aunque en éste último caso también concurren las circunstancias de un pasivo mayor que el activo en el patrimonio del deudor y el haberse dejado de pagar las obligaciones<sup>746</sup>. En este sentido en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 21 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, se indica, para un supuesto de rescisión en fraude de acreedores, que “...*La jurisprudencia de esta Sala más reciente ha declarado .... ni obtener en juicio previo la declaración de insolvencia, como tampoco se hace necesario concurren situación de insolvencia total, pues basta que los bienes disponibles no sean suficientes para satisfacer los derechos de los acreedores por haberse disminuido la posibilidad económica efectiva o haberse ocasionado una notable minoración patrimonial – debe entenderse voluntariamente provocada – que impida al acreedor percibir sus derechos y lo mismo cuando el reintegro se presenta sumamente dificultoso...*”; en el mismo sentido, en otras, Sentencias de 30 de enero del 2004, 27 de junio del 2000, 17 de julio del 2002, y 12 de diciembre del 2002.

Por otro lado, ¿a quién corresponde la carga de la prueba de la “*insolvencia*” del deudor alegada por el fiador a los efectos de lo establecido en el art. 1.843 del Código civil, *in fine*? y ¿es preciso acreditar la insolvencia del deudor en un juicio previo, para poder ejercitar las acciones del art. 1843 del Código civil?; es decir, corresponderá al fiador probar que el deudor principal está en la “*insolvencia*” requerida por el precepto, o será el deudor quien, a la vista del ejercicio de las acciones de liberación o garantía, deberá probar que tiene bienes suficientes para poder responder de la obligación fiada o, en su caso, de la obligación derivada de la acción de reembolso del fiador posterior al pago al acreedor<sup>747</sup>.

<sup>746</sup> Así en el art. 1913 C.c. (derogado) se establecía que “*el deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes deberá presentarse en concurso ante ....*” y el art. 874 del Código de Comercio (derogado) “*se considera en estado de quiebra el comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones*”.

<sup>747</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, redactado por Eugenio Vázquez Gundin, t. XXVIII, Madrid, 1953, p. 640, es partidario de esta última solución. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 439, indica que “*la prueba de la insolvencia del deudor principal, como hecho constitutivo de la acción de cobertura corresponde al fiador que intente ejercitar la acción*”.

No obstante no entrar a analizar en profundidad la cuestión desde un punto de vista procesal al no ser objeto de esta tesis, estimo que la solución hay que buscarla en las normas procesales que regulan la carga de la prueba. Así el fiador que pretenda dirigirse frente al deudor principal alegando como hecho habilitante su “*insolvencia*” deberá utilizar el procedimiento declarativo correspondiente<sup>748</sup> mediante el cual se interese al juez se dicte sentencia por la cual, una vez acreditado el hecho habilitante de la “*insolvencia*”, se condene al deudor principal a liberar al fiador de la fianza prestada o a prestar garantía suficiente que le ponga a cubierto de la futura acción de reembolso posterior al pago al acreedor. Al respecto el art. 281 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de enjuicimiento civil establece que “*la prueba tiene como objeto los hechos que tengan relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso*”; asimismo en su apartado 3 indica que “*están exentos de prueba los hechos sobre los cuales haya plena conformidad entre las partes, excepto en los casos en que la materia objeto de la prueba esté fuera del poder de disposición de los litigantes*” y en el apartado 4 que “*no hace falta probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*”.

De esta forma, en el proceso civil, regido por el principio dispositivo, los hechos admitidos por todas las partes no precisan ser probados; es decir, la prueba ha de versar sobre los hechos controvertidos<sup>749</sup>. En cuanto a los hechos notorios son aquellos cuyo conocimiento forman parte de la cultura propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, incluida la del juez<sup>750</sup>. La notoriedad es, esencialmente, un concepto relativo, pues, en términos absolutos, no existen hechos notorios sin limitación de tiempo y espacio. La notoriedad de un hecho no supone que todos los pertenecientes a un grupo tengan un efectivo conocimiento del mismo, sino que lo normal es que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio, entre

---

<sup>748</sup> Así el art. 248 de la Ley 1/2000 del 7 de enero establece que “*Toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la ley otra tramitación, se ha de tratar y decidir en el proceso declarativo que corresponda. Pertenecen a la clase de proceso declarativos: 1. el juicio ordinario; 2. el juicio verbal...*”

<sup>749</sup> En la misma situación se encuentran los hechos admitidos de modo tácito, así en el art. 405.2 de la LEC se faculta al tribunal a considerar el silencio o las respuestas evasivas aducidas en la contestación a la demanda como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales aducidos por el actor en la demanda. Del mismo modo en el art. 407 de la LEC se establece para el actor al contestar la reconvencción.

<sup>750</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso al las carreras judicial y fiscal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 622.

los cuales tiene que estar necesariamente el juez<sup>751</sup>; el principio general es que “*notoria non egent probatione*”. No obstante, la parte contraria a la beneficiada por el hecho notorio puede impugnar la notoriedad en si misma o la realidad de lo tenido por notorio; en el primer caso no debería bastar la mera negación, pues la notoriedad existe o no, independientemente de que la contraparte la reconozca, sino que tendrá que probar algo negativo, el que el hecho no es notorio; en el segundo caso se estará en el caso de la contrapueba. En consecuencia, habrá que acudir a las reglas de la carga de la prueba, establecidas en la LEC, para acreditar el hecho de la “*insolvencia*” del deudor principal cuando dicha “*insolvencia*” sea un hecho controvertido o no se trate de un hecho notorio.

En este sentido, en los art. 217.2 y 3 de la LEC se establece que “2. *corresponde al actor y al demandado reconveniente la carga de probar la certeza de los hechos de que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, de conformidad con las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refieren el apartado anterior*”. Así, se distinguen, primero, hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión de la demanda, correspondiendo la prueba al actor y, en su caso, al reconveniente, y segundo, hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores, correspondiendo la prueba al demandado o, en su caso, al reconvenido. Esta es la regla general sobre la carga de la prueba en ordenamiento procesal civil, sin perjuicio de la existencia de otras reglas especiales en las que, de forma particular, se distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos controvertidos; cuyo análisis desborda el objeto de esta tesis.

Por otro lado, dado que las reglas legales sobre la carga de prueba tienen naturaleza procesal, pues se dirigen al tribunal como destinatario y sólo se aplican al proceso, dichas normas son de “*ius cogens*” y, por lo tanto, no están sujetas a la disposición de

---

<sup>751</sup> MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso al las carreras judicial y fiscal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 622.

las partes, por lo que no caben reglas convencionales sobre la carga de la prueba<sup>752</sup>. No obstante, dichas reglas, sobre la carga de la prueba, deben ser interpretadas según el “*criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria*” del art. 217.6 de la LEC que establece que “*para la aplicación de lo que disponen los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”. Es decir, mediante la aplicación de dicho principio será necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo, no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto a la proximidad de las partes a las fuentes de prueba; cuando se dice que enfrentaríamos al demandante ante un auténtica “*probatio diabólica*” si hubiera de probar que no ha concurrido ninguna causa de extinción de la deuda, se está encaminando en dicho sentido<sup>753</sup>.

Teniendo en cuenta las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en los apartados 2 y 3 del art. 217 de la LEC, se podría estimar que la carga de la prueba de la “*insolvencia*” del deudor, a los efectos del art. 1.843 del Código civil, debería recaer sobre el fiador<sup>754</sup>, en aplicación de lo dispuesto en el apartado segundo del art. 217 de la LEC (“*.....certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones...*”). Ahora bien, teniendo en cuenta que, a pesar de que estas reglas legales sobre la carga de la prueba tienen naturaleza procesal, pues se dirigen al tribunal como destinatario y sólo se aplican al proceso, y son normas de “*ius cogens*”, no estando, por lo tanto, sujetas a la disposición de las partes, se debería tener en cuenta el “*criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria*” (art. 217.6 de la LEC “*.... el Tribunal deberá tener en presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes ...*”) para que la aplicación de dichas reglas legales sobre la carga de la prueba de la “*insolvencia*” no se conviertan en una “*probatio diabólica*” para el fiador; así en ocasiones en virtud del anterior criterio debería invertirse la carga de la prueba, esto es las consecuencias de la falta de la

<sup>752</sup> MONTERO ARCOA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 627.

<sup>753</sup> En este sentido, MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 627.

<sup>754</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 439, indica que “*la prueba de la insolvencia del deudor principal, como hecho constitutivo de la acción de cobertura corresponde al fiador que intente ejercitar la acción*”.

prueba, no como regla general, sino en determinados casos concretos<sup>755</sup>. En este sentido de facilidad probatoria, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2005 (Sala de lo Civil) de 19 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan, establece, en un caso referido a la insolvencia como presupuesto de la rescisión, que “... *tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo (deudor) no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero en modo alguno se puede requerir al acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras abocadas a la esterilidad práctica...*”; en este mismo sentido las Sentencias de 31 de diciembre de 1997, y 30 de enero de 1986. También la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 25/2004 (Sala de lo Civil) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, en un asunto también relativo a la acción rescisoria, establece que “..... *la doctrina de esta Sala tiene declarado que es el deudor el que ha de precisar y señalar otros bienes para excluir la legitimación de la acción revocatoria, y que no se puede gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor ...*”; en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1220/2002 (Sala de lo Civil) de 12 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, indicando que “... *esta Sala dijo en su sentencia del 11 de abril del 2001 que no se podía gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor, pues está a disposición del demandado de rescisión la prueba más fácil del hecho positivo de que tienen bienes realizables que no se han perseguido...*”.

Es decir, la actividad probatoria estará enfocada a convencer al juez de que los hechos alegados son ciertos y pueden ser incluidos en el supuesto de hecho de la norma cuyo efecto jurídico se pretende, en este caso la “*insolvencia*” del supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil. A este respecto, no debería ser suficiente la simple alegación por parte del fiador de la “*insolvencia*” del deudor, o la simple existencia de una situación de riesgo propiciada por una o varias disposiciones patrimoniales a favor de terceros, invirtiendo la carga de la prueba de tal forma que sea el deudor el que tenga que probar que tiene bienes suficientes, o que no hay peligro alguno de que el fiador pueda ver su eventual derecho de reembolso insatisfecho. En consecuencia, debería ser el fiador el

---

<sup>755</sup> MONTERO ARCOA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y ficasl*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 629.

que tendría que aportar el material probatorio suficiente para convencer al juez de la necesidad de la adopción de las medidas de protección anticipada establecidas en el art. 1843 del Código civil, en base al hecho habilitante de la “insolvencia” el deudor<sup>756</sup>. Ello, sin embargo, no debería suponer cargar con el deudor con una “*probatio diabólica*”, por que lo que en cada caso el tribunal deberá tener en cuenta “*la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes*” a los efectos de distribuir los correspondientes efectos negativos de la falta de la prueba<sup>757</sup>. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1019/2002 (Sala de lo Civil) del 31 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Ramón García Varela, se indicaba, igualmente en un caso de rescisión, que “*.. sin que sea preciso una insolvencia total de la deudora pues basta que en su patrimonio no haya bienes suficientes para pagar a los acreedores, incumbiendo al deudor precisar y señalar otros bienes para excluir la legitimidad de la acción revocatoria..*”.

### **3.3. Análisis del concepto jurídico de la “insolvencia”**

#### **3.3.1. Antecedentes históricos**

En el marco de los antecedentes históricos, especialmente del Derecho romano, el desenvolvimiento jurídico de la “insolvencia” no dependió directamente del plano del cumplimiento; su desenvolvimiento jurídico no fue objeto de una formulación propia y autónoma, sino que se desarrolló al amparo al amparo de otras instituciones de mayor concreción jurídica.

Así, el desenvolvimiento jurídico de la “insolvencia” tiene una pronta manifestación en relación con la primitiva “obligatio”. La raíz, o esencia, de la primitiva “obligatio”

---

<sup>756</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 309, indica que “*es opinable si corresponde al fiador probar que el deudor se encuentra en situación de insolvencia o es éste, frente a la declaración de aquél, quien debe acreditar la disposición de bienes suficientes para responder de la obligación fiada o en su caso de regreso del fiador*”. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXVIII, redactado por Eugenio Vázquez Gundin, Madrid, 1953, p. 49, indica que ante la dificultad de la prueba por parte del fiador se inclina a pensar que “*al darse la circunstancia de ser alegación de un fiador, que es caución de beneficiencia, parece que en principio la prueba incumbe al deudor, la de tener bienes propios para responder de la obligación caucionada, si bien y a pesar de ello, en evitación de sorpresas desagradables aconsejaríamos al fiador, demandante de tales garantías, la proposición de alguna prueba, por ejemplo, la testifical de no conocerse bienes suficientes para el pago de la obligación o la de haber sufrido un grave y trascendental quebranto económico*”.

<sup>757</sup> En el art. 1831 del Proyecto de Código de 1836 se decía en su número cuarto que “*cuando el deudor empieza a disipar sus bienes, o a constituirse en estado de quiebra; entonces el fiador tiene derecho para pedir que se le releve de la fianza, y el Juez debe acceder a esta demanda, acreditando el fiador la dilapidación o estado de quiebra del deudor*”.

residía en la responsabilidad personal en la que incurría el “*obligatus*”, bien por la comisión de determinados hechos delictivos (“*delictum*”) o bien, negocialmente, por medio de actos creativos de responsabilidad<sup>758</sup>; la obligación venía contemplada desde la perspectiva del poder atribuido al acreedor, configurándose como una auténtica situación de sujeción material del deudor. Un testimonio de ello lo encontramos en una de las definiciones que al respecto ofrecen las fuentes, así en la Instituciones de JUSTINIANO la obligación se presenta como un “*iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostre civitatis iura*”<sup>759</sup>. La concepción de la obligación bajo el prisma del “*vinculum*”, esto es, de la responsabilidad personal del obligado, es consustancial no sólo a la evolución de la “*obligatio*”, sino a gran parte del pensamiento jurídico en Roma<sup>760</sup>.

Por otro lado, la separación entre deuda y responsabilidad queda reflejada en el Derecho romano a través de la contraposición de las nociones de “*debitum*” y “*obligatio*”. El “*obligatus*” no era propiamente el deudor, es decir, el que se había comprometido a realizar una determinada prestación (“*debere*”), sino la persona que, forzosa o voluntariamente, quedaba vinculada, personalmente, al poder coactivo del acreedor en garantía, o seguridad, del cumplimiento prometido por otro.

Tanto el origen como los modos de constitución de constitución del “*debere*” y de la “*obligatio*” respondieron a una valoración jurídica distinta; mientras en el caso del “*debere*” nacía de la simple promesa, o del mero pacto, desprovistos de acción, la “*obligatio*” se creaba por medio de concretos actos solemnes configurados típicamente por el “*ius civile*”, en especial por la “*sponsio-stipulatio*” y el “*nexum*”. De este perfil de la “*obligatio*” como vínculo personal deriva su originaria intransmisibilidad, ya desde el lado activo como desde el pasivo, tanto “*intervivos*” como “*mortis causa*”<sup>761</sup>.

---

<sup>758</sup> Esta idea de constricción, o apremio personal, queda patente en el significado de las expresiones típicas empleadas en la fuentes como: “*obligare*”, “*adstringere*”, “*obstringere*”, “*vinculum*”, “*nexum*”..., BRASILEO, *Obligazione en Novissimo Digesto italiano*, t. XI, p. 554 y sts.

<sup>759</sup> Instituciones 3, 13 pr.

<sup>760</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 41.

<sup>761</sup> Así DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cuarta edición, vol. I y II, Madrid, 1993, p. 337, indica que la concepción de la “*obligación*” como una vinculación esencialmente personal, impide que pueda prescindirse de las personas concretas entre las cuales surge, por consiguiente, la novación sólo puede realizarse a través de la extinción de la primitiva obligación y de la creación de otra nueva.

En la línea de los antecedentes citados, se puede indicar que este contexto jurídico caracterizado por la primacía del “*vinculum*” y por un deficiente desarrollo del contenido del “*debere*”, no fue ajeno a la cuestión de la “*insolvencia*”. Las locuciones que describen la situación de “*insolvencia*” (“*in solutus*” e “*in solvendo esse*”) son ilustrativas de la prioridad de la responsabilidad personal del deudor<sup>762</sup>.

Por otro lado, el verbo “*solvere*”, en su acepción vulgar, significa “separar” o “desatar”. Su conexión con el significado originario de la “*obligatio*” es obvia, pues si ésta se refiere a una situación material de sujeción, o ligamen, aquél indica el hecho de quedar suelto, o desatado. Así, en el plano jurídico denotó el hecho de quedar liberado de cualquier vinculación, o sujeción, contemplada por el derecho, ya de una obligación, de una relación, o de una coacción.<sup>763</sup>

En este sentido, la “*solutio*” no es entendida como un acto de cumplimiento de la prestación prometida, sino como un acto de liberación de la persona; la “*solutio*” se practicaba mediante la forma de la “*mancipatio*” (“*solutio per aes et libram*”) con gesto simbólico del bronce sobre una balanza, y la contemporánea declaración del obligado de unas palabras solemnes (“*me a te salvo liberoque*”), necesarias para salir de la sujeción material del acreedor. La formalidad del acto era exigida con independencia de que el pago lo realizase un tercero (garante) o el propio obligado.

En este contexto en el que la “*solutio*” no refiere el cumplimiento de un deber de prestación (“*oportere*”), sino la “*datio rei*” necesaria para la obtención de la liberación del obligado, el insolvente (“*in solutus*”) no venía determinado desde la perspectiva del incumplimiento del “*debitum*”, sino por la situación de hecho de quedar sujeto a las resultas del procedimiento dispuesto para la ejecución personal, de ahí que el insolvente (“*in solutus*”) sea el que no está suelto, el que no está liberado. Posteriormente, la aplicación del verbo “*solvere*” se especializa para pasar a referir técnicamente el acto de

---

<sup>762</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 43.

<sup>763</sup> Los testimonios que ofrecen las fuentes muestran este sentido, así el Digesto, 4,6,21pr., correspondiente a las causas por las que obtienen la restitución total los mayores de 25 años indicas que no debe concederse acción de restitución ni acción útil “*si se hubiese adquirido algo por usucapión, o se hubiese recuperado lo perdido por falta de uso o se hubiese liberado alguien de una acción por haber prescrito...*”; es decir, el empleo del verbo “*solvere*” exterioriza el hecho de quedar liberado de un vínculo o sujeción contemplada por el derecho.

liberación de una vinculación obligatoria mediante el cumplimiento o acuerdo del acreedor.

Así, la originaria contraposición entre débito y responsabilidad quedará oscurecida por la generalidad del “*debitum*” que incluirá esta última. El desarrollo en la delimitación del contenido del “*debere*” permitirá que la “*solutio*” se configure desde la perspectiva del objeto de la prestación (“*aportere*”), con lo que el cumplimiento (“*solutio*”) consistirá en la prestación de lo debido y determinará la extinción de la obligación.<sup>764</sup>

Esta especialización en la aplicación del verbo “*solvere*”, plasmada en un concepto técnico de la “*solutio*” como cumplimiento de la prestación debida, no fue el cauce idóneo para el desenvolvimiento jurídico de la insolvencia<sup>765</sup>. Así, ¿cuál fue el cauce determinante del desenvolvimiento jurídico de la insolvencia?. El interrogante responde al proceso evolutivo que subyace en el paso de una concepción, restrictiva y material, de la “*obligatio*”, manifestada en torno al vínculo personal del obligado, a una concepción más amplia y elaborada en orden a una vinculación fundamentalmente jurídica. Este tránsito del mero vínculo al “*vinculum iuris*” exterioriza la prioridad del plano de la responsabilidad patrimonial del deudor en el tratamiento de la insolvencia. Así, la referencia al insolvente (“*in solutus*”), como expresión de la situación de sujeción material en la que se encuentra el obligado, intensifica su juridicidad en la medida en que liberación viene entendida desde la perspectiva de la satisfacción del acreedor por vía del procedimiento de ejecución; en esta misma dirección cabe pronunciarse acerca de la paulatina imposición de la ejecución patrimonial sobre la primitiva ejecución personal del obligado; de esta forma, la insolvencia se presenta como un auténtico perjuicio del derecho de crédito que frustra la posible satisfacción del interés patrimonial del acreedor.

---

<sup>764</sup> Este proceso evolutivo queda reflejado en la aplicación del verbo “*solvere*” en las fuentes, así en Digesto, 50,16,176, “*se admite que la palabra “solutio” o pago debe entenderse toda clase de satisfacción de una obligación; decimos que paga quien hace lo que prometió*”. La “*solutio*” viene configurada en torno al objeto de la prestación debida. En la primera parte la referencia a la “*solutio*” es utilizada para comprender también aquellos supuestos o medios sustitutorios del pago que determinan la satisfacción del acreedor mediante una prestación distinta de la inicialmente pactada, como la “*datio in solutum*”. En la segunda parte determina una expansión conceptual de la “*solutio*” que acaba por comprender el cumplimiento de las obligaciones de dar (“*solutio*”), obligaciones consistentes en un hacer (“*satisfacere*”) o el peculiar de cada caso (“*praestare*”, “*tradere*”, “*vehere*”).

<sup>765</sup> ORDUÑA MORENO. F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 49.

El término “*insolventia*” no fue objeto, inicialmente, de una elaboración específica, originariamente su alusión se realizó de un modo indirecto al amparo de la evolución y progreso jurídico representado por la “*obligatio*”. Su primera concreción respondió a una locución negativa del verbo “*solvere*”; así refería la situación de sujeción material en la que se encontraba el obligado (“*in solutus*”). Posteriormente se intensifica su sentido jurídico, y a ello responde el tránsito del mero vínculo al “*vinculum iuris*” en donde el acto de liberación viene entendido desde la perspectiva de la satisfacción del acreedor. Así, este proceso evolutivo permite observar una primera aproximación al concepto de “*insolventia*” que conduce al plano satisfactivo del acreedor. Es desde este contexto donde la “*insolventia*” principia su significación jurídica como lesión del derecho de crédito; el insolvente (“*in solutus*”) no es sólo el que queda sujeto, el que no es liberado, sino el que frustra la posible satisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito, esto es su efectividad<sup>766</sup>.

La constatación del perjuicio del derecho de crédito se puede llegar a establecer en torno a dos notas. La primera, en torno a la ejecución patrimonial, es decir a la capacidad y al valor de realización de los bienes, y la segunda, al resultado de dicha ejecución, es decir, a la insuficiencia de la garantía patrimonial del deudor para cubrir el importe de las deudas. Estas dos notas (ejecución e insuficiencia), en el panorama del Derecho romano, responden también al proceso evolutivo caracterizado por la imposición progresiva de la ejecución patrimonial sobre la personal del deudor, así como a la delimitación técnica del concepto de patrimonio. Dicho proceso evolutivo viene ya apuntado cuando el verbo “*solvere*” es objeto de una aplicación usual de marcado carácter descriptivo; así, desde la perspectiva subjetiva del deudor, esta acepción vendrá referida a la capacidad, o potencialidad, de pago, como alusión al deudor que es capaz de pago<sup>767</sup>.

Esta aplicación del verbo “*solvere*”, como referencia subjetiva del deudor, sirvió para resaltar uno de los aspectos derivados de su relación con el verbo “*credere*”; en los negocios crediticios las nociones “*credere*” y “*solvere*” venían representadas como

---

<sup>766</sup> ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolventia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 52.

<sup>767</sup> *En Digesto*, 50,16,114, “no se entiende que sea solvente más que el que puede pagar por entero” (“*solvendo esse nemo intellegitur, nisi qui solidum potestolvere*”), permitiendo el texto una aproximación o calificación de la insolventia, pues insolvente vendría a ser todo deudor que no puede satisfacer el interés patrimonial del acreedor plasmado en la correspondiente condena pecuniaria.

presupuesto y cumplimiento, respectivamente, de una obligación. La doctrina clásica entroncó la idea de confianza personal, subyacente en el concepto de “*credere*”, con la aplicación del verbo “*solvere*” desde la perspectiva subjetiva del deudor respecto a su capacidad o potencialidad de pago. El resultado fue la causalización de esta idea de confianza personal sobre la solvencia del deudor como fundamento de los negocios crediticios<sup>768</sup>.

En el Derecho romano se estableció como principio, o regla general, el que la constatación de la “*insolvencia*” como lesión del derecho de crédito quedase determinada en orden de vencimiento de la obligación, ya que, en caso contrario, el ejercicio de la correspondiente acción se consideraba prematura e intempestiva, incurriendo el acreedor en una “*pluris petitio tempore*”<sup>769</sup>.

Así, desde la perspectiva subjetiva del deudor, la constatación de la “*insolvencia*” como perjuicio del derecho de crédito quedó ya apuntada en la anterior aplicación del verbo “*solvere*”, configurándose como un auténtico riesgo que asumía el acreedor. El proceso viene prácticamente delimitado cuando el matiz descriptivo del verbo “*solvere*” refiere objetivamente la capacidad de un patrimonio para el pago de las deudas que lo gravan, es decir, la insuficiencia patrimonial como nota o característica de la constatación de la

---

<sup>768</sup> POTHIER, *Oeuvres de POTHIER, Traité des obligations*. Annotées et mises en corrélation par M. BUGNET, tome deuxième, París, 1848, p. 111, emplea esta concepción para justificar la tutela dispensada mediante el vencimiento anticipado de la obligación en el art. 1129 del Código civil (“*perderá el deudor todo el derecho a utilizar el plazo: 1. cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda...*”), dado que si el fundamento de la constitución de la relación crediticia es la confianza en la solvencia del deudor, el mismo argumento avala la protección o tutela del acreedor, esto es, la pérdida de la confianza en la solvencia del deudor; ORDUÑA MORENO, *La Insonvencia*, Valencia, 1994, p. 54, indica que el anterior fundamento no puede ser mantenido en la actualidad, por que es imposible su generalización respecto a los números segundo y tercero del art. 1129 del Código civil, que justifican su aplicación en causas objetivas (no otorgamiento de garantías prometidas y la disminución de las ya ofrecidas por actos propios, o desaparición por casos fortuitos) y porque el fundamento que legitima el ejercicio de la facultad del art. 1129 del C.c. responde a un fundamento objetivo de protección y defensa del derecho de crédito ante el perjuicio o lesión causada por la insolvencia del deudor.

<sup>769</sup> En este sentido Digesto, 50,17,186 “*nada puede ser reclamado antes del momento en el que pueda pagarse según la naturaleza de las cosas; y cuando se fija un plazo para el pago de la obligación, no puede reclamarse en tanto no ha transcurrido el plazo*” (“*nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam pesolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti nom potest*”)

“*insolvencia*”. Así la “*insolvencia*”, como locución negativa del verbo “*solvere*”, se presenta como una situación deficitaria del patrimonio del deudor<sup>770</sup>.

Esta constatación de la “*insolvencia*” como perjuicio del derecho de crédito queda plenamente delimitada cuando la anterior aplicación del verbo “*solvere*”, como descripción objetiva de situaciones de deficitarias en supuestos asimilados al patrimonio, entronca con la configuración del patrimonio como soporte económico de la efectividad del crédito. Así, la culminación de este proceso comprende dos aspectos; el primero, responde la configuración técnica del concepto de patrimonio (“*bona*”), y el segundo, viene determinado en orden a la capacidad y el valor de realización de los bienes, es decir, a efectos de la insolvencia, la incapacidad de un patrimonio para cubrir el importe de las deudas. Este aspecto viene reflejado en las fuentes a través de la acepción de “*bona*” como “*objeto de la missio*”, esto es, como patrimonio realizable.

La configuración técnica del concepto patrimonio va unida a la evolución y transformación de las estructuras sociales y económicas del pueblo romano. En un primer estadio, localizado en el Derecho romano antiguo, la imposibilidad de su desenvolvimiento técnico responde a la férrea estructura de la antigua familia romana, con su carácter monocrático representado por la “*potestas*” del “*pater familias*” como jefe supremo. En este contexto, el patrimonio viene concebido como una prolongación de la estructura de la familia, de ahí la distinción entre el patrimonio familiar (“*familia*”) como bienes más permanentes, desde el punto de vista de la economía agrícola, los de mayor valor y representatividad, y los “*pecunia*” como bienes de menos permanencia para el grupo, es decir los destinados al cambio. En la República con el progresivo desmembramiento de la estructura de la antigua familia, con el auge del individualismo, y con el tránsito a una economía dineraria y comercial, se hace posible un florecimiento jurídico que hace posible la concepción técnica del patrimonio. Así el patrimonio venía concebido como una “*universitas*” comprensiva de la pluralidad de relaciones activas y pasivas de una persona; esta noción de patrimonio hacía posible dos

---

<sup>770</sup> En este sentido Digesto, 49, 17, 17 “*Por lo demás, si el padre repudió el testamento siendo insolvente el peculio frente a los acreedores de hijo, no se considerará haber obrado con dolo, aunque se haya redimido el tiempo para poder ejecutar la acción anual sobre el peculio*”.

fenómenos, uno, la transmisión “*mortis causa*” del conjunto de bienes, derechos y obligaciones del “*cuius*” y, otro, la ejecución sobre el patrimonio del deudor<sup>771</sup>.

La configuración técnica del patrimonio (“*bona*”) permitió tanto la calificación objetiva respecto a su solvencia, conforme a la proporcionalidad existente entre pasivo exigible y activo realizable, como su referencia en sentido económico, esto es, lo resultante después de detraer las deudas<sup>772</sup>. La capacidad, o el valor de realización de los bienes, como parte integrante de la constatación de la insolvencia, quedó empapada en la aplicación del concepto de patrimonio como soporte de la efectividad del crédito. Este aspecto vino específicamente reflejado en las fuentes a través de la acepción “*bona*” como objeto de la “*missio*”, es decir, como patrimonio realizable<sup>773</sup>. De este modo se establecía la necesaria correlación de la cuestión de la insolvencia en el procedimiento de ejecución patrimonial del deudor. Así, la nota de déficit, o insuficiencia de la garantía patrimonial, que colorea el concepto de “*insolvencia*”, se obtiene como una consecuencia derivada del proceso de ejecución, pues en la medida en que falla la capacidad, o el valor de realización de los bienes, se frustra la efectividad del derecho de crédito; es decir, el proceso de ejecución es el cauce natural de la constatación de la “*insolvencia*” como perjuicio del derecho de crédito<sup>774</sup>.

---

<sup>771</sup> Así en Digesto, 50,16,178, “*el término pecunia o cantidad no sólo se refiere al dinero sino a toda cantidad, es decir, incluso a toda clase de cosas, pues nadie puede dudar de que la palabra “pecunia” abarca también a las cosas no genéricas*” (“*pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecunia appellatione contineri nemo este qui ambiget*”). También en Digesto, 50,16,222, “*la palabra pecunia comprende, no sólo el dinero, sino todas las cosas, tanto inmuebles como muebles, y tanto cosas corporales como derechos*” (“*pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam móviles et tam corpora quam iura continentur*”), y Digesto 50,16,49 “*la palabra bienes es natural o civil: en sentido natural se llaman bienes porque van bien, es decir, bonifican, pues “beare” es ir bien; en sentido civil, se llaman bienes lo que es de nuestro patrimonio. En nuestros bienes hay que saber que debemos contar, no sólo lo que está en nuestra propiedad, sino lo que poseemos de buena fe o tenemos como superficiarios: también se cuenta en los bienes lo que tenemos como acciones, peticiones o persecuciones, pues todo eso parece estar en los bienes*”. Esta norma principia con la definición de los bienes desde el punto de vista económico para pasar, acto seguido a su contraposición con el sentido propiamente jurídico.

<sup>772</sup> Así Digesto, 50,16,39 “*bienes se considera lo que queda después de deducir sus deudas*” (“*bona intellegitur cuiusque, quae reducto aere alieno supersunt*”).

<sup>773</sup> Así en Digesto, 42,4,2, Dice el pretor “*autorizaré entrar en posesión de los bienes del que dio fianza de comparecencia en juicio, si no se presenta ni nadie le defiende en juicio*” (“*Praetor ait: in bona eius, que indicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sio faciet neque deenderetur, iri indebo*”).

<sup>774</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia, tirant lo blanch*, Valencia, 1994, p. 63

Por otro lado, con respecto de la ejecución de la sentencia, se observa una falta de semejanza entre el régimen de nuestro ordenamiento jurídico y el establecido en el marco del Derecho romano. Así, se podría destacar el excesivo peso que tuvo la “*condemnatio pecuniaria*”, propia de la tipicidad formularia del período clásico. De esta forma en el Derecho romano, la condena que decidía el pleito tenía que venir expresada en una cantidad de dinero; dicho principio suponía la necesaria reducción dineraria (“*litis aestimatio*”) de toda prestación, con independencia de que ésta consistiera en la restitución, o entrega, de una cosa, un “*facere*” o la reparación de un daño. Este principio (“*condemnatio pecuniaria*”) es contrario al régimen establecido en actual la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, que en el libro III (“*De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*”), título V (“*De la ejecución dineraria*”); así, en el art. 699 y sts. la LEC cuando trata de la ejecución no dineraria de las sentencias de condena indica, al respecto, que su cumplimiento lo será en “... *sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo...*” y sólo en el caso de que sea imposible su ejecución, o no se cumpla voluntariamente, podrá convertirse en un equivalente pecuniario la prestación no pecuniaria, en la forma indicada por los art. 712 y sts. de la LEC.

Aunque el principio de la “*condemnatio pecuniaria*” desatendiera el interés natural del acreedor de verse satisfecho, en la ejecución forzosa, en la prestación debida, ello no resulta significativo desde el punto de vista estudiado de la “*insolvencia*”, ya que la misma no opera directamente en el ámbito de los posibles supuestos de insatisfacción del acreedor respecto del programa de prestación establecido, sino en el ámbito mismo de la efectividad, o valor de su derecho de crédito. De esta forma, la tutela, ante la lesión del crédito determinada por la “*insolvencia*” del deudor, no tiene como objeto específico la satisfacción del acreedor respecto de la prestación naturalmente debida, sino la satisfacción de su interés respecto a la conservación de la efectividad, o valor de su derecho de crédito, lo que supone que dicho interés se centra en la garantía patrimonial del deudor como base de la efectividad del derecho de crédito<sup>775</sup>.

Otro aspecto interesante, en conexión con el principio de la “*condemnatio pecuniaria*”, es su incidencia respecto al concepto de “*insolvencia*”. En este sentido, se suele

---

<sup>775</sup> Así, ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blacn. Valencia, 1994, p. 65.

aseverar<sup>776</sup>, como característica del proceso de ejecución, que la “*actio iudicati*” no se dirige contra el insolvente, propiamente dicho, esto es, contra el deudor que carece de bienes suficientes que puedan ser objeto de agresión o realización por parte de los acreedores, sino contra el deudor que no puede pagar la correspondiente condena pecuniaria, es decir, contra el que presenta una situación, no de insuficiencia patrimonial, sino de iliquidez patrimonial.

No obstante, la ejecución de sentencia (“*actio iudicati*”) se daba también en aquellos casos en los que el deudor tenía un patrimonio de por sí insuficiente para cubrir el importe de las deudas. De ahí, el matiz descriptivo del verbo “*solvere*” como referencia objetiva de la capacidad de pago de un patrimonio, en donde la “*insolventia*” como locución negativa, refiere la situación deficitaria del patrimonio del deudor conforme a la desproporción existente entre el activo realizable y el pasivo exigible.

Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad patrimonial no cabe establecer una plena equiparación entre el régimen existente en el Derecho romano y el vigente en la actualidad<sup>777</sup>. El avance que supuso la configuración técnica del concepto “patrimonio”, delimitado principalmente en orden al fenómeno sucesorio, no llevó aparejado un proceso de idéntica índole en el campo de la responsabilidad patrimonial. El punto de partida del desenvolvimiento jurídico hay que retomarlo de la primitiva caracterización de la “*obligatio*” como vínculo. Al hilo de este proceso evolutivo, la situación de sujeción material del “*obligatus*” desempeña una función de garantía, o aseguramiento, ante la originaria incoercibilidad del deber prometido. El desarrollo de esta noción de garantía, o aseguramiento, junto con la paulatina transformación de las estructuras socio-económicas de la sociedad romana, constituyen un punto de referencia en la delimitación del ámbito de la responsabilidad patrimonial.

El proceso evolutivo entronca con el papel central de la “*stipulatio*” como negocio creativo de responsabilidad y su curso en las posteriores formas de garantía personal. En una primera fase, delimitada en torno a la figura de la “*sponsio*” como forma de la estipulación con finalidad de fianza, la naturaleza de la primitiva “*obligatio*” determinó

<sup>776</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolventia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 65.

<sup>777</sup> ORDUÑA MORENO, F. J., *La insolventia*, Valencia, 1994, p. 67.

que el “*sponsor*”, o garante, fuese quien realmente asumía la posición jurídica de “*obligatus*” ante la inexibilidad del “*debere*” prometido por el deudor, propiamente dicho; así se configuró la responsabilidad patrimonial desde la óptica de la garantía<sup>778</sup>.

La segunda fase se caracteriza por un proceso que determina un cambio de las anteriores circunstancias. En el plano jurídico dicho proceso se plasma en el tránsito del mero vínculo al “*vinculum iuris*”; ello supuso la madurez del concepto obligación con el reconocimiento del débito de la prestación como elemento integrante de la relación obligatoria<sup>779</sup>. En el ámbito de la responsabilidad, y en orden a la prioridad de la satisfacción patrimonial impuesta por la “*condemnatio pecuniaria*”, dicho tránsito exterioriza el paso de una concepción material y restrictiva del vínculo, como sujeción personal del obligado, a un concepto más amplio y elaborado en orden a una vinculación fundamentalmente jurídica, esto es, a la responsabilidad patrimonial del deudor. La consecución de este fenómeno viene íntimamente unida a la transformación de las estructuras sociales y económicas; así, sólo cuando se produce la progresiva desmembración de la estructura de la antigua familia romana, con el consiguiente auge del individualismo o personalidad de sus miembros, y el florecimiento de una economía dineraria y comercial, se hace posible un mayor ámbito de la responsabilidad patrimonial<sup>780</sup>; el instrumento adecuado a estos fines se obtiene mediante la figura del “*peculium*”,<sup>781</sup>. En consecuencia, resultó que de la originaria función de garantía que cumplía la responsabilidad personal (mero vínculo) se diese paso a una responsabilidad plena del deudor con base a su capacidad patrimonial. Así cuando el deudor ya no es sólo responsable con su persona, sino con su patrimonio, el promitente, antes único y verdadero obligado, tanto jurídicamente como patrimonialmente, deviene en un promitente adjunto, y es así como la “*sponsio*”, antes mera estipulación típica, pasó a reflejar una situación de solidaridad pasiva: la “*adpromissio*”; mediante ella se operaba

---

<sup>778</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 69.

<sup>779</sup> En el proceso cognitorio clásico y, en general, la ejecución post-clásica, permitió la ejecución forzosa de determinadas prestaciones (restitución y entrega) siempre que estas prestaciones naturales fueran las inicialmente prometidas.

<sup>780</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 69.

<sup>781</sup> Reconocida la capacidad de obrar de los “*alieni iuris*” (hijos “in potestad”) y de los esclavos, el peculio (pequeño patrimonio) fue el instrumento adecuado para tener en nombre propio relaciones patrimoniales. El ámbito de la responsabilidad patrimonial no dependió únicamente de la estructura de la familia romana. Los peregrinos (los extranjeros que no eran romanos ni latinos) tenían reconocida una capacidad patrimonial, y en la medida que podían celebrar válidamente determinados negocios podía asumir la posición de acreedores y deudores, estando en este último caso sujetos al procedimiento de ejecución.

la adquisición de un nuevo promitente de la misma deuda, es decir de un fiador que se hacía deudor de lo mismo que prometió el deudor principal.

En una tercera fase la fianza viene configurada técnicamente como un instrumento de garantía, esto es, como una obligación accesoria y subsidiaria, viniendo a cumplir la fianza una función estrictamente de garantía. Así la noción de la responsabilidad patrimonial queda plenamente delimitada.

### **3.3.2. Configuración jurídica de la "insolvencia"**

El concepto "*insolvencia*", desde la perspectiva analítica<sup>782</sup>, supuso la lesión del derecho de crédito, es decir, la pérdida de su efectividad, o valor, representada en la insatisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito, en cuanto refiere a un cambio, o mutación, del estado de la garantía patrimonial del deudor; de ahí la necesidad de su carácter sobrevenido. Por otra parte, desde la concepción sintética<sup>783</sup>, que colorea la anterior faceta analítica, la constatación de la "*insolvencia*", como lesión del derecho de crédito, se proyectó a través de las notas de ejecución e insuficiencia patrimonial.

La vigencia de este planteamiento respondió a un proceso evolutivo caracterizado por la progresiva imposición de la ejecución patrimonial y la delimitación técnica del concepto patrimonio. De aquí, su definición descriptiva a través de la acepción del verbo "*solvere*" que refiere la capacidad de un patrimonio para el pago de las deudas, y en donde la "*insolvencia*", en su locución negativa, designa la incapacidad objetiva de un patrimonio para cubrir el importe de las deudas; es decir, situación de insuficiencia patrimonial del deudor

La configuración jurídica de la "*insolvencia*" en el Derecho romano, quedó establecida en torno a su determinación conceptual como perjuicio del derecho de crédito. Su realidad como hecho jurídico diferenciado en la protección, o tutela, del derecho de crédito, no se realizó de un modo sistematizado, sino que se recurrió a la mayor

---

<sup>782</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 84 y 111,

<sup>783</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 84 y 111.

tradición jurídica de otros conceptos y a su tratamiento casuístico<sup>784</sup>. Así, en el Derecho romano la configuración jurídica de la “*insolventia*” no se realizó de un modo directo; los jurisconsultos romanos abordaron su configuración jurídica desde una perspectiva eminentemente práctica, huérfana de cualquier enfoque teórico.

La representación del alcance jurídico de la “*insolventia*” principia desde su concepción analítica de auténtico perjuicio del derecho de crédito. Podría ser posible una cierta generalización jurídica de la “*insolventia*” mediante su entronque con dos conceptos centrales en el pensamiento jurídico de Roma: “*periculum*” y “*damnum*”. Así, ante la ausencia de un enfoque teórico acerca de la relación obligatoria y de la responsabilidad patrimonial, la incidencia de la “*insolventia*” en el marco jurídico quedó encauzada, principalmente, en el curso de estos dos conceptos.

En este sentido, la convergencia de estos dos conceptos (“*periculum*” y “*damnum*”) con la noción de perjuicio está fuera toda duda; de este rasgo común resulta un contexto ilustrativo en orden a la configuración jurídica de la “*insolventia*”<sup>785</sup>. Así, tomando el concepto “*periculum*”, al margen de su genérica alusión a la noción de “peligro” con el que es contemplado, en ocasiones, en las fuentes, su aplicación en el plano jurídico se especializa en atención a dos consecuencias jurídicas; la primera, la asunción, por una de las partes, del riesgo inherente a la relación obligatoria, particularmente, de los daños que sobrevienen por caso fortuito y fuerza mayor, y la segunda, la imputación de determinados perjuicios con base a una valoración objetivada de la responsabilidad, principalmente en los supuestos de causación directa del daño, o bien, por los derivados del ejercicio de un cargo público u “*officium*”; ello como criterio contrapuesto al sistema de responsabilidad subjetiva propia de los contratos (dolo y culpa).

La prevalencia de estas consecuencias, en la aplicación del concepto de “*periculum*” en las fuentes, tiene su explicación en el originario y posterior desarrollo del régimen clásico de la responsabilidad. Así, frente al “*modus operandi*” justiniano, caracterizado por la sistematización de la valoración subjetiva del comportamiento del deudor (culpa

---

<sup>784</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolventia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 85, indica que la complejidad de la cuestión de la insolventia hizo que su delimitación conceptual tuviese una impronta claramente doctrinal; su configuración doctrinal estuvo conexas al trasunto codificador.

<sup>785</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolventia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 86.

y dolo) como fundamento y límite de la responsabilidad, los juristas clásicos articularon un régimen de responsabilidad basado en la “tipicidad de cada acción” y acomodado a las peculiaridades de cada caso en concreto. Con la caída de la “tipicidad de la acción” la “*utilitas contrahentium*” se erigió como criterio principal en la delimitación de la responsabilidad contractual. Fruto de este contexto fue un régimen de responsabilidad, prioritariamente, objetivado y basado en la distribución de los riesgos que giró en torno a la caracterización, más o menos commutativa y onerosa, de cada tipo contractual, es decir, en atención a la distribución de los beneficios y de las cargas derivadas de las prestaciones del contrato. Así, con respecto al tratamiento de la responsabilidad su configuración jurídica fue distinta, más o menos objetivada, según se tratase de un contrato establecido en beneficio del deudor o del acreedor o en beneficio recíproco de ambos<sup>786</sup>.

¿Cuál fue la incidencia del concepto “*periculum*” en la cuestión de la “*insolvencia*”?; efectivamente, la cuestión de la “*insolvencia*” participó de las generalidades propias del concepto “*periculum*”. Así, conforme al significado de “*periculum*”, la “*insolvencia*” del deudor, esto es, la pérdida de la efectividad, o el valor de realización, del derecho de crédito, vino configurada como un cualificado riesgo (“*eventus damni*”) que asumía el acreedor<sup>787</sup>. Así, la “*insolvencia*” especializa su aplicación en el ámbito objetivo de la defensa, o tutela, del derecho de crédito, configurándose como un hecho jurídico

---

<sup>786</sup> En cuanto la aplicación del concepto “*periculum*” en las fuentes se puede mencionar, Digesto, 43, 24, 11 (12) relativo al interdicto de lo que se hace con violencia o clandestinamente “...*pues debe corresponderle el interdicto al vendedor aunque la cosa no esté a su riesgo y no hace al caso que esté a riesgo del comprador, pues tan pronto como se contrae la venta el riesgo pasa al comprador...*”. En otras ocasiones la asunción del riesgo viene motivada por las propias cargas procesales o por los específicos deberes de custodia, Digesto, 10, 4, 11, (1), relativo a la acción exhibitoria “...*veamos en qué lugar o a cuenta de quién debe ser exhibida la cosa. Y dice Labeon que hay que exhibir allí donde hubiera estado la cosa en el momento de la litiscontestación y de allí ha de ser llevada o conducida al lugar donde se demanda, a riesgo y cuenta del demandante*”. También la asunción del riesgo se produce por el encargo de una gestión a través de la figura del mandato (“*actio mandati*”), Digesto, 17, 1, 12, (13), relativo a la acción de mandato y la contraria “... *es más, digo que dudando yo de si recibía o no en contra del senadoconsulto y no queriendo dar a quien fuera a recibir el préstamo contra el senadoconsulto, si alguien hubiera salido diciendo que no recibía contra el senadoconsulto, y declarase “da en crédito a mi regreso” o “prestas bien”, juzgo que tienen lugar el mandato, y que se le puede demandar por la acción de mandato*”. Otros abundan en la delimitación de la responsabilidad y los riesgos conforme a los dictados del pacto y a la naturaleza del contrato, Digesto, 2, 14, 7, (15), relativos a los pactos “.. *si alguno pactase que no demandará por la acción de depósito, vale el pacto. Asimismo si alguno ha pactado que responderá a todo riesgo en razón del depósito, dice Pomponio que el pacto vale y que no ha de ser desentendido como si fuera hecho contra las formas establecidas por el derecho*”.

<sup>787</sup> Como más arriba se ha comentado desde la perspectiva subjetiva del deudor el verbo “*solvere*” vino a referir la capacidad o potencialidad de pago, como alusión al deudor que no es capaz de pago (insolvencia)

diferenciado en dicha protección; es decir, con independencia de un fundamento concursal<sup>788</sup>. El testimonio de las fuentes, en relación con el ámbito conceptual del término “*periculum*”, avala esta configuración de la “*insolvencia*” como un auténtico riesgo<sup>789</sup>.

Al lado de esta aplicación de la “*insolvencia*” como un auténtico riesgo con ocasión de la modificación subjetiva de la relación obligatoria<sup>790</sup>, la pluralidad de sujetos en la misma fue otra circunstancia que motivó una específica distribución del riesgo de la “*insolvencia*”. En el ordenamiento actual, el supuesto de la solidaridad pasiva da lugar, en vía de regreso, a una recíproca cobertura del riesgo de la “*insolvencia*”, así el art. 1145, “*in fine*” del Código civil se establece que “.. *La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno.*”. Esta recíproca cobertura del riesgo de la “*insolvencia*” concreta su fundamento jurídico en el marco de principios comunitarios, o sociales, cuales son, el igual trato y equitativo en el reparto del daño acontecido; es decir, una suerte de comunidad tanto respecto de los eventos favorables como de los perjudiciales<sup>791</sup>.

También los antecedentes del Derecho romano son ilustrativos de la aplicación de estos principios comunitarios, o sociales<sup>792</sup>. En el Code civil francés también se aplican dichos principios comunitarios, o sociales, así en el art. 885 (“*Chacun des cohéritiers est personnellement obligé, à proportion de son émolument, d’indemniser le cohéritier évincé de la perte qu’il a subie, évaluée au jour de l’éviction. Si l’un des cohéritiers se*

---

<sup>788</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blach, Valencia, 1994, p. 96.

<sup>789</sup> Así Digesto, 18, 4, 4, “*si se vendió un crédito que no se debe responder de que el deudor es solvente, pero si de que existe un deudor, salvo que otra cosa se conviniese*”. También en Digesto 21, 2, 73 “*el que vendió un crédito tal cual éste sea, se obliga a responder únicamente de que existe, pero no de que pueda exigirse algo, y también responde del dolo*”. Los textos transcritos parten de una idéntica consecuencia de base: en la relación obligatoria el riesgo inherente a la posible efectividad o valor de realización del crédito (solvencia del deudor) viene asumido por el acreedor.

<sup>790</sup> Véase nota 354.

<sup>791</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 102.

<sup>792</sup> Así en Digesto 17, 2, 67 “*si uno de los socios hubiese vendido una cosa común con el consentimiento de los demás socios, el precio debe ser dividido pero dándosele garantía de que no sufrirá perjuicio a consecuencia de su responsabilidad como vendedor, y si ha sufrido alguno, se le habrá de indemnizar. Pero si el precio fue ya dividido sin darle garantía, y el que vendió hubiese respondido de algo, si no son solventes todos los socios ¿deberá imputar a los demás lo que no puede cobrar de alguno de ellos?*”. Cree PRÓCULO que “*deben soportar los demás lo que no pudo cobrar de alguno de ellos, y con razón puede defenderse que sea así porque al contraerse la sociedad se contrae una comunidad tanto de lucros como de perjuicio*”.

*trouve insolvable, la portion dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les cohéritiers solvables*”) al tratar la mutua cobertura por el riesgo de la “insolvencia” de un coheredero; dicho precepto del Code es precedente del art. 1.071 Código civil que establece “*la obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcionada a su respectivo haber hereditario; pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado*”. En la misma línea cabe pronunciarse para la recíproca cobertura del riesgo de la “insolvencia” prevista, para la relación interna entre cofiadores, en el art. 1.844, párrafo segundo, del Código civil “*si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción*”.

Si en el contexto descrito, en relación a la aplicación conceptual del término “*periculum*”, en la configuración jurídica de la “insolvencia” se resalta su significado de riesgo, su entronque con el concepto de “*damnum*” es orientativo de su configuración, primordialmente, como lesión del derecho de crédito.

La aplicación conceptual del término “*damnum*” principia, al igual que en el supuesto del término “*periculum*”, con la noción de perjuicio; no obstante su significado jurídico se concreta en atención a un presupuesto formal que lleva al concepto de lesión, el cual, no es sólo ilustrativo del mero perjuicio, o daño, sino también de un fundamento de infracción, o antijuricidad, que da lugar a la correspondiente sanción<sup>793</sup>. Desde esta perspectiva la aplicación conceptual del término “*damnum*” supone una lesión jurídica en la medida en que se viola un derecho, o interés, digno de tutela<sup>794</sup>. Su formulación técnica fue desarrollada de un modo casuístico teniendo una especial impronta en la Lex Aquilia, en donde “*damnum*” quedaba definido como “*iniuria datum*”<sup>795</sup>.

La aplicación conceptual del término “*damnum*” es ilustrativa de la tipicidad predominante de la “insolvencia” en el Código civil, es decir, de su configuración como

<sup>793</sup> ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 106.

<sup>794</sup> En este sentido BONFANTE, P, *Corso di Dirritto romano*, vol 4º, Le obligación, Milano, 1979, p. 411 y sts.

<sup>795</sup> La “*iniura*” designaba principalmente la antijuricidad del daño causado, esto es, la lesión jurídica. En este sentido D.9,2,49 (Ulp) “*lo que se dice de que el daño causado injustamente se persigue con la Aquilia, habrá de entenderse en el sentido de que se repute daño causado injustamente al que con daño hubiera producido injusticia...*”.

hecho, o causa legal, que refiere a la lesión del derecho de crédito, dando lugar a las correspondientes medidas de protección o tutela; quizás la figura de la rescisión por fraude de acreedores (art. 1.294.3 del Código civil) constituye el supuesto por excelencia de dicha tipicidad de la “*insolvencia*”.

Desde un presupuesto material, correlativo al sentido de lesión jurídica, la aplicación del concepto “*damnum*” es ilustrativa de la lesión económica quedando definido como una “*deminutio o ademptio patrimonii*”, es decir, en este sentido el significado de “*damnum*” se especializa en atención al perjuicio que afecta al patrimonio, implicando una minoración, o pérdida, del mismo<sup>796</sup>. Este aspecto de la noción del daño como “*deminutio patrimonii*” denota la configuración de la “*insolvencia*” como un calificado “*eventus damni*”, en cuanto se refiere a una alteración patrimonial consistente en una disminución significativa de la garantía patrimonial del deudor; cuestión que enlaza con la definición descriptiva de la insolvencia como situación objetiva de insuficiencia patrimonial<sup>797</sup>.

### **3.3.3. La configuración jurídica de la “*insolvencia*” en el Derecho actual**

En los apartados anteriores se ha procedido a analizar el concepto de “*insolvencia*” con referencia a los antecedentes históricos, especialmente en el Derecho romano; así se ha indicado, que desde la perspectiva analítica<sup>798</sup>, la “*insolvencia*” suponía el perjuicio, o lesión, del derecho de crédito, es decir, la pérdida de su efectividad, o de su valor de realización, representada en la insatisfacción del interés patrimonial del acreedor, y desde la perspectiva sintética<sup>799</sup>, era la constatación de la “*insolvencia*” como perjuicio del derecho de crédito, proyectándose a través de las notas de ejecución e insuficiencia patrimonial. También se ha mencionado que, en el campo de los antecedentes históricos, la configuración jurídica de la “*insolvencia*” no se planteó de modo generalizado, sino que se recurrió casuísticamente al mayor abolengo jurídico de otros

---

<sup>796</sup> Así en Digesto, 42, 8, 6, relativo a la restitución de lo hecho en fraude de acreedores, “*del mismo modo decimos que, cuando hay donación, no debe mirarse si se hizo a sabiendas del donatario, sino tan sólo si han resultado defraudados los acreedores, y no parece salir perjudicado el donatario de buena fe, puesto que no le causa un daño, sino que simplemente se le priva de un lucro; pero contra los que han recibido una liberalidad de un insolvente, sin ellos saberlo, la acción se ha de dar en la medida del enriquecimiento, y no más allá*”.

<sup>797</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 106.

<sup>798</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 84.

<sup>799</sup> Ver nota 363.

conceptos; así la sustantividad jurídica de la “*insolvencia*” descansó en la aplicación de conceptos como los de “*periculum*” y “*damnum*” .

¿Cuál es el alcance de la “*insolvencia*” en el Derecho actual?. En respuesta a este interrogante se podría argumentar que el concepto de “*insolvencia*”, desde la perspectiva de su concepción “analítica”<sup>800</sup>, abunda su protagonismo jurídico en la regulación del Código civil; en este sentido el proceso codificador repercute en la plena decantación de la “*insolvencia*” como hecho, o causa legal, determinante de diversos efectos jurídicos tendentes a la protección, o tutela, del derecho de crédito.

Con base al desenvolvimiento de los antecedentes históricos y a su cristalización en la regulación del Código civil, se podrían destacar las siguientes vías de expresión de la eficacia jurídica de la “*insolvencia*” en el Código civil:

- a) Una primera vía de expresión de la eficacia jurídica de la “*insolvencia*” viene representada por todos aquellos supuestos en donde la “*insolvencia*”, como hecho, o causa legal, refiere la lesión del derecho de crédito, dando lugar a las oportunas medidas de protección, o de tutela; así, la autonomía del concepto de “*insolvencia*” descansa en la medida en que sus diversos efectos tienen un fundamento extraconcursal. La configuración jurídica de la “*insolvencia*”, en esta primera vía de expresión, descansa en la tipicidad de la “*insolvencia*” como hecho, o causa legal, que refiere la lesión del derecho de crédito. Desde esta perspectiva, los supuestos a relacionar se presentan como un conjunto de facultades y acciones que, formando parte del contenido natural del derecho de crédito, tienen como finalidad, o función, facilitar su efectividad, o valor de realización, en determinadas situaciones en donde la garantía patrimonial del deudor resulta vulnerada. Sobre la base de esa unidad de sentido y alcance de los diferentes medios de tutela del derecho de crédito, se podrían indicar los supuestos de vencimiento anticipado del art. 1.129 del Código civil (“*Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda ...*”); los de la acción pauliana y subrogatoria del art. 1.111 (“*Los acreedores, después de*

---

<sup>800</sup> Ver nota 363.

*haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”)* y art. 1.291.3 del Código civil (*“Son rescindibles: 3º. Los celebrados en fraude de acreedores, cuanto éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”*); los de rescisión de los pagos hechos en estado de *“insolvencia”* del art. 1.292 del Código civil (*“Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos”*); los de ineficacia de la delegación pasiva de la deuda del art. 1.206 del Código civil (*“La insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida por el deudor al delegar su deuda”*); y la facultad concedida al vendedor en la venta con aplazamiento, o término, de pago del precio, en el art. 1.467 del Código civil (*“Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio”*), para excepcionar la entrega de la cosa ante la *“insolvencia”* del comprador.

- b) Una segunda vía de expresión de la eficacia jurídica de la *“insolvencia”* viene representada por todos aquellos supuestos en donde el Código civil dispone la recíproca cobertura del riesgo de la *“insolvencia”*; son supuestos en los que existen pluralidad de sujetos en la relación obligatoria surgidos de lazos de solidaridad pasiva o comunidad, en donde el perjuicio derivado de la *“insolvencia”* de uno de ellos debe ser soportado, proporcionalmente, por el resto de deudores solidarios o comuneros. En estos supuestos la incidencia de la *“insolvencia”* no refiere la lesión del derecho de crédito, sino que opera una excepción a la regla general que individualiza el riesgo de la solvencia de cara al titular del derecho de crédito, mediante la aplicación de unos fundamentos de corte comunitario. De ahí que se parte de la valoración conceptual de la

“*insolvencia*” como un auténtico y propio riesgo, para pasar a determinar una especial distribución con base a la peculiar estructura y naturaleza de la situación subyacente<sup>801</sup>. En el Código civil se contienen diversos supuestos en los que la incidencia de la “*insolvencia*” determina una recíproca cobertura. Así, en el art. 1.071, en donde “*la obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcional a su respectivo haber hereditario, pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos, en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado*”; en el art. 1.145, párrafo final, “*la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por su codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno*”; y en el art. 1.844, párrafo segundo, “*Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción*”.

- c) Una tercera vía de expresión de la eficacia jurídica de la “*insolvencia*” viene representada por aquellos supuestos en donde la tipicidad de la misma, como hecho, o causa jurídica, se desenvuelve en el marco de una normativa contractual. Se trata de supuestos en donde la incidencia de la “*insolvencia*” forma parte de la tipicidad de determinados negocios jurídicos o contratos. Así el caso de la cesión onerosa del crédito contenido en el art. 1.529 del Código civil (“*..el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública ..*”); y en los supuestos en donde la tipicidad de la “*insolvencia*”, como hecho o causa jurídica, se configura como una de las causas de extinción del contrato, como el art. 1.700. número tercero, del Código civil (“*..La sociedad se extingue: 3. por muerte, insolvencia, incapacidad...de cualquiera de los socios...*”) y el art. 1.732, número tercero, del Código civil (“*El mandato se acaba: 3. por muerte... por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario ..*”).

<sup>801</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, Valencia, 1994, p. 117, indica que parece ser que la primera manifestación de esta recíproca cobertura del riesgo de la insolvencia se dio en la “*actio pro socio*” concretamente en Digesto, 17, 2, 67; en dicho texto ya se observa como la formulación de su fundamento se extrae de las reglas y principios que rigen la comunidad, especialmente de la que establece el trato igual y equitativo en el reparto del daño acontecido.

¿En que vía de expresión de la eficacia jurídica de la “*insolvencia*” se ubicaría la referida en el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil?. En principio parece que debería descartarse la segunda vía (reparto de los riesgos) que no encaja en dicho precepto. En cuanto a la “*insolvencia*” referida en la tercera vía (contractual) tampoco parece ser la referida en el precepto, ya que en dicho supuesto segundo del art. 1.843 Código civil la “*insolvencia*” no faculta al fiador para rescindir, o finalizar, ninguna relación jurídica sino para accionar frente al deudor principal para que le releve de la fianza o constituya una caución, o garantía, para asegurarle el buen fin de su derecho de reembolso. Por ello, parece, que la solución hay que encontrarla en que el encaje de la “*insolvencia*” referida en el supuesto segundo del art. 1.843 del Código civil en la primera vía de expresión, es decir, es causa para evitar la lesión del eventual derecho de crédito del fiador frente al deudor principal, para lo cual articula el art. 1.843, “*in fine*” del Código civil diferentes medios de tutela, como son las acciones de liberación y de garantía.

Es decir, en el Código civil, a diferencia de lo acontecido en los antecedentes históricos, especialmente en el Derecho romano, en donde el concepto de la “*insolvencia*” venía absorbido por otros conceptos jurídicos, como los de “*periculum*” y “*damnum*”, contempla la relevancia jurídica de dicho hecho jurídico en diversos apartados de su contenido. No obstante, la regulación de la “*insolvencia*” en el Código civil no se presenta de un modo sistemático debido a los distintos procesos de cristalización de su configuración jurídica<sup>802</sup>.

En consecuencia, la “*insolvencia*” se presenta en nuestro ordenamiento como un hecho, o causa legal, que incide en la relación obligatoria determinando una suerte de consecuencias jurídicas. Así, la configuración jurídica de la “*insolvencia*”, como causa legal, denota una clara peculiaridad, pues la delimitación de su significado y alcance viene establecida directamente por la propia norma; en este sentido la “*insolvencia*” se presenta como una causa legal, o típica, ya que tanto en cuanto a su incidencia, como sus efectos, vienen regulados por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el cauce de

---

<sup>802</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 119, indica que el proceso codificador trajo consigo la plena decantación de la eficacia jurídica de la “*insolvencia*”..

expresión más significativo de su tipicidad en el Código civil se refiere a la lesión del derecho de crédito, dando lugar a las correspondientes medidas de protección, o tutela.

De la “*insolvencia*”, desde su función genérica de hecho, o causa jurídica, generador de efectos jurídicos, podrían deducir dos consecuencias. La primera, que la “*insolvencia*” está sujeta a una valoración normativa, lo que supone que la regulación de sus efectos viene determinada directamente por la propia norma que la contempla y, en consecuencia, se excluye la autonomía de voluntad como cauce de graduación de sus efectos jurídicos; este hecho se ve claro en los casos en los que la tipicidad de la “*insolvencia*” se refiere a la lesión del derecho de crédito, así, en el art. 1.129.1 del Código civil (“*Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1.- Cuando después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda..*”), en el que la autonomía de la voluntad determina la oportunidad o no de utilizar la norma pero no los efectos jurídicos (vencimiento anticipado) que vienen determinados por la propia norma. En segundo lugar, que dichos efectos jurídicos, que traen causa de la “*insolvencia*”, tienen como objeto específico la tutela del derecho de crédito. Dicha tutela viene especificada en atención a la efectividad, o valor de realización del derecho de crédito, de modo que la realidad de sus efectos no se proyectan directamente sobre la exigencia de cumplimiento de la prestación, sino sobre la satisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente a la constitución del derecho de crédito; así, la garantía excluye la constatación de la “*insolvencia*” como lesión del derecho de crédito ya que, a pesar de darse una situación de insuficiencia patrimonial del deudor, la posible satisfacción del acreedor viene asegurada a través de una garantía suficiente de la obligación y, en consecuencia, dichas situaciones quedan al margen de la tipicidad legal de la “*insolvencia*”, al no poder constatarse en dichos casos lesión alguna del derecho de crédito. En este sentido, por ejemplo, los art. 1.129.1 (“*Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1.- Cuando después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.....*”) y art. 1.467 del Código civil (“*..Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido..*”).

Por otro lado, la tutela desplegada con base a la tipicidad de la “*insolvencia*” comprende todo tipo de obligaciones, con independencia del contenido de su correspondiente objeto; así, el objeto de protección, o tutela, puede referirse tanto a obligaciones de dar (tanto de cosa específica como de cosa genérica), como a obligaciones pecuniarias<sup>803</sup>. En este sentido, ¿también entran dentro del objeto de protección las obligaciones de hacer y las de no hacer?. La duda, especialmente en el supuesto de que la tutela lo sea el vencimiento anticipado del art. 1.129.1 del Código civil, se podría resolver si el objeto de la tutela no viene representado, directamente, por el cumplimiento de la prestación debida, sino que se dirige a la efectividad, o valor de realización, del derecho de crédito. Así, la satisfacción de interés patrimonial del acreedor va a depender en última instancia de la capacidad patrimonial, o solvencia, del deudor, tanto en aquellos casos en los que el procedimiento de ejecución forzosa permita que lo indebidamente no hecho o hecho pueda realizarse o deshacerse a costa del deudor, como en aquellos casos en que dicho proceso de ejecución se concrete en un equivalente pecuniario o en la indemnización de daños y perjuicios<sup>804</sup>.

También, la tutela derivada de la “*insolvencia*”, como lesión del derecho de crédito, no sólo se proyecta en la relación obligatoria con independencia del tipo de obligación, sino también con independencia de la condición civil o mercantil de la obligación o del deudor; así, parece deducirse del contenido del art. 1.129 del Código civil al centrar sus efectos en la protección del derecho de crédito sin distinguir el tipo de obligación o la condición del deudor<sup>805</sup>.

---

<sup>803</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 122.

<sup>804</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 123.

<sup>805</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 123, cuando indica que “*La tipicidad de la insolvencia como hecho o causa legal presenta una clara autonomía, tanto en su vertiente conceptual como en la función de sus efectos, que no puede quedar confundida con los procedimientos concursales. En este sentido, la determinación de sus efectos obedece a un fundamento propio y específico que surge de la misma relación obligatoria y se concreta en la responsabilidad patrimonial del deudor. Por lo tanto, reconocida la autonomía e independencia de la insolvencia como hecho o causa legal determinante de efectos jurídicos no hay inconveniente alguno en señalar, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.3 del Código civil y 2 y 50 del Código de comercio, la procedencia del vencimiento anticipado de las obligaciones de naturaleza mercantil por aplicación del art. 1129.1 del Código civil*”. BRUNETTI, G., *Diritto Fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 304, es de la opinión contraria a la aplicación del vencimiento anticipado de la obligación dispuesto en sede civil respecto de las obligaciones de naturaleza mercantil.

La realidad, o constatación, de la tipicidad de la “*insolvencia*”, como hecho o causa legal que refiere la lesión del derecho de crédito, viene determinada de un modo objetivo, de forma que su valoración normativa lleva implícita una responsabilidad del deudor que prescinde de cualesquier otra consideración en orden a la posible incidencia del comportamiento del deudor; la terminología que emplea el Código civil en la descripción de la “*insolvencia*”, como hecho o causa legal, denota este aspecto de su determinación objetiva. Así en la expresión “*resultar insolvente*”, contenida en los art. 1.071, 1.129 y 1.139 del Código civil, la determinación de la “*insolvencia*” se presenta como el resultado de un “*eventus damni*”, esto es, como una situación objetiva de lesión producida por el posterior acaecimiento de un cualificado riesgo, o peligro. En este mismo sentido, de la expresión “*estado de insolvencia*”, contenida en los art. 1.292 y 1.829 del Código civil, resulta su determinación objetiva como referencia a la situación de insuficiencia patrimonial del deudor<sup>806</sup>.

Por otro lado, la independencia, o autonomía, del concepto de “*insolvencia*” viene avalada por su configuración jurídica de hecho, o causa legal, determinante de efectos jurídicos<sup>807</sup>. La elaboración de su concepto se ha realizado desde un plano eminentemente doctrinal; así, el Código civil no aborda la definición de la “*insolvencia*” en ninguno de los preceptos en los que ésta viene contemplada. No obstante, ello hay que entenderlo desde su perspectiva “analítica”,<sup>808</sup> y no desde la concepción sintética<sup>809</sup>; desde ésta última concepción se encuentra la definición del art. 1.913 del Código civil “*el deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida*”, artículo que ha sido derogado por la Ley 22/2003 del 9 de julio (“Ley Concursal”). A su vez en el art. 2 de la “Ley Concursal” se indica que “*se encuentra en estado de insolvencia el deudor*

<sup>806</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 124.

<sup>807</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 127, estima que la definición de un concepto jurídico es una tarea que corresponde propiamente al ámbito doctrinal.

<sup>808</sup> La insolvencia, desde la concepción analítica, esto es desde la certeza o esencia del término, refiere un específico supuesto de lesión del derecho de crédito que da lugar a medidas de protección.. Así ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 128.

<sup>809</sup> La concepción sintética de la insolvencia colorea la anterior faceta analítica, refiriendo su significado a la situación patrimonial del deudor como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito. Desde esta concepción la insolvencia designa la incapacidad de un patrimonio para cubrir el importe de sus deudas, es decir, la situación objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor; ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 84.

que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, es decir, que la “insolvencia” viene contemplada como un resultado objetivo derivado de la situación deficitaria del patrimonio del deudor<sup>810</sup>. Es decir, si la “insolvencia” supone la lesión del derecho de crédito en orden a su efectividad, o valor de realización, su constatación como perjuicio tiene que ponderarse necesariamente en atención a la capacidad y el valor de realización que presente la garantía patrimonial del deudor.

La eclosión de la cuestión de la “insolvencia”, propiamente dicha, acontece en el panorama jurídico en un contexto histórico relativamente reciente, en torno al proceso codificador, y a través de planteamientos doctrinales que tienen como común denominador la proyección natural del concepto de “insolvencia” con los procedimientos concursales<sup>811</sup>. Así, en el ámbito civil, la sustantividad del concepto de “insolvencia” no se planteó desde el punto de vista de su definición, sino respecto de su posible aplicación autónoma con independencia de un fundamento concursal; dicho planteamiento se presentó como una cuestión novedosa surgida del propio debate codificador a propósito del vencimiento anticipado de la obligación, ex. art. 1.188 del Código civil francés de 1804. En el ámbito mercantil, la cuestión de la “insolvencia” se planteó de una forma instrumental, esto es, como una reacción doctrinal en contra del alcance de la cesación de pagos como presupuesto objetivo de la quiebra, consagrada por el Código civil francés de 1807 en su art. 441. En ambos ámbitos la sustantividad del concepto de “insolvencia” queda delimitado en orden a su diferenciación con los procedimientos concursales.

La doctrina civilista<sup>812</sup>, en general, es partidaria de la distinción en la medida en que la “insolvencia” no puede considerarse como un concepto equivalente a los procedimientos concursales<sup>813</sup>; fundamenta dicho postulado en atención a la validez de

---

<sup>810</sup> DIEZ PICAZO, *El pago anticipado*, Revista de Derecho mercantil, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre 1959, p. 37 y sts., comentando el derogado art. 1913 del C.c. indica que “dicha fórmula no debe tomarse en su más simple sentido contable, sino que debe quedar reflejada en un pasivo exigible mayor que el activo realizable.

<sup>811</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 129.

<sup>812</sup> Cita por ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanc, Valncia, 1994, p. 130.

<sup>813</sup> Así DIEZ PICAZO, *El pago anticipado*, Revista de Derecho mercantil, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre, 1959, p. 70 y sts; MONTES PENADES, *De las obligaciones a plazo, Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XV, vol. 2, Madrid, 1981, p. 131 y sts.; CLEMENTE MEORO, *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, p. 90 y sts.

dos proposiciones con idéntica conclusión; que la “*insolvencia*” no es necesariamente concurso o quiebra<sup>814</sup> y que, el concurso o la quiebra, no suponen necesariamente “*insolvencia*”.

Con respecto a la primera proposición (“*la insolvencia no es necesariamente concurso o quiebra*”), se argumenta, en primer lugar, que el concurso o la quiebra, como procedimientos de ejecución colectiva, presuponen una pluralidad de acreedores, mientras que la “*insolvencia*” puede darse con un único acreedor, lo que supone que en el ejercicio de las facultades y acciones, relacionadas con la tipicidad legal de la “*insolvencia*”, cada acreedor viene individualmente legitimado en base a su propia condición de acreedor, sin requerir como presupuesto subjetivo de legitimación activa una pluralidad, o colectividad, de acreedores<sup>815</sup>. En segundo lugar, se argumenta que el concurso o la quiebra son situaciones judicialmente declaradas, mientras que la “*insolvencia*”, como hecho objetivo, puede existir antes de toda declaración judicial; en este sentido la “*insolvencia*”, como lesión del derecho de crédito, no precisa de una anterior y específica declaración judicial, ya que su acreditación puede realizarse en el correspondiente juicio en donde se actúe la pretensión de tutela. Así, lo ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencias 25/2004 del 30 de enero, 29 de marzo del 2001 y 309/2003 del 1 de abril, entre otras. El tercer lugar se argumenta que si la “*insolvencia*” requiriese de una situación concursal carecería de sentido el supuesto de vencimiento anticipado del art. 1.129.1 del Código civil (“... *Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo ...*”), teniendo en cuenta que el art. 61 de la “Ley Concursal” (“.. *La declaración de concurso, por si sola no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte....*”) establece la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas a pesar de la declaración del concurso, que sólo vencerán anticipadamente, según el art. 146 de la “Ley Concursal”, con la apertura de la fase de liquidación<sup>816</sup>.

---

<sup>814</sup> Ahora con la Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal”) se refunden en un solo procedimiento, junto con la suspensión de pagos y la quita y espera.

<sup>815</sup> ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 130.

<sup>816</sup> MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, Madrid, 1901, p. 388, con referencia a los derogados art. 1915 del C.c. y art. 883 del Código de comercio, en los que se declaraba el vencimiento anticipado en los casos de concurso de acreedores y quiebra, indica que en el supuesto de vencimiento anticipado de la obligación del art. 1129.1 del C.c. el recurso que asiste al deudor de poder enervar el vencimiento anticipado garantizando la deuda, profundiza en dicha distinción, ya que el deudor no lo podría efectuar en caso de haberse declarado en concurso o quiebra.

No obstante los anteriores argumentos utilizados por la doctrina, lo cierto es que, en realidad, no se aborda directamente la sustantividad del concepto de “*insolvencia*”. Es decir, tanto la pluralidad de acreedores, como presupuesto subjetivo de los procedimientos concursales, como la necesaria declaración judicial para las situaciones concursales, se presentan como circunstancias representativas del distinto régimen de aplicación a que da lugar la “*insolvencia*”, pero sin que ello signifique una nota cualitativa de su concepto<sup>817</sup>.

En este sentido, en el procedimiento concursal el correspondiente auto no declara judicialmente la “*insolvencia*” del deudor, sino, entre otros pronunciamientos, la apertura del procedimiento concursal. Del mismo modo, en el ámbito extra concursal, la correspondiente sentencia tampoco declara judicialmente la “*insolvencia*” del deudor, sino que tiene por objeto, según las circunstancias del caso, la pertinente medida de protección, o tutela, interesada, según la correspondiente norma; así, la “*insolvencia*”, judicialmente declarada, significa, en rigor, que dicha “*insolvencia*”, como hecho o causa legal prevista por la norma, ha resultado probada en el correspondiente juicio en donde se ventila la pretensión. En consecuencia, la declaración judicial por sí misma no representa un elemento, o nota, cualitativa de la definición de la “*insolvencia*”<sup>818</sup>.

En cuanto a la segunda proposición (“*el concurso o quiebra*<sup>819</sup> *no suponen necesariamente insolvencia*”), se insiste en lo más arriba mencionado en el sentido de que la declaración judicial de concurso<sup>820</sup> no entraña la “*insolvencia*” del deudor, ya que para que la situación de concurso sea declarada basta con que se de una cesación general de pagos; así según el art. 2 de la “Ley Concursal” “*...se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones*”

---

<sup>817</sup> Así ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 132.

<sup>818</sup> En este sentido argumento por ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia 1994, p. 135.

<sup>819</sup> Ver nota 379.

<sup>820</sup> En el art. 21 de la “Ley Concursal” se relacionan los pronunciamientos que puede contener en auto de declaración de concurso, y entre ellos, el carácter necesario o voluntario del concurso.

*exigibles*”<sup>821</sup>. En consecuencia, la “*insolvencia*..” y el procedimiento concursal no tienen que venir necesariamente identificados en todo caso.

La concepción teórica de la “*insolvencia*” surge en el campo mercantilista como una reacción doctrinal contra la cesación de pagos como presupuesto objetivo de la quiebra; BONELLI fue el artífice de su teorización, a través de su “*estado de insolvencia*”, como categoría conceptual.

La doctrina de BONELLI tiene como punto de partida un plantamiento de corte dogmático. Se trata de lograr una definición de “*insolvencia*” comprensiva del propio procedimiento de quiebra, de suerte que el concepto resultante no sólo opere como presupuesto causal de dicho procedimiento, sino que además lo delimite y configure, dando lugar a la equiparación entre las nociones de “*insolvencia*” y quiebra. En este sentido, la principal consecuencia que se extrae de este planteamiento está en consonancia con la finalidad perseguida, es decir, el carácter exclusivo y excluyente de la “*insolvencia*” como presupuesto justificativo de la quiebra<sup>822</sup>.

Para fundamentar el desarrollo de su teoría, reconduce la figura de la cesación de pagos al incumplimiento, propiamente dicho. Una vez asentada dicha premisa, desarrolla la diferenciación sobre la base de la distinta naturaleza de los conceptos. Así, mientras que el incumplimiento viene definido, desde el plano de su realidad jurídica, como un acto jurídico, la “*insolvencia*” viene definida, desde el plano estrictamente económico, como un estado propio del patrimonio. BONELLI sostiene que el “*estado de insolvencia*” no es una creación legal, sino un puro fenómeno económico traído de la realidad que guarda relación con el patrimonio de una persona; en palabras de BONELLI, es “*un estado o modo de ser de un patrimonio*”, definiendo a la “*insolvencia*” como “*aquel estado del patrimonio de una persona, por el que ésta se revela impotente para hacer frente a las deudas que lo gravan*”<sup>823</sup>; quedando la cesación de pagos reducida a un mero signo externo de la posible impotencia patrimonial del deudor. El “*estado de insolvencia*” de BONELLI, como elemento conceptual, se perfiló como un concepto

<sup>821</sup> En el art. 874 del Código de Comercio, derogado por la Ley 22/2003 de 9 de julio se indicaba que “*se considera en estado de quiebra el comerciante que sobreesee en el pago corriente de sus obligaciones*”; motivo que en la actualidad está recogido en el art. 2.4 apartado 1º de la Ley 22/2003 de 9 de julio.

<sup>822</sup> ORDUÑA MORANO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 140.

<sup>823</sup> BONELLI, *Del fallimento*, t. VIII, del Comentario al Codice di Commercio, Milan, p. 4 y sts.

idóneo de cara al moderno tratamiento de las cuestiones de la insolvencia en materia concursal<sup>824</sup>.

ORDUÑA MORENO<sup>825</sup>, sin negar la importancia de la perspectiva económica que subyace en el fenómeno de la “*insolvencia*”, señala que desde el plano conceptual la teorización de BONELLI presenta serios obstáculos tanto en su desarrollo lógico-jurídico como en su fundamentación positiva. Afirma, el citado autor, que las incorrectas conclusiones de la teoría de BONELLI tienen como vicio argumental la defensa a ultranza del carácter exclusivamente económico del concepto de “*insolvencia*” manifestado en torno al denominado “*estado de insolvencia*” como categoría conceptual<sup>826</sup>.

En realidad indica que la “*insolvencia*” no debe reducirse a una mera situación económica carente de transcendencia jurídica, sino que se trata de un hecho, o circunstancia legal, del que se derivan una pluralidad de efectos jurídicos en atención a los supuestos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico. En la diferenciación de la “*insolvencia*” con respecto al incumplimiento a de tenerse en cuenta su distinta naturaleza jurídica. Así, el incumplimiento viene calificado, por la teoría general de los hechos jurídicos, como un acto jurídico, es decir, que la producción de sus efectos viene determinada por la voluntad del deudor y puede obedecer a diversas causas, bien de orden subjetivo (incumplimiento voluntario, incumplimiento por error, etc) o de orden objetivo (insuficiencia de medios); en ambos ordenes la voluntariedad del incumplimiento refiere genéricamente la infracción del deber jurídico que el deudor tiene de cumplir. En la configuración jurídica de la “*insolvencia*” este esquema no es aplicable. De esta forma la relación “incumplimiento-infracción” implica cuestionar la responsabilidad del deudor, es decir, valorar su comportamiento y la posible imputación del resultado de la infracción.

---

<sup>824</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994., p. 141. La doctrina mercantilista italiana, seguidora de los posturados de BONELLI, pretenden confirmar su plasmación legal a tenor del art. 5 de la Ley de Quiebras italiana de 1942 que alude expresamente al “*estado de insolvencia*”. En la doctrina más reciente FERRARA, *Fallimento*, Milano, 1974 p. 128, PELLEGRINO, *Lo statu di insolventa*, Papua, 1980, p. 155, SATTI, *Diritto Fallimentare*, 2ª edic, Padova, 1990, p. 43, parten de los postulados de BONELLI para definir la insolvencia como “*el estado de impotencia patrimonial del deudor para satisfacer regularmente sus obligaciones*”.

<sup>825</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 143.

<sup>826</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, Valencia, 1994, pág. 144.

Continua indicando el citado autor que, a diferencia del incumplimiento, la realidad jurídica de la “*insolvencia*” viene manifestada en orden a su naturaleza de hecho jurídico, lo que significa, que la producción de sus efectos no viene determinada por la voluntad del deudor, sino por la prueba de su acaecimiento. La “*insolvencia*”, en cuanto hecho jurídico, está sujeta a una valoración normativa, lo que supone que la regulación de sus efectos jurídicos viene establecida directamente por la norma jurídica, por ello, la autonomía de la voluntad viene excluida como cauce de graduación de dichos efectos.

La diferenciación de los conceptos incumplimiento e “*insolvencia*”, dada su distinta naturaleza jurídica, no sólo es operativa en el ámbito subjetivo de la responsabilidad del deudor (binomio “incumplimiento-infracción”) cuya principal proyección se encuentra en el deber de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento (art. 1101 del Código civil “ *..Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella..*”), sino que también se aprecia en ámbito objetivo del incumplimiento (binomio “incumplimiento-insatisfacción”); así, desde esta perspectiva el incumplimiento especifica su significado en atención al resultado objetivo representado por la insatisfacción, o frustración, de la expectativa del acreedor en orden a la prestación debida.

Desde esta perspectiva de la “insatisfacción” del acreedor puede valorarse también la distinta función que desempeñan el incumplimiento y la “*insolvencia*” en la relación obligatoria. Así, tanto en el caso de que la insatisfacción del acreedor no sea definitiva, es decir, que la perturbación de la prestación no sea determinante de su imposible realización, como en el caso contrario, es decir, que la efectiva insatisfacción del acreedor dé lugar a una indemnización, la tutela derivada del incumplimiento (por ejemplo la ejecución forzosa) tiene como objeto específico el cumplimiento de la prestación debida. En cambio la “*insolvencia*”, como hecho, o causa legal, determinante de efectos jurídicos no se sitúa en la coordenada anterior, ya que su objeto específico de tutela no es la adopción del comportamiento debido por parte del deudor, sino la salvaguarda del interés patrimonial del acreedor inherente a la constitución del crédito,

lo que supone que la efectividad, o el valor de realización, del derecho de crédito constituye un bien jurídico objeto de tutela<sup>827</sup>.

Es decir concluye el citado autor que, por su distinta naturaleza jurídica, el incumplimiento y la “*insolvencia*” presentan una distinta función en la dinámica de la relación obligatoria con sus respectivos efectos jurídicos. Así, aunque ambos conceptos gravitan en torno a la responsabilidad del deudor, sus respectivos efectos tienen un específico objeto de tutela en el marco de la defensa del derecho de crédito; mientras que el incumplimiento se concreta en la perturbación de la prestación establecida por las partes, fundando la pretensión de cumplimiento de la prestación debida, la “*insolvencia*” toma cuerpo en la alteración de la garantía patrimonial del deudor que es soporte de la efectividad del crédito, dando lugar a las correspondientes medidas de protección, o de tutela, tendentes a facilitar las expectativas de satisfacción patrimonial del acreedor.

En este sentido, es de notable aceptación por parte de la doctrina mercantilista la afirmación categórica de que “*hay incumplimiento sin insolvencia e insolvencia sin incumplimiento*”<sup>828</sup>. En cuanto a la primera proposición (“*hay incumplimiento sin insolvencia*”), teniendo en cuenta que el incumplimiento, como acto jurídico, puede obedecer a causas subjetivas, por ejemplo el incumplimiento voluntario o por error, sin que concurra una causa objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor, podría concluirse que es correcta. No parece que ocurra lo mismo lo mismo con la segunda proposición (“*hay insolvencia sin incumplimiento*”) si se tiene en cuenta la función normativa de la “*insolvencia*”. En este sentido la tipicidad de la “*insolvencia*”, como hecho, o causa legal, determinante de efectos jurídicos, tiene como punto de partida la lesión del derecho de crédito en orden a su posible efectividad, o valor de realización. De esta forma, en el ámbito extraconcursal, dada la salvaguarda del fundamento de aplicación, (lesión del derecho de crédito) en el caso de cumplimiento de la obligación, ya sea realizado por el propio deudor o por un tercero (art. 1158 del Código civil), así como en el caso del otorgamiento de una garantía suficiente, se excluye la calificación jurídica de “*insolvencia*”. Así, en el art. 1.129 del Código civil se establece que “

<sup>827</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 148.

<sup>828</sup> Citada por ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 150.

..Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda...”. El anterior razonamiento para el ámbito extraconcursal, también es válido en el concursal, de modo que en la medida en que el deudor realice el cumplimiento de sus obligaciones, esto es, no se produzca la cesación de pagos, queda excluida la calificación jurídica de “insolventia”, con independencia de que efectivamente se halle en una objetiva situación de insuficiencia patrimonial<sup>829</sup>. En este sentido el art. 2.2 de la “Ley Concursal” establece que “ ..Se encuentra en estado de insolventia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles..”. De esta forma, el incumplimiento de las obligaciones se presenta como un “*prius lógico*” para el desencadenamiento no sólo de las consecuencias previstas para la “insolventia” en general, sino también para la oportuna constatación del procedimiento concursal.

Por otro lado, la “insolventia”, con independencia de su proyección económica, no constituye, en rigor, un “estado del patrimonio”, si por dicha expresión se entiende, tal como sustentan los partidarios de su concepción económica, la representación de una situación jurídica identificable con la situación concursal<sup>830</sup>. La tipicidad de la “insolventia” se sustenta en el plano de su configuración como hecho, o causa jurídica, que es determinante de efectos jurídicos, y no de situaciones jurídicas, resultado que depende de la correspondiente declaración de concurso que es, en rigor, la que determina la nueva situación jurídica del deudor<sup>831</sup>, que no es la de “insolvente”, sino la de concursado. En este sentido el Código civil en los art. 1.071, 1.129, 1.139 y 1.844 incide en esta distinción al referirse a la “insolventia” con la expresión “..resultar o venir insolvente..”, es decir, como un acaecimiento de un evento sobrevenido<sup>832</sup>.

<sup>829</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolventia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 151.

<sup>830</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolventia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 156.

<sup>831</sup> En el art. 21 de la “Ley Concursal” se detallan los pronunciamientos que contendrá el auto de declaración de concurso, entre otros, el carácter necesario o voluntario del concurso, los efectos sobre las facultades de administración y disposición respecto de su patrimonio, medidas cautelares.

<sup>832</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolventia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 156, menciona que en los supuestos en donde en Código civil emplea la expresión “estado de insolventia” (por ejemplo art. 1292 C.c.) dicha fórmula responde a la descripción de la insolventia como hecho o circunstancia determinante de la lesión del derecho de crédito, utilizando una referencia circunstancial ilustrativa del presupuesto material de la lesión: la objetiva situación de insuficiencia patrimonial del deudor; pero, en modo alguno, encierra una concepción económica de la insolventia.

Las consecuencias jurídicas a que lleva la teoría de BONELLI<sup>833</sup>, es decir, la identificación de la noción de la “*insolvencia*” con los procedimientos concursales y la determinación subjetiva de la misma, presenta un claro divorcio con la realidad normativa de nuestro sistema concursal, en la medida en que la concepción, puramente económica, de la “*insolvencia*” se sitúa en contra del espíritu de la ley. Así se puede observar como el art. 2.4 de la “Ley Concursal” establece como uno de los fundamentos de la declaración necesaria de concurso el “.. *incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período ...*”.

Con respecto a la primera consecuencia (“*identificación de la noción de la insolvencia con los procedimientos concursales*”) la sustantividad del concepto de “*insolvencia*” no puede confundirse con otros conceptos concomitantes; la “*insolvencia*”, como causa jurídica, no puede identificarse con la consecuencia jurídica que determina el concurso, ni viceversa<sup>834</sup>. La delimitación técnica de la “*insolvencia*” responde a su sustantividad jurídica, esto es, a su configuración como un cualificado hecho, o causa jurídica, a la determinación de un específico objeto de tutela, cual es, la efectividad, o el valor de realización del derecho de crédito; en el derecho concursal dicha sustantividad del concepto de “*insolvencia*” no tiene por que ser alterada, subsumiendo su significado y alcance en la generalidad de la noción de concurso<sup>835</sup>. El derecho positivo es ilustrativo en este sentido, ya que el ámbito de aplicación del concurso no viene delimitado en base a un único presupuesto sino que viene en atención a una pluralidad de presupuestos objetivos de concurso que, de modo alternativo, pueden dar lugar al concurso<sup>836</sup>. En

---

<sup>833</sup> La insolvencia viene definida desde el plano estrictamente económico, como un estado propio del patrimonio. Así se define como “*aquel estado del patrimonio de una persona, por el que ésta se revela impotente para hacer frente a las deudas que logran*”. ORDUNA MORENO, F.J., *La Insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994. p. 141, critica la definición propugnada por BONELLI indicando que erra en su postulado central: el carácter meta-jurídico del estado de insolvencia; en efecto, la insolvencia no puede definirse como una mera situación económica carente de trascendencia jurídica, sino que, por el contrario, se trata de un hecho o circunstancia legal que determina una pluralidad de efectos en atención a los supuestos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico.

<sup>834</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 158.

<sup>835</sup> Ver nota 399.

<sup>836</sup> Así en el art. 2 de la Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal”) se indica a título enunciativo el sobreseimiento general en el pago corriente, existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio, alzamiento o liquidación apresurada, y el incumplimiento

consecuencia, la identificación entre las nociones de “*insolvencia*” y concurso parece que no es procedente en el campo jurídico<sup>837</sup>.

En cuanto a la “*determinación subjetiva de la insolvencia*”, dicha consecuencia jurídica del planteamiento de BONELLI, es producto de la concepción puramente económica del “estado de insolvencia” como categoría conceptual, dando lugar a una definición de “*insolvencia*” en el sentido de impotencia patrimonial del deudor para satisfacer regularmente sus obligaciones<sup>838</sup>. El carácter indeterminado de la teoría de BONELLI, reflejado en su expresión “*impotencia patrimonial del deudor*”, tuvo como consecuencia práctica la relatividad de la determinación de la “*insolvencia*” manifestada en orden a la valoración económica de la empresa como criterio determinante de la posible declaración de quiebra. Así, en el contexto doctrinal de BONELLI la “*determinación subjetiva de la insolvencia*”, esto es, con arreglo a las circunstancias económicas de la empresa, quedó establecida principalmente en atención a la valoración del crédito como dato relevante para el esclarecimiento de una real situación de desarreglo económico.

En general, el Tribunal Supremo no se ha ocupado de la configuración, o delimitación, del concepto de “*insolvencia*”. Su jurisprudencia, alejada de la problemática que plantea su definición, ha seguido la tónica de su concepción a través de la formulación como “cuestión de hecho”<sup>839</sup>. En todo caso, la línea predominante en la doctrina del Tribunal Supremo establece la determinación de la “*insolvencia*” en el orden objetivo de la insuficiencia, o incapacidad, patrimonial del deudor para cubrir el importe de sus deudas, flexibilizando su prueba a través del relevante indicio de la no existencia de

---

generalizado de un tipo determinado de obligaciones, como son cuotas de la seguridad social, salarios e indemnizaciones y obligaciones tributarias de los tres meses anteriores.

<sup>837</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 160.

<sup>838</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 160, indica que más bien, en el plano de su determinación o constatación, su carácter subjetivo obedece a la configuración indeterminada de su formulación. Aunque dicha configuración corresponde a la mayor parte de los conceptos jurídicos, no obstante, la concepción económica de la insolvencia, esto es, su definición como “impotencia patrimonial” extrema tal condición al subordinar su prueba o constatación en orden a la valoración de las circunstancias económicas de la empresa. Como quiera que dicha valoración, a su vez, no se haya precisada de un modo general a través de delimitación normativa alguna, sino que depende de una compleja valoración de factores económicos de apreciación casuística, se produce una clara discrecionalidad “libre de trabas” que se traduce en un personal juicio de valor del juzgador acerca de la constatación de la situación de insolvencia del deudor; respondiendo, en este sentido, la determinación subjetiva de la insolvencia.

<sup>839</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 166.

bienes libres, conocidamente suficientes, para cubrir el importe de la cantidad reclamada. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 19 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan, se indica, en un caso rescisión por fraude de acreedores, que “...*La nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso..... Tanto la existencia del fraude como la realidad o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor son puras cuestiones de hecho, sometidas a través de la valoración de la prueba, a la exclusiva competencia del Tribunal de instancia ..... Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo (deudor) no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectados a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido ....*”. En este mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 10/2005 (Sala de lo Civil –Sección 1ª) de 21 enero, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; núm. 25/2004 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández; núm. 309/2003 (Sala de lo Civil) de 1 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; núm. 303/2004 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 21 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; 1257/2002 (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela; núm. 1142/2000 (Sala de lo Civil) de 13 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; núm. 1019/2002 (Sala de lo Civil) de 31 de octubre, ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández; núm. 1150/2001 (Sala de lo Civil) del 11 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Luis-Martínez Calcerrada y Gómez.

Desde esta perspectiva (lesión del derecho de crédito), representativa de la principal vía de expresión de la “*insolvencia*” en el Código civil, la función de tutela desplegada por la correspondiente norma se especializa en atención a un objeto específico de tutela, cual es la efectividad, o valor de realización, del derecho de crédito como exponente de

un contenido patrimonial; de ahí, que los efectos jurídicos tengan como referente lógico la garantía patrimonial del deudor (art. 1911 del Código civil).

La heterogeneidad de los supuestos que el ordenamiento jurídico toma en consideración respecto de la tipicidad de la “*insolvencia*” como lesión del derecho de crédito supone una dificultad para su sistematización; unas veces se presentan como meras facultades del derecho de crédito y, en otras, como verdaderas acciones con sus respectivos regímenes jurídicos. Así, por ejemplo, en el supuesto de vencimiento anticipado del art. 1.129 del Código civil (“*..Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda...*”) el efecto derivado de la tipicidad de la “*insolvencia ..*”, como hecho, o causa jurídica, se configura como una facultad del acreedor; en el supuesto de rescisión por fraude de acreedores del art. 1111 y art. 1.291.3 del Código civil (“*Son rescindibles: 3. los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba...*”), el efecto jurídico (rescisión negocio jurídico) derivado de la “*insolvencia*” no opera automáticamente, se parte de la validez del acto, o negocio jurídico, y el poder conferido al acreedor no se articula mediante una simple facultad jurídica, sino que se configura como un específico poder de impugnación, consistente en el ejercicio de una acción personal que permite a los acreedores atacar la eficacia de los actos fraudulentos celebrados por el deudor. No obstante, pese a la distinta naturaleza jurídica que presentan estos supuestos, la tipicidad de la “*insolvencia*”, como hecho o causa legal, que determina la lesión del derecho de crédito, exterioriza una función común a todos ellos que les confiere una unidad de sentido y de alcance<sup>840</sup>.

Es decir, los anteriores supuestos se presentan como un conjunto de facultades y/o acciones que formando parte del contenido natural el derecho de crédito tienen como función facilitar o tutelar, su efectividad, o valor de realización, ante determinadas situaciones en donde la garantía patrimonial del deudor resulta vulnerada; de tal modo, que esta unidad de sentido respecto del objeto específico de tutela situa como centro de

---

<sup>840</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 172, indica que, sin desconocer el diferente régimen jurídico que disciplina su respectivo ejercicio, se puede afirmar que dichas facultades y acciones forman parte de un contenido natural del derecho de crédito que tiene como específico objeto de tutela la efectividad o el valor de realización del derecho de crédito, esto es, la tutela del interés patrimonial del acreedor inherente a la constitución del crédito.

gravidad del conjunto referido a la responsabilidad patrimonial del deudor, cuya finalidad primordial se dirige hacia la satisfacción patrimonial de los acreedores<sup>841</sup>.

Teniendo en cuenta este específico objeto de tutela, los efectos derivados de la tipicidad de la “*insolvencia*” como hecho, o causa legal, que refiere la lesión del derecho de crédito no se sitúan en la coordenada determinada por el incumplimiento de la obligación. Tanto si se toma la faceta “incumplimiento-infracción” (deber indemnización de los daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento) como “incumplimiento-insatisfacción” (frustración del programa de prestación debida), la tutela derivada con ocasión del deber de cumplimiento de la obligación en las dos facetas (“incumplimiento-infracción” e “incumplimiento-insatisfacción”) se diferencia técnicamente de la dispensada con ocasión de la “*insolvencia*” como lesión del derecho de crédito, cuyo objeto específico de tutela es la satisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente a la constitución del derecho de crédito.

La tipicidad de la “*insolvencia*”, esto es, su autonomía como hecho, o causa jurídica, que refiere la lesión del derecho de crédito, interviene activamente en la fase, en expresión de la doctrina<sup>842</sup>, de “constatación”, o “pendencia”, de la responsabilidad patrimonial, favoreciendo las expectativas de realización del crédito como objeto específico de tutela. Por ello el otorgamiento de una garantía suficiente excluye, en rigor, la calificación de “*insolvencia*”, pues su objeto específico de tutela queda salvaguardado no pudiéndose constatar la correspondiente lesión. La juridicidad del concepto de “*insolvencia*”, reflejada en su tipicidad legal como hecho o causa jurídica que refiere la lesión del derecho de crédito, viene a reforzar el papel de la responsabilidad patrimonial como fundamento primario de los diferentes medios de protección del derecho de crédito tendentes a facilitar, o salvaguardar, su efectividad o valor de realización. Así, reconociéndose el protagonismo jurídico de la “*insolvencia*”, se puede llegar a afirmar que la tutela derivada con ocasión de la “*insolvencia*” no precisa de un fundamento concursal.

---

<sup>841</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 172

<sup>842</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 176.

La “*insolvencia*” se presenta como un cualificado “*eventus damni*” que determina la lesión del derecho de crédito por medio de una disminución del patrimonio (“*deminutio patrimonii*”) que merma la garantía patrimonial del deudor como soporte de la posible efectividad, o valor de realización, del derecho de crédito. En este sentido, la “*insolvencia*”, como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito, se podría definir como “la alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una merma, o disminución significativa, de la garantía patrimonial”<sup>843</sup>. Dicha disminución es significativa a raíz de la existencia del perjuicio, lo que supone que la incidencia de la enajenación, o disposición, realizada por el deudor ha de producir, o agravar, su insuficiencia respecto al valor del crédito; cuando la disminución operada no es determinante de esa insuficiencia patrimonial carece de significación de cara a la lesión del derecho de crédito. Así, MONTÉS PENADÉS<sup>844</sup> afirma que esta nota de insuficiencia no cabe indentificarla con la falta absoluta de recursos económicos, es decir, con la imposibilidad de cubrir el importe de ninguna de las propias deudas, ya que de este modo quedaría frustrada la finalidad de la ley, que va dirigida a tutelar el interés del acreedor. En este sentido, de no referirse a una “*insolvencia*” total, se encuentra el art. 1.129 del Código civil (“*perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1.º. Cuando, después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que garantice la deuda..*”), y la Sentencia del Tribunal Supremo, con remisión a otras y referida a un caso de rescisión por fraude de acreedores, núm. 309/2003 (Sala de lo Civil) de 1 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, cuando indica que “.. *es doctrina de esta Sala que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que se total, pues es suficiente que concurra minoración económica provocada por la actuación fraudulenta del obligado....*”.

Por otro lado, el carácter sobrevenido de la “*insolvencia*” tiene su entronque con la efectividad del principio de responsabilidad patrimonial del deudor del art. 1.911 del Código civil (“*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”), de tal forma que la lesión no alcanza a los acreedores posteriores a la alteración, o modificación, de la garantía patrimonial, afectando

<sup>843</sup> Así ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 178.

<sup>844</sup> *De las obligaciones a plazo, en Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCIA, t. XV, vol. 2º, Madrid, 1981, pág. 132.

solamente a los acreedores que lo sean al tiempo de efectuar la enajenación; es decir, el daño o perjuicio de la “*insolvencia*” sobrevenida no alcanza a los acreedores posteriores al acto o negocio de disposición, sujetos a un nuevo estado de la garantía patrimonial del deudor como soporte efectivo de su responsabilidad patrimonial. Esta consecuencia concuerda con el tenor del art. 1.911 del Código civil que no alude a los bienes o derechos pasados (“... *responde el deudor con todos sus bienes, presente y futuros...*”), es decir, a los que dejaron de formar parte de la garantía patrimonial del deudor, de lo que se deduce que el Código civil está contemplado un concepto de solvencia con carácter de sobrevenido.

En este mismo sentido, la terminología empleada por el Código civil, en línea de la determinación de la “*insolvencia*”, denota esta exigencia de su carácter sobrevenido; así, en las expresiones “*resultar o venir insolvente*” utilizadas por el Código civil (art. 1.071, 1.129.1, 1.139 y 1.844.2) para describir el hecho de la “*insolvencia*”. En otras ocasiones la descripción de la “*insolvencia*” en el Código civil se realiza en términos concluyentes como en el art. 1685 del Código civil “... *si el deudor (de la sociedad) cae después en insolvencia...*”. También en el supuesto de la acción pauliana (art. 1.111 del Código civil) el carácter sobrevenido de la “*insolvencia*” queda configurado como uno de los requisitos para el ejercicio de la acción, es decir, la anterioridad del derecho de crédito respecto del posible negocio fraudulento<sup>845</sup>. El mismo carácter sobrevenido de la “*insolvencia*” cabe deducirlo en aquellos supuestos en que, si bien no se hace mención expresa de dicha circunstancia temporal en la norma, dicho carácter sobrevenido se deduce del tenor lógico de la misma; así, por ejemplo, en el caso del art. 1.732.2 del Código civil cuando indica que “*el mandato se acaba: 3º. Por muerte .... o insolvencia del mandante o mandatario..*”.

En cuanto a la determinación de la “*insolvencia*”, como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito, en primer lugar, sólo los actos jurídicos del deudor con trascendencia patrimonial que determinen una disminución patrimonial (“*deminutio*

---

<sup>845</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 179, citando las sentencias del Tribunal Supremo del 19 de diciembre de 1916, 10 de julio de 1928, 26 de abril de 1962 y 13 de marzo de 1974, entre otras.

*patrimonii*”) son susceptibles de operar el correspondiente perjuicio patrimonial<sup>846</sup>; en este sentido, la merma patrimonial puede operarse tanto en los propios bienes o derechos que forman parte de la garantía patrimonial del deudor, como en el valor de éstos (por ejemplo actos dispositivos de gravamen). En segundo lugar, el daño o perjuicio no sólo debe existir temporalmente como efecto del acto o negocio de disposición del deudor, sino que debe perdurar en el momento en que se ejerciten las correspondientes medidas de protección o tutela del derecho de crédito; así, no es de extrañar que el art. 1.129.1 del Código civil condiciona la medida de tutela consistente en el vencimiento anticipado en que no se preste garantía, es decir, que en el momento de ejercitarse la correspondiente medida de tutela exista el perjuicio o lesión del derecho de crédito y, en consecuencia, con una garantía suficiente se excluye la calificación de “*insolvencia*” del deudor.

Por otro lado, la “*insolvencia*” está sujeta a una valoración normativa, lo que supone que la regulación de sus efectos viene determinada por la norma, de ahí que, con relación al alcance jurídico de la “*insolvencia*”, la autonomía de la voluntad quede excluida como cauce idóneo de la graduación de sus efectos jurídicos<sup>847</sup>. Este postulado tiene su constatación en todos aquellos supuestos en donde la tipicidad de la “*insolvencia*” refiere la lesión del derecho de crédito; así en el supuesto de vencimiento anticipado del art. 1.129 del Código civil, o en el supuesto de la acción rescisoria por fraude de acreedores o la acción subrogatoria del art. 1.111 del Código civil.

De esta forma la autonomía de la voluntad, en este cauce de expresión de la eficacia jurídica de la “*insolvencia*”, determina únicamente la oportunidad del ejercicio de las correspondientes facultades y/o acciones, conforme a la diligencia del titular de derecho de crédito (“*vigilantibus et non dormientibus iure succurrunt*”), pero no delimita los efectos jurídicos producidos por la “*insolvencia*” que vienen sancionados por la propia norma jurídica.

---

<sup>846</sup> ORDUÑA MORENO, F.J. *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 180, indica que la protección derivada de la tipicidad de la insolvencia no alcanza a los acreedores cuando lo que el deudor lleva a cabo no es una disminución de su patrimonio sino un falta de adquisición de bienes o una “*omissio adquirendi*”.

<sup>847</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J. *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 182.

Ello no es obvio para que, en determinados supuestos, la capacidad patrimonial, o solvencia, del deudor, no la “*insolvencia*” propiamente dicha como causa que refiere la lesión del crédito, sea objeto de pacto o estipulación entre las partes reglamentándose sus efectos por la vía contractual; por ejemplo el caso de una estipulación convencional en la que se establece el vencimiento anticipado de la obligación conforme a una específica circunstancia relativa a la solvencia del deudor (“*covenants*”), lo que sería posible vía art. 1.255 del Código civil (“*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”). En cualquier caso, por imperativo del art. 1.256 del Código civil (“*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”) dichos “*covenants*” deben responder a causas objetivas, es decir, la determinación de la concreta circunstancia relativa a la solvencia debe responder a criterios objetivos para que así, dicho vencimiento anticipado, no conculque el mandato de no dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

El Código civil si otorga plena relevancia a la autonomía de la voluntad privada en aquellos supuestos en donde la “*insolvencia*”, fuera de su tipicidad como causa que refiere a la lesión del crédito, viene contemplada como expresión de un auténtico riesgo, y así integrada en un convenio entre partes. Así, en el art. 1.529 del Código civil cuando indica que “*..el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública..*”; es decir que en la cesión de créditos no responde el vendedor de buena fe de la solvencia del deudor del crédito cedido, a menos de haberse estipulado expresamente, o en los casos de que fuere anterior y pública.

Tampoco parece que la autonomía de la voluntad pueda llegar a contravenir la valoración normativa de la “*insolvencia*” en aquellos supuestos en donde ésta queda especificada en orden a una determinada tipicidad contractual; así en el art. 1.700.3 del Código civil cuando indica que “*..la sociedad se extingue: 3. Por muerte, insolvencia .... de cualquiera de los socios....*”; de esta forma la “*insolvencia*” de cualquiera de los socios viene establecida como causa de resolución del contrato de sociedad.

### 3.3.4. La prueba de la “insolvencia”

La “insolvencia”, como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito, debe ser probada en el proceso en donde se interese la correspondiente medida de tutela, constituyendo, en consecuencia, un elemento integrante en la fundamentación de la pretensión solicitada.

En los supuestos en donde la tutela del derecho de crédito se articula como una facultad<sup>848</sup> del acreedor, la prueba de la “insolvencia” puede quedar acreditada extrajudicialmente cuando el deudor no se oponga al ejercicio de dicha facultad, reconociendo, por lo tanto, su incapacidad patrimonial. En los supuestos en los que la tutela del derecho de crédito se articula mediante el ejercicio de una acción<sup>849</sup> la prueba de la “insolvencia” deberá realizarse judicialmente. En este sentido la jurisprudencia tiene declarado que no es preciso obtener la declaración de “insolvencia” en un juicio previo, así en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 25/2004 (Sala de lo Civil- Sección 1ª) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbalán Fernández, en un caso de rescisión por fraude de acreedores, se indica que “.. *sin embargo, la propia doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso, ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia, como tampoco les preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores, por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso...*”.

Del mismo modo en el art. 2 de la Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal) se establece que procederá la declaración de concurso en el caso de “insolvencia” del deudor común, indicando que, si la solicitud de concurso la efectúa el deudor “*deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia,* y si la presenta el acreedor “*deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que*

<sup>848</sup> Caso del vencimiento anticipado del art. 1129.1 del Código civil y los de resolución del contrato de sociedad y mandato de los art. 1700.3 y 1732.3 del Código civil

<sup>849</sup> Caso de la acción rescisoria del art. 1291.3 o de la acción subrogatoria del art. 1111 C.c.

*del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos ....” (“hechos reveladores de la insolvencia”).* A mayor abundamiento en el art. 7.3 de la “Ley Concursal” se establece, para el caso de que la declaración de concurso se solicite por un acreedor, que *“en todo caso, se expresarán en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente. La prueba testifical no será bastante por si sola”.*

En cuanto a la determinación de la carga de la prueba, es decir, a quien debe corresponder, en un determinado supuesto, la prueba de la “insolvencia” para poner en marcha el efecto jurídico de tutela que la norma establece, habrá que acudir a la vigente Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, concretamente a su art. 217 que en su apartado 2 indica que *“corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos, de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”,* así como en su apartado 3 *“incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, de conformidad con las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a los que se refiere el apartado anterior”.* En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2005 (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 19 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan, indica en un caso de rescisión por fraude de acreedores que *“.. tanto la existencia del fraude como la realidad o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor son puras cuestiones de hecho, sometidas a través de la valoración de la prueba, a la exclusiva competencia del Tribunal de instancia ..... es exagerado interpretar la persecución de los bienes que exige el art. 1.111 en el sentido de que el acreedor ha de seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal, aun sabiendo que nada útil conseguirá. Esta interpretación formalista debe descartarse pues no es este el significado del precepto, sino de que el deudor se haya quedado insolvente para el pago de las deudas. Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras*

*abocadas a la esterilidad práctica..”;* también en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 367/2001 (Sala de lo Civil) de 11 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, se indica que “... *al acreedor que ejercita la acción rescisoria de actos y contratos celebrados en fraude de acreedores no se le puede gravar con una prueba negativa (que el deudor carece de bienes) de modo que la conducta del demandado pueda ser pasiva, es decir, que puede abstenerse de la alegación fácil y accesible para él de hechos positivos que deslegitimarían al acreedor accionante, cual es que tiene bienes realizables que nos se han perseguido. Sería tanto como obligarle a una prueba diabólica, por lo que a aquel acreedor le bastará con acreditar una persecución de bienes que conoce o debió conocer según la circunstancia del caso...*”, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1220/2002 (Sala de lo Civil) de 12 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, se afirma que “.. *pero esta Sala dijo en su sentencia de 11 de abril de 2001 que no se podía gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor, pues está a disposición del demandado de rescisión la prueba más fácil del hecho positivo de que tienen bienes realizables que no se ha perseguido..”;* la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1019/2002 (Sala de lo Civil) de 31 de octubre, ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández, indicando que “... *sin que sea preciso una insolvencia total de la deudora pues basta que en su patrimonio no haya bienes suficientes para pagar a los acreedores, incumbiendo al deudor precisar y señalar otros bienes para excluir la legitimidad de la acción revocatoria...*”.

En consecuencia, la “*insolvencia*”, como presupuesto de la lesión del derecho de crédito, es una circunstancia contemplada por la norma que requiere de su prueba o realidad para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por la misma. Así, su prueba se presenta como un presupuesto necesario para la aplicación de la norma; es decir, el contraste del supuesto acontecido con el previsto por la norma. La realidad de la “*insolvencia*” del deudor representa un hecho fundamental de cara a la actividad que las partes desarrollan frente al tribunal, para que éste adquiera el convencimiento de una afirmación fáctica sobre la que se sustenta la posible aplicación de la consecuencia prevista por la norma. Dicho convencimiento no está sujeto a una prueba legal o tasada, sino que es susceptible de motivarse a través de una valoración libre de la prueba.

La valoración de la “*insolvencia*”, como cuestión de hecho, es ilustrativa de la dificultad que entraña la prueba de la “*insolvencia*” del deudor; dificultad que ha quedado reflejada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>850</sup>. Esta dificultad, que encierra la valoración de la “*insolvencia*”, como cuestión de hecho, se incardina en la problemática general acerca de la correcta valoración de la prueba; sobre todo en orden a la correcta motivación de los hechos probados.

En principio parece que una correcta valoración de la prueba de la “*insolvencia*” debería estar en consonancia con su correcta delimitación conceptual, pues difícilmente podrá realizarse esa labor de contraste si se desconoce el alcance de la previsión normativa.

En este sentido la prueba principia desde la tipicidad de la “*insolvencia*” como hecho, o causa jurídica, que refiere a la lesión del derecho de crédito. De esta manera podría encauzarse la fase probatoria en atención a dos criterios; uno, el carácter objetivo de la constatación de la “*insolvencia*”, y otro, su delimitación respecto del perjuicio del derecho de crédito<sup>851</sup>.

En relación al primer criterio (“el carácter objetivo de la constatación de la *insolvencia*”), la prueba de “*insolvencia*” se dirigirá a la constatación objetiva de la incapacidad patrimonial del deudor; de esta forma, todos aquellos indicios que no corroboren directamente esta situación de incapacidad patrimonial no constituirán una prueba suficiente (por ejemplo, meras reclamaciones judiciales por las que se embargan de bienes).

Con respecto al segundo criterio (“delimitación respecto del perjuicio del derecho de crédito”), la prueba de la “*insolvencia*” se especializa en atención a una serie de supuestos. Así, en el ámbito concursal, habría que acudir los presupuesto objetivos que se contienen en el art. 2 de la “Ley Concursal” (“*..3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia*

---

<sup>850</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 190.

<sup>851</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 192.

*inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. 4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago o en la existencia de alguno de los hechos siguientes: - hechos reveladores de la insolvencia - ...”); en cambio, en el ámbito extraconcursal, parece que bastará con que la insuficiencia patrimonial lo sea con respecto al valor del crédito del acreedor actuante.*

El Tribunal Supremo, en esta dirección ha seguido una línea flexible y razonable al prescindir de la prueba de la absoluta carencia de bienes del deudor, siendo suficiente con que el acreedor demuestre la carencia de bienes conocidos del deudor o la insuficiencia de los conocidos respecto del valor de su derecho de crédito. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2005 (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 19 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan cuando, en un supuesto de rescisión por fraude de acreedores, indica que “...*la nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso...*”; la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2005 (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 21 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, en un asunto de rescisión por fraude de acreedores “...*la jurisprudencia de esta Sala más reciente ha declarado que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes de la deudora con resultado infructuoso, ni obtener en juicio previo la declaración de insolvencia, como tampoco se hace necesario concurren situación de insolvencia total, pues basta que los bienes disponibles no sean suficientes para satisfacer los derechos de los acreedores por haberse disminuido la posibilidad económica efectiva o haberse ocasionado una notable disminución patrimonial – debe entenderse voluntariamente provocada – que impida al acreedor percibir sus derechos y los mismo cuando el reintegro se presenta sumamente dificultoso...*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 25/2004 (Sala de lo Civil-Sección 1ª) del 30 de enero, ponente:

Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, en un supuesto asimismo de rescisión por fraude de acreedores, “.. *la Jurisprudencia, en numerosas resoluciones, ha examinado la doble faceta de carencia de bienes y de otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio económico, configurándola en torno a la imposibilidad de obtener la satisfacción del crédito, imposibilidad real y efectiva, de cobrar. Sin embargo, la propia doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso, ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia, como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso ...*”; en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 303/2004 (Sala de lo Civil-Sección 1º) de 21 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, núm. 1257/2002 (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Roman García Varela, núm. 1142/2000 (Sala de lo Civil) de 13 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, núm. 1019/2002 (Sala de lo Civil) de 31 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, núm. 1150/2001 (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada y Gómez, entre otras.

Desde un plano estrictamente positivo, tendente a la sustantividad del concepto de “*insolvencia*”, se ha señalado por una parte de la doctrina<sup>852</sup> que los procedimientos concursales<sup>853</sup>, en cuanto a su naturaleza jurídica se refiere, participan necesariamente de la declaración judicial, esto es, se trata de situaciones judicialmente declaradas, mientras que la “*insolvencia*”, como mero hecho objetivo, puede existir antes de toda declaración judicial; de ahí sea posible referirse a los efectos derivados de una “*insolvencia*” no declarada judicialmente. En sentido opuesto, esta distinción (“*insolvencia*” declarada judicialmente y no declarada) ha sido también utilizada por

<sup>852</sup> En este sentido DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, *El pago anticipado*, *Revista de Derecho mercantil*, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre, 1959, p. 70 y sts; MONTÉS PENADÉS, *De las obligaciones a plazo*, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCIA, tomo XV, vol.1, Madrid, 1981, p. 131 y sts.

<sup>853</sup> Actualmente tras la Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal”), se refunden en un solo procedimiento concursal, los distintos procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, suspensión de pagos y quita y espera.

algunos autores<sup>854</sup> para recalcar la falta de sustantividad del concepto de “*insolvencia*” en el ámbito extraconcursal, especialmente en los supuestos en donde el tenor de la norma presenta a la “*insolvencia*” como un concepto alternativo al concurso; caso del art. 1732 del Código civil cuando indica que “.. *el mandato se acaba.. 3º. Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario...*”.

No obstante, se podría defender que la diferenciación anterior no constituye, en rigor, un elemento o categoría conceptual de la “*insolvencia*”, sino, simplemente una clasificación descriptiva de la diversidad de regímenes jurídicos en donde la “*insolvencia*” opera<sup>855</sup>; así, con base a la regulación de nuestro proceso civil se puede llegar a afirmar que la resolución judicial no tiene como objeto específico o finalidad la declaración de la “*insolvencia*”, propiamente dicha. De esta forma, en la declaración de concurso (art. 21 “Ley Concursal”) el correspondiente auto judicial lo que declara es una situación jurídica del deudor que no puede confundirse con el significado y alcance de la “*insolvencia*”; de la misma forma, en el ámbito extraconcursal, la correspondiente resolución judicial tampoco se dirige a la declaración judicial de la “*insolvencia*” del deudor, sino que tiene por objeto, según la pretensión de que se trate, la declaración y/o estimación de la pertinente medida de tutela solicitada. Así, en el supuesto de vencimiento anticipado del art. 1.129.1 del Código civil en caso de “*insolvencia*” del deudor que, en cualquier caso, cabe que la determinación de la “*insolvencia*” sea operativa aun con independencia de la correspondiente declaración judicial cuando el deudor no se oponga al ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado concedida por la norma al acreedor.

Por lo tanto, podría concluirse que “*insolvencia*” judicialmente declarada significa, en rigor, que la “*insolvencia*”, como hecho o causa legal prevista por la norma, ha resultado probada en el correspondiente juicio donde se ventile la pretensión de tutela interesada. Por ello cuando se afirma que la “*insolvencia*” puede no requerir de una previa declaración judicial debería entenderse que la constatación de la “*insolvencia*”, como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito, puede realizarse en el

<sup>854</sup> CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, p. 594; BONET RAMON, *Q. Mucius Scaevola, Código civil comentado y concordado*, tomo XXVI, vol. 2º, Madrid, 1951, p. 774.

<sup>855</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 194.

juicio donde se resuelva la pretensión de tutela interesada por el acreedor, esto es, no precisa de un trámite o una pieza previa. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2005 (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 21 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, cuando indica que “... *la jurisprudencia de esta Sala más reciente ha declarado que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes de la deudora con resulta infructuoso, ni obtener en juicio previo la declaración de insolvencia .....*”; en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 25/2004 (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández; Sentencia del Tribunal Supremo 309/2003 (Sala de lo Civil) de 1 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 303/2004 (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 21 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 535/2003 (Sala de lo Civil-Sección única) de 30 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote, entre otras.

### **3.4. La “insolvencia” en el Código civil**

#### **3.4.1. Ideas previas**

Se pueden distinguir tres grandes cauces de expresión de la juridicidad de la “insolvencia” en el Código civil. Una primera vía de expresión vendría representada por todos aquellos supuestos en donde la tipicidad de la “insolvencia” refiere la lesión del derecho de crédito, dando lugar a las oportunas medidas de protección o tutela, Otra vía de expresión estaría representada por todos aquellos supuestos en donde el Código civil concreta la eficacia de la “insolvencia” respecto de la recíproca cobertura de su riesgo. Finalmente una tercera vía de expresión vendría dada por aquellos supuestos en donde la tipicidad de la “insolvencia”, como hecho o causa jurídica, se desenvuelva en el marco de una normativa contractual, formando parte de la reglamentación legal de determinados negocios jurídicos. Paralelamente, también hay que tener en cuenta su incidencia en el ámbito concursal como presupuesto de la declaración de concurso; en este sentido el art. 2 de la “Ley Concursal” establece en su art. 2 que “*la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común*”.

#### **3.4.2. La tipicidad de la “insolvencia” en cuanto referida a la lesión del derecho de crédito**

### **3.4.2.1. Ideas previas**

La tipicidad de la “*insolvencia*” referida a la lesión del derecho de crédito constituye el cuerpo central de la teorización acerca de su configuración jurídica, estableciéndose, en conexión con su representación como hecho o causa legal determinante de efectos jurídicos, una serie de medidas de protección del crédito. En esta línea de relevancia, no es de extrañar que los procesos de cristalización de mayor abolengo jurídico de la “*insolvencia*” se localicen en este cauce de expresión; así, especialmente, en las denominadas acciones en defensa de la capacidad patrimonial del deudor del art. 1.111 del Código civil (acción pauliana o rescisión por fraude de acreedores y acción subrogatoria)<sup>856</sup>.

Los supuestos a incluir en esta vía de expresión de la tipicidad jurídica de la “*insolvencia*” no pueden estarlo con criterios taxativos, entre otras razones, por la distinta articulación que presentan dichos supuestos, ya como meras facultades del derecho de crédito, o bien, como propias acciones, con sus respectivos regímenes jurídicos; no obstante si puede realizarse una sistematización de los supuestos con arreglo a la tipicidad de la “*insolvencia*” como hecho o causa legal que refiere la lesión del derecho de crédito, criterio que les confiere una unidad teleológica de sentido y alcance.

Estos supuestos se presentan como una serie de facultades y/o acciones que, formando parte del contenido natural del derecho de crédito, tienen como función facilitar su efectividad o valor de realización ante determinadas situaciones en donde la garantía patrimonial del deudor resulta vulnerada.

### **3.4.2.2. El vencimiento anticipado con base a la “*insolvencia*” del deudor**

Se establece en el art. 1.129 del Código civil una medida de protección o tutela del derecho de crédito cuando indica que “ *..perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1. cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda ..*”; constituyendo así, como medida de tutela, el vencimiento anticipado del crédito.

---

<sup>856</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 200.

El supuesto contenido en el art. 1.129.1 del Código civil representa, en el curso del proceso codificador, un supuesto paradigmático en aras de la sustantividad jurídica del concepto de “*insolvencia*”. El postulado, expresado en la fórmula positiva del art. 1.129.1 del Código civil, supone la plena decantación de la “*insolvencia*” como hecho jurídico diferenciado en el ámbito de la protección o tutela del derecho de crédito; es decir, con independencia de un fundamento concursal<sup>857</sup>. De esta forma, la situación de “*insolvencia*” del deudor constituye, por si misma, una causa legal suficiente para el vencimiento anticipado de la obligación.

El fundamento de la protección o tutela dispensada debe concretarse objetivamente a raíz de la proyección analítica<sup>858</sup> del concepto de “*insolvencia*”. En este sentido, la tipicidad normativa de la “*insolvencia*” delimita sus efectos en atención a su consideración como hecho o causa legal que refiere la lesión del derecho de crédito. Sobre esta base, que tiene como fundamento primario la responsabilidad patrimonial del deudor (art. 1.911 del Código civil), la tipicidad legal de la “*insolvencia*” especializa su función en atención a un objeto específico de tutela, que es la efectividad o el valor de realización del derecho de crédito. Por ello cuando la garantía patrimonial del deudor resulta vulnerada, o lesionada, el ordenamiento protege el interés patrimonial del acreedor inherente al crédito concediéndole determinadas medidas de protección o tutela dirigidas a salvaguardar su satisfacción patrimonial. En este sentido la mutación sobrevenida de las condiciones patrimoniales del deudor, representada por una situación de insuficiencia patrimonial, justifica el vencimiento anticipado de la obligación (ar. 1.129.1 del Código civil) a fin de poder facilitar la satisfacción de interés patrimonial del acreedor representado en el derecho de crédito<sup>859</sup>.

---

<sup>857</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 203, indica que el supuesto de vencimiento anticipado es representativo de uno de los puntos de eclosión de la cuestión de la insolvencia en el proceso codificador. En el ámbito civil la sustantividad del concepto de insolvencia no se planteó doctrinalmente desde el punto de vista de su definición o concepto, sino respecto de su posible aplicación autónoma con independencia de un fundamento concursal. Dicho planteamiento se presentó como una cuestión novedosa surgida del propio debate codificador a propósito de la interpretación del art. 1188 del Código civil frances de 1804.

<sup>858</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 84, afirma que desde la perspectiva analítica, esto es, desde la esencia o creencia del término, la insolvencia supone, principalmente, el perjuicio del derecho de crédito, es decir, la pérdida de su efectividad o valor, representada en la insatisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito.

<sup>859</sup> En cita ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 205, se indica que la doctrina tradicional ha venido sosteniendo la vigencia de un fundamento de corte subjetivo en el vencimiento anticipado de la obligación cual es la “pérdida de la confianza patrimonial en el deudor por parte del acreedor”, así entre otros: DEMOLOMBRE, BRAUDRY-LACANTINERIE, LAURENT,

Si la tipicidad legal de la “*insolvencia*”, como causa jurídica, refiere la lesión del derecho de crédito, su incidencia en la relación obligatoria, a través de los diversos medios de protección o tutela, se presenta en torno al conjunto de facultades y acciones que, formando parte del contenido natural del derecho de crédito, tienen como función facilitar, o salvaguardar, su valor de realización en determinadas situaciones en donde la garantía patrimonial del deudor resulta vulnerada. El poder conferido al acreedor viene así configurado como el ejercicio de una propia facultad, condicionándose su aplicación de un modo efectivo en la medida en que la lesión del crédito venga determinada por la realidad de la “*insolvencia*” sobrevenida del deudor<sup>860</sup>.

Por ello, el vencimiento anticipado del art. 1.129.1 del Código civil no se produce “*ipso iure*”, esto es, cuando acontecen los correspondientes presupuestos que establece la norma, sino que tal vencimiento anticipado depende de la potestad y diligencia del acreedor, el cual está facultado para dar por vencida la deuda. Por otro lado, dicho vencimiento anticipado no requiere una previa declaración judicial, sino que sólo es preciso el reconocimiento del deudor sobre su situación de insuficiencia patrimonial de “*insolvencia*” para su aplicación extrajudicial; sólo en el caso de oposición del deudor al ejercicio de tal facultad (vencimiento anticipado) por parte del acreedor será necesario el recurso a la declaración judicial.

---

CARBONNIER, BARASI, TONDO y DANОВI, y en nuestra doctrina: F. CLEMENTE, MARÍN PÉREZ, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, y PUIG BRUTAU. En la misma cita se indica que POTHIER configuró el término como un beneficio del deudor sobre la base de la confianza en su solvencia, de tal suerte que cuando el fundamento de esta confianza venía a menos, el efecto del término debía cesar. ORDUÑA MORENO indica que dicho fundamento subjetivo debe ser en la actualidad descartado; piénsese en la difícil o imposible generalización respecto de los apartados 2 y 3 del art. 1129 del Código civil, es decir, las causas objetivas como el no otorgamiento de las garantías previstas o la desaparición por caso fortuito de las garantías prestadas, su complejidad de prueba dado el elemento volitivo de la noción de confianza o su imprecisión a la hora de resaltar el carácter sobrevenido de la insolvencia, pues si el vencimiento anticipado se produjera en atención a la desconfianza del acreedor habría que incluir también como insolvencia relevante la anterior al nacimiento de la obligación pero descubierta con posterioridad. Continúa indicando el fundamento que legitima la facultad aquí tratada responde a un presupuesto objetivo de lesión del derecho de crédito ante el perjuicio causado por la insolvencia del deudor, de ahí, que el deudor o un tercero pueda enervar el vencimiento anticipado garantizando suficientemente el cumplimiento de la obligación.

<sup>860</sup> DIEZ PICAZO, *El pago anticipado*, *Revista de Derecho mercantil*, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre, 1959, p. 68, indica que más que una pérdida del beneficio del plazo lo que hay en realidad es un levantamiento de las barreras que se oponen al ejercicio del derecho de crédito o, por lo menos, la posibilidad de que el acreedor las levante.

El ámbito de la tutela dispensada por el art. 1.129.1 del Código civil se proyecta sobre el derecho de crédito en abstracto, es decir, con independencia de la condición civil o mercantil del acreedor; también, en este sentido, el alcance de la tutela comprende todo tipo de obligaciones, con independencia del contenido de su correspondiente objeto<sup>861</sup>.

Del tenor del art. 1.129.1 del Código civil, parece claro que entran dentro del ámbito de la tutela, las “obligaciones de dar”, tanto de cosa específica como genérica, así como las “obligaciones pecuniarias”. Ahora bien, ¿también entran dentro del ámbito de tutela las “obligaciones de hacer” y las “obligaciones negativas”? Si se toma como bien específico de tutela, no la prestación debida, sino la efectividad, o el valor de realización, del crédito, parece que la respuesta debería ser afirmativa. Ello debería ser así a pesar de que se pueda sostener que en las obligaciones de “hacer” o de “no hacer” la solvencia del deudor no tiene una repercusión determinante en orden al cumplimiento de la obligación, ya que, en realidad, si la tiene en última instancia<sup>862</sup>, es decir, de cara a la efectividad ulterior del crédito, dado que el valor de realización del crédito va a depender, en última instancia, de la capacidad patrimonial o solvencia del deudor. Así, el art. 706 de la LEC referido a la ejecución por obligaciones “de hacer” dispone que *“cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el tribunal, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios...”*, en este sentido para las obligaciones de “no hacer” dispone el art. 710 de la LEC que *“si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad .... Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por daños y perjuicios que se le hayan causado ...”*.

---

<sup>861</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 207.

<sup>862</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 207.

Como parte destacada del contenido del art. 1.129.1 del Código civil se distingue la excepción a la aplicación de medida de tutela de vencimiento anticipado contenida en su parte final cuando indica “.. *salvo que garantice la deuda..*”; el fundamento de dicha regla reside en la propia configuración de la “*insolvencia*”. Así, la tipicidad de la “*insolvencia*”, como hecho o causa legal, refiere a un supuesto de lesión del derecho de crédito en cuanto su efectividad o valor de realización resulta vulnerado, por lo que en los casos en los que, a pesar de existir una situación objetiva insuficiencia patrimonial del deudor, la satisfacción del acreedor venga asegurada por medio de una garantía suficiente no constituye, en rigor, supuestos de “*insolvencia*”, es decir, supuestos de lesión del derecho de crédito; en este sentido la literalidad del art. 1.129.1 del Código civil no impide que dicha garantía pueda ser prestada por un tercero<sup>863</sup>. Por otro lado, dicha garantía podrá realizarse tanto mediante la constitución de una garantía real como personal, siempre que sea suficiente para la protección del crédito a juicio del acreedor, o del juez, si el titular del crédito se niega, injustificadamente, a aceptar la garantía bastante que se le ofrezca.

En relación con la responsabilidad del deudor, la imputación de la lesión del crédito viene determinada de un modo objetivo, de forma que su valoración normativa lleva implícita una responsabilidad del deudor que prescinde de cualesquier consideración en orden a la posible incidencia de su comportamiento subjetivo en el hecho de la “*insolvencia*”; así, el art. 1.129.1 del Código civil abunda en esta interpretación, pues la consecuencia jurídica relativa al vencimiento anticipado viene determinada por el resultado de un cualificado “*eventus damni*” (“... *cuando después de contraída la obligación, resulte insolvente...*”), es decir, por la constatación de una situación objetiva de lesión del derecho de crédito producida por un cambio sobrevenido de las condiciones patrimoniales del deudor. Es decir, en este plano, la “*insolvencia*” se presenta como una cuestión que recibe un tratamiento diferenciado del que corresponde al incumplimiento imputable al deudor, es decir, se prescinde de cualesquier consideración en orden a la posible incidencia del comportamiento del deudor en el acaecimiento de la “*insolvencia*”.

---

<sup>863</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 208.

Este carácter sobrevenido de la “*insolvencia*” contemplado expresamente en el art. 1.129.1 del Código civil (“... *cuando después de contraída la obligación resulte insolvente.....*”) constituye una de las notas relevantes en la determinación de la “*insolvencia*” como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito. ORDUÑA MORENO define esta “*insolvencia*” como “*la alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una merma o disminución significativa de la garantía patrimonial*”<sup>864</sup>. En este sentido, la disposición o disposiciones patrimoniales realizadas por el deudor ha de producir o agravar su insuficiencia patrimonial respecto al valor del crédito; cuando la disminución no determina dicha insuficiencia patrimonial carece de significación de cara a constatar la lesión del derecho de crédito. En cualquier caso, tal como ha sido reiteradamente recordado por el Tribunal Supremo para los supuestos de rescisión por fraude de acreedores<sup>865</sup>, dicha insuficiencia patrimonial no debe ser indentificada con una falta absoluta de recursos económicos, es decir, con la imposibilidad de poder cubrir el importe de deuda alguna, ya que si así fuera quedaría sin sentido la finalidad de la norma que va dirigida a tutelar el interés del acreedor facultándole, tras el vencimiento anticipado, para reclamarla el crédito sin esperar hasta el vencimiento de la obligación<sup>866</sup>.

Tal como se ha indicado, la prueba o realidad de la “*insolvencia*”, incumbe al acreedor que reclama la medida de tutela de vencimiento anticipado de la obligación, ya que es el acreedor quien alega el perjuicio del derecho de crédito; así, el art. 281.1 de la LEC indica que “*...la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso*”, y el art. 217.2 de LEC que “*..corresponde al actor y al demandado reconveniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior...*”; no obstante el Tribunal Supremo ha

---

<sup>864</sup> *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 209.

<sup>865</sup> Valgan por todas las sentencias núm. 657/2005 del 19 de julio; 10/2005 del 21 de enero; 25/2004 de 30 de enero; 309/2003 de 1 de abril.

<sup>866</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, indica que la mera situación de “*ilíquidez patrimonial*” no es constitutiva del presupuesto material de la lesión del crédito, y por lo tanto, debe quedar excluida como posible causa de vencimiento anticipado.

matizado este reparto de la carga de la prueba con respecto a la prueba del hecho de la “*insolvencia*” en varias sentencias. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 25/2004 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, afirmó, con respecto a un supuesto de rescisión por fraude de acreedores, que “.. *la doctrina de esta Sala tiene declarado que es el deudor el que ha de precisar y señalar otros bienes para excluir la legitimación de la acción revocatoria, y que no se puede gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor...*”; en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 367/2001 (Sala de lo Civil) de 11 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, indica, asimismo en un supuesto de rescisión por fraude de acreedores, que “.. *al acreedor que ejercita la acción rescisoria de actos y contratos celebrados en fraude de acreedores no se le puede gravar con una prueba negativa (que el deudor carece de bienes) de modo que la conducta del demandado pueda ser pasiva, es decir, que puede abstenerse de la alegación fácil y accesible para él de hechos positivos que deslegitimarían al acreedor accionante, cual es que tiene bienes realizables que no se han perseguido. Sería tanto como obligarle a una prueba diabólica, por lo que a aquel acreedor le bastará con acreditar una persecución de bienes que conoce o debió conocer según las circunstancias del caso...*”; también en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1220/2002 (Sala de lo Civil) de 12 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, cuando indica que “.. *pero esta Sala dijo en su sentencia del 11 de abril de 2001 que no se podía gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor, pues está a disposición del demandado de rescisión la prueba más fácil del hecho positivo de que tienen bienes realizables que no se han perseguido...*”.

La prueba de la “*insolvencia*” se proyecta en el plano de la garantía patrimonial del deudor, en la finalidad de acreditar su insuficiencia patrimonial para cubrir la deuda; así, al margen de los meros indicios o signos externos que no acrediten directamente esta situación, debería considerarse como prueba suficiente de la “*insolvencia*” la carencia de bienes conocidos del deudor o la insuficiencia de los conocidos respecto del valor del crédito<sup>867</sup>. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 25/2004 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, afirma

<sup>867</sup> En este sentido, FORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 210.

que “... como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores, por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso...”; la Sentencia 367/2001 (Sala de lo Civil) de 11 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros “.. por lo que al acreedor le bastará con acreditar una persecución de bienes que conoce o debió conocer según las circunstancias del caso..”; Sentencia núm. 1142/2000 (Sala de lo Civil) de 13 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, “... y no viene a resultar preciso que la insolvencia de los obligados tenga que ser total, pues es suficiente que concurra minoración económica, decididamente planeada para no cubrir la integridad de la deuda, lo que determina efectivo daño para los acreedores ...”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1150/2001 (Sala de lo Civil) del 11 de diciembre, ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada y Gómez, “... no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que esta tenga que ser total, pues es suficiente que concurra una minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor .....”, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, “.. tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido ....”. Todas estas sentencias están dictadas en procedimientos en las que su objeto es la rescisión por fraude de acreedores, pero el concepto de “insolvencia” que en las mismas se contiene se puede trasladar al hecho de “insolvencia” contenido en el art. 1.129.1 del Código civil.

La constatación de la “insolvencia” en el concreto procedimiento en el que se interese la correspondiente medida de tutela, en este caso el vencimiento anticipado del art. 1.129.1 del Código civil, no precisa de una anterior declaración judicial de dicha “insolvencia”, ni de un previo o particular juicio, ya que podrá probarse el hecho de la “insolvencia” en el correspondiente proceso en el que se interese dicha medida de tutela. Así, el Tribunal Supremo en Sentencia (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 1986, ponente:

Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, cuando indica que “... *es innecesario obtener la declaración de insolvencia en juicio previo cuando por el conjunto de las pruebas se estime que el contrato se otorgó en fraude de acreedores ...*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 21 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, “.. *la jurisprudencia de esta Sala más reciente ha declarado que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes de la deudora con resultado infructuoso, ni obtener en juicio previo la declaración de insolvencia ...*”; Sentencia del Tribunal Supremo 25/2004 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, “...*sin embargo, la propia doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso, ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia ...*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 309/2003 (Sala de lo Civil) de 1 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, “.. *dice la doctrina de esta Sala que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia ...*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 303/2004 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 21 de abril, ponente: Excmo Sr, D. Alfonso Villagómez Rodil, “.. *Tampoco se hace preciso que se promueva pleito previo para acreditar la insolvencia del obligado, ya que lo que se precisa es que se de ausencia de bienes que imposibilitan el derecho de quien ostenta condición de acreedor y éste no tenga otro remedio que acudir a la rescisión del acto jurídico de disposición ...*”; Sentencia del Tribunal Supremo num. 535/2003 (Sala de lo Civil – Sección Única) del 30 de mayo, ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote, “... *para que prospere la acción rescisoria no es preciso que se declare la insolvencia del deudor en otro procedimiento, basta que no se conozcan otros bienes que los que son objeto del contrato ...*”; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 752/2002 (Sala de lo Civil) de 17 de julio, ponente: Sr. D. Luis Martínez Calcerrada y Gómez, “... *el ejercicio por el acreedor de dicha acción no implica la necesidad de probar la total insolvencia del su deudor, ni exige que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo, pues se admite que pueda acreditarse la inexistencia de otra clase de bienes en el mismo juicio entablado para deducir la acción..*”. En este sentido, acreditada judicialmente el hecho de la “*insolvencia*” el juez debe declarar el vencimiento anticipado del término con efectos “*ex tunc*”, esto es, desde el momento en que se produjeron los presupuestos

determinados por el art. 1.129.1 del Código civil, con independencia, por lo tanto, de la duración del proceso y de la fecha de la sentencia<sup>868</sup>.

Junto a este supuesto legal de vencimiento anticipado previsto en el art. 1.129.1 del Código civil, también puede ocurrir que esta facultad de vencimiento anticipado tenga su origen en el negocio jurídico constitutivo de la relación obligatoria; así, cuando las partes hayan pactado que determinado contrato vence anticipadamente cuando concurren determinadas circunstancias indicativas de la “*insolvencia*” del deudor. En este supuesto, la determinación de dichas circunstancias deben responder a criterios objetivos que escapen al puro arbitrio de las partes contratantes si no se quiere contravenir el tenor del art. 1.256 del Código civil (“*..la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”). Este tipo de pactos es usual introducirlos en numerosos contratos bancarios en los cuales las partes pactan que la concurrencia de una serie circunstancias facultan al banco acreedor para declarar el vencimiento anticipado y, en consecuencia, siendo la deuda, líquida, vencida e impagada, exigirla al deudor antes del plazo inicialmente pactado.

El hecho de la “*insolvencia*” del deudor como causa de vencimiento anticipado también es operativa en algunos supuestos regulados por la legislación especial. Así, en el art. 50 de la Ley 19/85 de 16 de julio (“Ley Cambiaria y del Cheque”) se establece que “*el tenedor podrá ejercitar su acción de regreso contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas, una vez vencida la letra, cuando el pago no se haya efectuado. La misma acción podrá ejercitarse antes del vencimiento en los siguientes casos: b) Cuando el librado, sea o no aceptante, se hallare declarado en concurso o hubiere resultado infructuoso el embargo de sus bienes*”<sup>869</sup>. Otro supuesto es el contemplado en el art. 29, causa 9º, de la Ley 16 de diciembre de 1954 de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento que indica que: “*El acreedor podrá, aunque no haya transcurrido el plazo estipulado en el contrato, dar por vencida la obligación por cualquiera de las siguientes causas: 9ª Cualquiera otra causa especialmente fijada por la Ley o estipulada en la escritura de hipoteca al efecto de dar por vencida la obligación*”; en este sentido, aquí se podría conectar como causa especialmente fijada

<sup>868</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 210.

<sup>869</sup> El antecedente inmediato del precepto se encuentra en el art. 43 de la Ley Uniforme de Ginebra, Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930.

por la Ley la establecida en el art. 1.129.1 del Código civil, es decir, la “*insolvencia*” del deudor, siempre que no se haya garantizado la deuda<sup>870</sup>.

### ***3.4.2.3. La defensa de la capacidad patrimonial del deudor: la acción pauliana y la subrogatoria***

Dentro de la tipicidad legal de la “*insolvencia*”, y su conexión con el derecho de crédito, más arriba se ha indicado como en el marco de la tutela integral del derecho de crédito se podían agrupar una serie de facultades y acciones que formando parte de su contenido natural tenían como objeto específico la protección de la efectividad o valor de realización del mismo; dentro de estos recursos, en el art. 1.111 del Código civil (“*..los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho ..*”) se contienen dos acciones en apoyo a la satisfacción patrimonial de los acreedores; una, dirigida a impugnar los actos del deudor realizados en fraude de derecho (“acción pauliana”) y otra acción que persigue el ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones correspondientes al deudor ante el perjuicio que les acarrea su pasividad y/o inactividad (“acción subrogatoria”).

En el campo de los antecedentes históricos la figura de la rescisión por fraude de acreedores, a la que siguió después la acción subrogatoria, fue representativa del proceso de cristalización en orden a la tipicidad de la “*insolvencia*” como hecho o causa legal que refiere la lesión del derecho de crédito<sup>871</sup>.

El poder conferido al acreedor, en supuesto de la “acción pauliana”, no se configura como el ejercicio de una mera facultad jurídica, sino que viene articulado como un específico poder de impugnación, consistente en el ejercicio de una acción personal que con carácter general permite a los acreedores atacar la eficacia de los actos fraudulentos

<sup>870</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 212, aboga por una interpretación extensiva del precepto en el sentido de que por “*..otra causa especialmente fijada por la Ley...*” hay que entender no sólo las causas específicas contempladas en la Ley de Hipoteca Mobiliaria, sino también las que vienen reguladas en otras leyes y que por su alcance y contenido resultan aplicables al precepto en cuestión; entre estas incluye el art. 1.129.1 del Código civil.

<sup>871</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 212.

realizados por el deudor. De la misma manera la “acción subrogatoria”, incidiendo en la esfera privada del deudor, sustenta la configuración del ejercicio de sus derechos por los acreedores como un supuesto de legitimación extraordinaria especialmente previsto por la ley; éste poder, y/o legitimación extraordinaria, conferida al acreedor no significa que el deudor tenga limitadas su capacidad ni legitimación para disponer, es decir, no significa un verdadero poder de gestión y control de los actos del deudor más allá de la incidencia derivada de la aplicación concreta de estos recursos, no otra cosa cabe desprenderse de los art. 1.111 y art. 1.291.3 Código civil cuya ejercicio por parte del acreedor no tiene otra finalidad que “cobrar cuanto se les debe”<sup>872</sup>.

La acción rescisoria por fraude de acreedores (“.. *pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho ...*”), como medio de defensa del derecho de crédito, consiste en una acción personal de impugnación que con carácter general permite a los acreedores atacar la eficacia de los actos fraudulentos celebrados por el deudor<sup>873</sup>; así, el poder conferido al acreedor sirve para provocar la correspondiente sanción de ineficacia del acto o negocio jurídico concreto celebrado por el deudor. Para que dicha sanción de ineficacia del acto o negocio jurídico celebrado por el deudor sea decretada por los tribunales se requiere la constatación de dos presupuestos; el primero, el “*eventus damni*” que, como presupuesto objetivo del fraude, viene exteriorizado en el daño o perjuicio causado al acreedor, mediante un acto o negocio jurídico de disposición celebrado por el deudor con un tercero y, el segundo, pertinente a la esfera de la responsabilidad por el fraude, se sustenta en un juicio de reprobación de las conductas implicadas en el ilícito fraudulento que determina la imputación de las consecuencias derivadas del daño y, en consecuencia, la rescisión del acto o negocio jurídico. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 19 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan “.. *la nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la*

---

<sup>872</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 214.

<sup>873</sup> En este sentido DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4ª ed., vol. I, Madrid, 1993, p. 753.

*existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a semejante supuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, supuesto éste al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a determinar el llamado “consilium fraudis”, entendido, de manera amplia, como “conciencia” en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor. El fraude (“consilium fraudis”) es un supuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor puede ser rescindida. Constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria. Frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina dominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (“scientia fraudis”). En esta línea se manifiestan entre otras las sentencias de 13 de febrero y 6 de abril de 1992, 31 de diciembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 25 de enero del 2000, 20 de febrero y 11 de octubre de 2001 y 15 de marzo de 2002, con arreglo a las que no es precisa la existencia de un “animus docendi” y sí únicamente la “scientia fraudis”, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo, basta una simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cuotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación..”.*

En cuanto el primer supuesto (“*eventus damni*”), representa la lesión, parcial o total, del derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito; esa lesión se produce a través del acto o negocio jurídico de disposición del deudor, es decir, consiste en la disminución significativa, o desaparición, de la garantía patrimonial del deudor (art. 1.911 del Código civil). Así la finalidad de la acción rescisoria es la prevención, o reparación, de dicha lesión del derecho del acreedor correspondiente a la satisfacción de

su crédito, mediante la ineficacia del acto o negocio jurídico de disposición del deudor, con el consiguiente restablecimiento de la merma producida en la garantía patrimonial del deudor. Así la acción rescisoria por fraude de acreedores puede configurarse como un recurso extraordinario de defensa del derecho de crédito<sup>874</sup>.

La legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores compete a todos los acreedores del deudor. Así, la interposición de la acción puede realizarse individualmente o por una colectividad de acreedores, como modalidades de su ejercicio, pero, en ningún caso, se impone una u otra forma como presupuesto de su legitimación (art. 1.111 y art. 1.291.3 del Código civil), tampoco, desde la configuración de la acción como un medio de defensa del derecho de crédito, es necesaria una situación de concurso de acreedores para su ejercicio<sup>875</sup>.

Así, la acción rescisoria por fraude de acreedores es una acción ordinaria diferenciada del procedimiento de ejecución universal; la finalidad de dicha acción, al servicio del derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito, contempla exclusivamente el interés del acreedor o acreedores impugnantes. Esta finalidad, de tutela del acreedor o acreedores impugnantes, queda claramente reflejada mediante la exclusión de la acción rescisoria por fraude de acreedores a los que tengan garantizada su deuda; así, en el art. 1.291.3 del Código civil cuando se indica que “.. *los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba* ..”, o con la posibilidad de que el adquirente del deudor pueda enervar la acción mediante el pago de la deuda (art. 1.158 del Código civil) al acreedor o prestando garantía suficiente. Es decir, en estos supuestos, no queda insatisfecho el derecho de crédito del acreedor individualmente considerado.

Es cuestión debatida por la doctrina la función que desempeña la acción rescisoria por fraude de acreedores. La problemática gira entre las posiciones de los defensores de la

---

<sup>874</sup> Así ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 215.

<sup>875</sup> ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, Valencia, 1994, p. 216, afirma, en este sentido, que cabe aludir a la clasificación de la acción rescisoria como una acción ordinaria diferenciada del procedimiento de ejecución universal, que no requiere, entre otros extremos, la declaración judicial de la insolvencia del deudor. Así, la acción rescisoria por fraude de acreedores, configurada como un medio específico de tutela del derecho de crédito, representa un claro ejemplo en donde el factor determinante que acciona dicha protección no es otro que la diligencia del acreedor o acreedores impugnantes en la defensa de sus propios intereses en juego.

función ejecutiva de la acción rescisoria y los partidarios de su carácter meramente conservativo. Como señala DIEZ PICAZO<sup>876</sup> “..las consecuencias que se derivan de la opción planteada son importantes: Si la acción tiene una función ejecutiva, significa que la ejercitan los acreedores que ya están ejecutando bienes sobre el patrimonio del deudor que es para ello insuficiente. Supone entonces un complemento de la ejecución y en consecuencia sólo puede ser ejecutada por el acreedor ejecutante, provisto ya de título ejecutivo. El deudor o tercero pueden enervar la acción pagando la deuda. En cambio, si la acción tiene carácter conservativo, puede ser ejercitada aun antes de haberse iniciado la ejecución y por un acreedor cuyo crédito no sea todavía exigible, pues no se busca con ella el cobro, sino la conservación de la garantía patrimonial ..”.

No obstante las anteriores posiciones doctrinales, y por lo que a este trabajo interesa, la acción rescisoria por fraude de acreedores se configura como un recurso extraordinario en defensa del derecho de crédito, es decir, su función, desde un punto de vista de Derecho positivo, se integra en el conjunto de acciones y/o procedimientos que el ordenamiento jurídico establece para la protección del derecho de crédito; así la acción rescisoria por fraude de acreedores viene a ser uno de los cauces a través del cual se realiza esa genérica función de defensa.

Por otro lado, el protagonismo del “*eventus damni*”, como requisito del ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, ha gozado de una constante vigencia a lo largo de los antecedentes históricos<sup>877</sup>. Su reconocimiento en el Código civil viene implícito en su vertiente de presupuesto objetivo del ejercicio de la acción, ya que se parte de la existencia de un daño o perjuicio; así, en el art. 1.294 del Código civil se indica que “..la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio..”.

En el plano adjetivo, o procesal, el “*eventus damni*”, como requisito de la acción rescisoria por fraude de acreedores, no presenta mayores dificultades que las derivadas de la acción probatoria que debe realizar el acreedor respecto del daño sufrido. La

<sup>876</sup> *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. 1ª, 2ª ed., Madrid, 1983, nota 88, p. 754.

<sup>877</sup> En los textos del Digesto “sólo se revoca lo hecho a causa de defraudar a los acreedores cuando el fraude dio resultado ...” (D. 42,8,10), es decir cuando perjudicó a los acreedores.

problemática reside en el ámbito sustantivo del objeto de la prueba; es decir, el perjuicio pauliano.

Su determinación se puede estructurar en varios extremos; el primero, se centra en la idoneidad del hecho causante del daño, a los efectos del ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, teniendo en cuenta que no todos los hechos que lesionan el derecho de crédito son relevantes para la correspondiente tutela que dispensa la acción rescisoria. Estos hechos idóneos vienen contemplados en el art. 1.111 del Código civil cuando se alude a los “*actos del deudor que haya realizado en fraude de su derecho*”; es decir, en fraude de acreedores. Por otro lado, la fórmula empleada por el art. 1.111 del Código civil es amplia pero por la propia finalidad perseguida por la norma debería interpretarse de forma restrictiva; es decir, no debería incluirse en su ámbito los actos materiales del deudor<sup>878</sup> (por ejemplo la destrucción de un bien objeto de su propiedad). De esta forma, los actos jurídicos de disposición que versen sobre bienes o derechos que poseen una naturaleza económica constituyen el medio que tiene el deudor para empobrecerse voluntariamente en perjuicio de sus acreedores.

No basta con un hecho idóneo causante del daño para que el perjuicio resultante sea relevante a los efectos del ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, es necesario, además, que el empobrecimiento represente una merma significativa en los bienes y derechos que forman parte de la garantía patrimonial del deudor. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 19 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan, indica que “ *..la nota más característica de la acción rescisoria en su subsidiariedad entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso.... Es exagerado interpretar la persecución de los bienes que exige el art. 1.111 en el sentido de que el acreedor ha de seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal,*

---

<sup>878</sup> ORDUÑA MORENO. F.J., *La insolvencia, tirant lo blanch*, Valencia, 1994, p. 226.

*aun sabiendo que nada útil conseguirá. Esta interpretación formalista debe descartarse pues no es ese el significado del precepto, sino de que el deudor se haya quedado insolvente para el pago de las deudas. Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que lo que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras abocadas a la esterilidad práctica...”;* en este mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 10/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 21 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Sentencia núm. 25/2004/ (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández; la Sentencia núm. 309/2003 (Sala de lo Civil) de 1 de abril, ponente: Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, entre otras.

En este sentido en el propio Código civil se hayan establecidas diversas presunciones de fraudulencia. Así, en el art. 1.297 se indica que *“..se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienss..”*, y en el art. 643, segundo párrafo, cuando indica que *“..se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella..”*.

Otro grupo de actos que pueden ocasionar también el empobrecimiento patrimonial del deudor son aquellos en los que el deudor renuncia a un derecho que le pertenecía perjudicando los intereses de sus acreedores; ya sea la propia renuncia abdicativa, en la que el deudor unilateralmente hace voluntaria dejación de su derecho extinguiéndolo, como cuando renuncia a un derecho de propiedad o a un *“iura in re aliena”*, o la renuncia traslativa, caso en que la renuncia se efectúa en favor de una tercera persona, o la renuncia bilateral, en la que el deudor renuncia a un derecho de crédito que le pertenecía<sup>879</sup>.

---

<sup>879</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 227.

Un supuesto que parece próximo a este grupo es el contemplado por el art. 1001 del Código civil, en el que se establece que “...*si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél...*”; es decir, se faculta a los acreedores para solicitar al juez la correspondiente autorización para aceptar la herencia en nombre del heredero. La aceptación de la herencia, promovida judicialmente por los acreedores, parece que envuelve una suerte de rescisión que determina una relativa ineficacia de la repudiación, pero en realidad, éste es un supuesto que tiene un régimen con características propias y singulares que lo aparta del ámbito propio de la acción rescisoria en fraude de acreedores. Realmente, no hay en este supuesto un auténtico acto de disposición del deudor que disminuya los bienes o derechos de su garantía patrimonial; el deudor no se empobrece, sino que simplemente no se enriquece, es decir que no hay un auténtico acto de disposición del deudor que disminuya los bienes o derechos de su garantía patrimonial, por lo que, a pesar de su paralelismo, se podría concluir que en el supuesto del art. 1001 del Código civil el acto del deudor no cumple la idoneidad requerida como hecho determinante de un perjuicio pauliano<sup>880</sup>; es decir, el deudor no se empobrece, sólo simplemente no se enriquece, ocasionando un tipo de perjuicio específicamente regulado por el art. 1001 del Código civil. Por otro lado, aunque parezca apreciarse un efecto rescisorio en la ineficacia relativa a la repudación de la herencia, no obstante, el art. 1001 del Código civil no debería confundirse con el régimen propio de la institución rescisoria por fraude de acreedores, ya que su ámbito de responsabilidad viene determinado de un modo objetivo, sin necesidad de fraude alguno como juicio de reprobación del comportamiento del deudor (“...*los celebrados en fraude de acreedores...*”).)

Otro supuesto es el contenido en el art. 1.292 del Código civil que indica que “.. *son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*”; en este caso se trata de un supuesto de rescisión que presenta unas características específicas. Su régimen de responsabilidad es objetivo y afecta tanto a los pagos de deudas inexigibles como a los pagos anticipados. También se podrían

---

<sup>880</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 227 y sts.

incluir los supuestos de dación en pago cuando la prestación, en lugar del cumplimiento, supone una disposición de bienes o derechos del deudor que excede del contenido económico de la prestación inicialmente prevista.

Otro procedimiento que el deudor tiene para empobrecerse en perjuicio de sus acreedores consiste en la disminución del valor de los bienes o derechos que forman su garantía patrimonial. Aquí se deben incluir todos los actos dispositivos del deudor relativos a la constitución de derechos sobre cosas, por ejemplo, usufructo, arrendamientos, servidumbre, la constitución de derechos reales de garantía, tanto por deudas propias como por deudas ajenas, etc., que provoquen una fraudulenta disminución del valor de sus bienes patrimoniales, y en consecuencia, de su garantía patrimonial.

De esta forma, deberían excluirse del ámbito de aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores los actos del deudor que no tengan un contenido patrimonial; es decir, bienes o derechos que no estén comprendidos en su esfera patrimonial porque no son susceptibles de valoración económica (por ejemplo derechos relativos a la personalidad). No obstante, si estaría legitimado el acreedor para la acción rescisoria respecto de ciertas consecuencias derivadas del ejercicio o defensa de los mencionados derechos extrapatrimoniales; así, por ejemplo, sería viable respecto a la indemnización pecuniaria del daño moral, en la medida en que la indemnización concedida al deudor lo sea como reparación de las repercusiones de tipo patrimonial causadas por el daño moral, su renuncia podría ser objeto de rescisión<sup>881</sup>.

Queda excluida del ámbito de aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores la reclamación del perjuicio inferido a los acreedores por la inactividad o la omisión del deudor en el ejercicio de sus derechos patrimoniales, ya que la vía de actuación por parte de los acreedores en dichos supuestos es la acción subrogatoria del art. 1.111 del Código civil (“*..los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona ...*”).

---

<sup>881</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 239.

Tal como se ha indicado, la idoneidad del hecho causante del daño conduce a la identificación del perjuicio pauliano; así, daño o perjuicio se podría definir como la alteración desfavorable del estado de la garantía patrimonial del deudor, que es el soporte de su responsabilidad patrimonial, que afecta al interés de los acreedores en la satisfacción de su crédito<sup>882</sup>; dicha merma o disminución significativa de la garantía patrimonial, puede serlo tanto de los bienes o derechos, como del valor de éstos.

Para que esta merma sea relevante, a los efectos del perjuicio pauliano, se requiere un nexo de causalidad, es decir, que la disminución significativa de la garantía patrimonial del deudor que tiene como efecto la lesión del derecho de crédito, tenga su causa en el acto o negocio de disposición que se impugna. Así, el nexo, o relación de causalidad, juega como criterio delimitador en la aplicación de la acción rescisoria, afectando a los acreedores que lo sean al tiempo de efectuarse el acto dispositivo. De esta manera, el daño o perjuicio, causado por el acto dispositivo del deudor, parece que no debe alcanzar a los acreedores posteriores al mismo, ya que éstos están sujetos a un nuevo estado de la garantía patrimonial del deudor como base de su responsabilidad patrimonial<sup>883</sup>; esto parece confirmarse por el contenido del art. 1.911 del Código civil cuando indica que “.. *del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”, es decir, menciona los bienes “*presentes y futuros ..*” y no los bienes pasados o que han dejado de formar parte de la garantía patrimonial del deudor.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (Sentencias 19 de diciembre de 1916, 10 de julio de 1928, 26 de abril de 1962 y 13 de marzo de 1974)<sup>884</sup> es clara respecto a la anterioridad del crédito del acreedor respecto al acto o negocio dispositivo del deudor como requisito para la acción rescisoria. En este sentido la Sentencia de Tribunal Supremo, más reciente, como la núm. 10/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 21 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil cuando indica que “.. *basta que los bienes disponibles no sean suficientes para satisfacer los derechos de los*

---

<sup>882</sup> Así ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 230.

<sup>883</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 231.

<sup>884</sup> Sentencias citadas por ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 231.

*acreedores por haberse disminuido la posibilidad económica efectiva o haberse ocasionado una notable minoración patrimonial ....”* o la Sentencia 25/2004 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 30 de enero, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, en la que se deja entrever que el acto dispositivo causante del perjuicio del derecho de crédito es posterior al negocio jurídico del que nace el mismo.

Desde el plano de la aplicación de la acción rescisoria, la merma o disminución de la garantía patrimonial solamente es significativa a raíz de la existencia del perjuicio, lo que supone que la incidencia del acto o negocio de disposición en el estado de la garantía patrimonial ha de producir o agravar su insuficiencia respecto al valor del crédito; cuando el acto o negocio de disposición no determina esta insuficiencia patrimonial, la merma o disminución operada no es significativa a los efectos de la aplicación de la acción rescisoria, ya que en tal caso no puede decirse que el acreedor resulte perjudicado por el acto del deudor. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1997, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, indicando que “.... *Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido ....”*, en este mismo sentido la Sentencia núm. 657/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 19 de julio, ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñan.

Un segundo extremo en la determinación del “*eventus damni*”, como requisito de la acción rescisoria, hace referencia a la prueba del perjuicio. Con la prueba, o realidad del perjuicio, se culmina una fase de la acción rescisoria en donde la certeza del “*eventus damni*” exterioriza el presupuesto objetivo de la lesión del derecho de crédito. La determinación del “*eventus damni*”, como presupuesto objetivo de la lesión del derecho de crédito, se conecta con la noción de “*insolvencia*” del deudor; dicha “*insolvencia*” es representativa de la lesión del crédito en cuanto refiere una mutación del estado de la garantía patrimonial del deudor, mutación o cambio en las condiciones económicas del deudor que se caracteriza por su carácter sobrevenido y por la nota de insuficiencia patrimonial. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 19 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan, “.. *la nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida cual remedio*

*para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso..”.*

Ante la dificultad que, tradicionalmente, ha revestido el logro de un concepto unívoco de “*insolvencia*”, y su posterior desarrollo sistemático, el Tribunal Supremo ha intentado resolver la cuestión mediante la aplicación de un criterio práctico de “*insolvencia*” en orden a la prueba del perjuicio pauliano. Este criterio se formuló en torno a la valoración del fraude como “cuestión de hecho”; así, sin entrar en la definición de la “*insolvencia*”, se pasaba a la prueba del perjuicio mediante la constatación de determinados hechos. Sin embargo, la indeterminación que preside este concepto, en donde la propia determinación del fraude es dejada a la libre y arbitraria apreciación del juzgador, llevó a una doctrina jurisprudencial caracterizada por la falta de claridad acerca de los criterios decisivos en la valoración del fraude y, en consecuencia, de los hechos que probaban el perjuicio. Así, frente a Sentencias (9 de mayo de 1896, 3 de mayo de 1956 y 31 de marzo de 1965) en donde se exigía al acreedor una búsqueda, quasi-policial, para que probase la total inexistencia de bienes libres, otras (por ejemplo 31 de diciembre de 1907) sentaba el criterio más razonable sobre la prueba del perjuicio en los siguientes términos “*para los efectos de la acción rescisoria existe insolvencia cuando, aunque puedan existir, o sean conocidos otros bienes que los que han sido objeto del contrato realizado en fraude de acreedores*”<sup>885</sup>.

No obstante, sentada la juridicidad del concepto de “*insolvencia*” por medio de su tipicidad legal, no es posible su reducción a un mero criterio práctico huérfano de valoración alguna; se trata de una calificación jurídica y, como tal, sujeta a los presupuestos y condicionantes impuestos por la norma. Así, la prueba de la “*insolvencia*” debería dirigirse hacia la constatación objetiva de la incapacidad

---

<sup>885</sup> Sentencias citadas por ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 233.

patrimonial del deudor<sup>886</sup>. De esta forma, en el ámbito extraconcursal, no es necesario que esta nota de insuficiencia patrimonial venga probada con base a la ponderación global del patrimonio del deudor respecto al importe de las deudas exigibles, sino que su acreditación se particulariza en atención a la relación de causalidad que media entre el acto realizado y el perjuicio irrogado; de esta manera, la merma o disminución patrimonial es significativa cuando la incidencia del acto o negocio de disposición en el estado de la garantía patrimonial del deudor produce o aumenta considerablemente su insuficiencia respecto del valor del crédito<sup>887</sup>. En esta línea, de interpretación más flexible y objetiva, se mueve la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de abril de 1992, ponente: Excmo, Sr. Alfonso Villagómez Rodil, cuando indica que *“la jurisprudencia, interpretando los art. 1.111, 1.291.3 y 1.294 y sts del Cc., viene declarando las condiciones específicas y determinantes de la concurrencia del fraude de acreedores como precisas para la efectividad de la acción revocatoria o pauliana, con reintegro del patrimonio del deudor de los bienes que se hayan enajenado fraudulentamente, siendo dichos requisitos: a).- la existencia de un crédito a favor del accionante, y b).- que se dé la realidad de una efectiva transmisión de bienes a cargo de deudor a terceros, si bien no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que ser total, pues es suficiente que concurra una minoración provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera una real y persistente daño al acreedor, por la acción fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que, no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan, salvo el de la rescisión postulada del contrato de compraventa, conforme al art. 1294 Cc. y al carácter subsidiario de la acción pauliana con proyección rescisoria sobre el acto que la precede de disposición realizada por el deudor y que determinará que dicha acción se tenga y repute como positiva, cuando se justifique que el acreedor no tiene la disponibilidad de otros procederes o maneras para lograr el abono cumplido de su crédito...”*

<sup>886</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 234.

<sup>887</sup> ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 234, afirma que sobre esta base, no cabe admitir, como prueba suficiente, aquellos indicios que no corroboren directamente, tanto una situación de insuficiencia patrimonial del deudor, como la relación de causalidad que media entre el acto realizado y el perjuicio irrogado, tales como meros supuestos de incumplimiento de obligaciones, el protesto de letras de cambio, el deshaucio del local en el que radicaba su industria o su derecho a la defensa gratuita.

Tal como ha quedado evidenciado en las citadas sentencias del Tribunal Supremo es en el campo de la aplicación de la acción pauliana en donde se ha desarrollado la doctrina jurisprudencial más relevante de la “*insolvencia*” en el ámbito extraconcursal. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo 10/2005 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 21 de enero, ponente: Excmo. S. D. Alfonso Villagómez Rodil; Sentencia 25/2004 (Sala de lo Civil – Sección 1ª) de 30 de enero, Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández; Sentencia 309/2003 (Sala de lo Civil) de 1 de abril, ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez- Calcerrada y Gómez, entre otras, en el sentido de que no es preciso obtener en juicio previo la declaración de “*insolvencia*”, y no requerir, tampoco, una “*insolvencia*” total, sino ser suficiente que los bienes disponibles no sean bastantes para satisfacer los derechos de los acreedores por haberse disminuido la posibilidad económica efectiva o haberse ocasionado una notable minoración patrimonial que impida al acreedor percibir sus derechos y, también, cuando cuando el reintegro se presenta sumamente dificultoso.

En cuanto al otro remedio referido en el art. 1.111 del Código civil (“*los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que este en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona*”), es decir, la “acción subrogatoria”, puede ser definida como el poder que el ordenamiento jurídico confiere a los acreedores, ante la inactividad del deudor, para ejercitar sus derechos y acciones con el fin de percibir el crédito impagado<sup>888</sup>. La configuración jurídica de la “acción subrogatoria” responde a un supuesto de legitimación extraordinaria especialmente previsto por la ley y atribuido a los acreedores.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la “acción subrogatoria”, la doctrina tradicional sostiene mayoritariamente<sup>889</sup> su función ejecutiva, de forma que la acción subrogatoria se presenta como un complemento del embargo de derechos del deudor; esta tesis, cuenta, además de otras razones de orden histórico, con un claro respaldo en el derecho positivo, así, en el propio art. 1.111 del Código civil cuando se indica que “*..después de haber perseguido los bienes el deudor ..*”.

---

<sup>888</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 235.

<sup>889</sup> Cita por ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 235.

No obstante la distinta configuración técnico-jurídica de ambas medidas (“acción pauliana” y “acción subrogatoria”), la tipicidad de la “*insolvencia*”, como hecho o causa legal que refiere la lesión del derecho de crédito, exterioriza una función común a ambas que confiere una unidad de sentido y de alcance; es decir, la tutela de la efectividad, o el valor de realización, del derecho de crédito. Estas acciones (pauliana y subrogatoria), formando parte del contenido natural del derecho de crédito, tienen su fundamento primario en la responsabilidad patrimonial del deudor.

En la acción subrogatoria, al igual que en la acción pauliana, la “*insolvencia*” del deudor es constitutiva de su presupuesto material, por lo que el acreedor deberá acreditar el perjuicio derivado de la inactividad del deudor en la esfera de sus derechos y acciones de contenido patrimonial; con respecto a dicha prueba pueden ser aplicables los criterios anteriormente apuntados para la acción pauliana, es decir, la constatación de la “*insolvencia*” no precisará de un juicio previo que la declare, pudiéndose acreditar en el curso del proceso en donde se ejercite la acción subrogatoria. Tampoco tendrá el acreedor que justificar la insolvencia plena, sino que será suficiente con que pruebe la inexistencia de bienes libres conocidos del deudor a través de una ejecución infructuosa<sup>890</sup>.

#### **3.4.2.4. El caso del pago anticipado y su rescisión como acto fraudulento**

Se establece en el art. 1.292 Código civil que “*son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*”<sup>891</sup>.

<sup>890</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 236, cita la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de junio de 1912.

<sup>891</sup> El antecedente mediato del art. 1292 C.c. se encuentra en el art. 1167 del Code y el inmediato en el art. 1180 del Proyecto de 1851 conforme al cual “*queda también sujeto a rescisión, y puede revocarse el pago hecho en estado de insolvencia por obligaciones cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo del pago*”. GARCIA COYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Madrid, 1852, p. 191 y sts, explica que en lugar de seguir en este punto lo dispuesto en el Derecho romano a favor de su validez, la Comisión prefirió atenerse a su sanción contemplada por los art. 1038 y 1039 del Código de Comercio de 1829, concordantes con los art. 879 y 880 del vigente Código de Comercio. La doctrina mayoritaria opina que el art. 1292 C.c. comprende tanto los supuestos de pagos anticipados como los pagos por deudas inexigibles (por ejemplo deudas prescritas, deudas derivadas de obligaciones naturales...).

La generalidad del art. 1.167 del Code (“*Podrán también, a título personal, impugnar los actos del deudor realizados en fraude de sus derechos*”), antecedente mediato del art. 1.292 del Código civil, originó una doctrina jurisprudencial negativa respecto a la revocabilidad de estos pagos, ante la falta de una norma concreta que desarrollara la regla principal contenida en el art. 1.167 del Code. Por otro lado, la validez de la figura del pago anticipado se conectaba con el ejercicio lícito del derecho a cobrar aquello que se debe, o bien, con el carácter no fraudulento derivado de su configuración como acto debido<sup>892</sup>.

En nuestro Derecho positivo, por encima de cualquier interpretación, parece que hay que sostener la plena sujeción de los pagos anticipados al marco de aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores, conforme a las condiciones determinadas en el art. 1.292 del Código civil<sup>893</sup>. Asimismo, no parece que pueda defenderse la eficacia del pago anticipado sin ningún tipo de limitación, si bien es cierto de que se parte de la existencia y legitimación del crédito satisfecho, no es menos cierto que su realización o satisfacción se opera temporalmente de un modo inexacto. Esta circunstancia, si bien no demuestra por sí sola la fraudulencia del pago, si denota su irregularidad en el desenvolvimiento normal de la relación obligación de la que trae causa el pago. Por ello es difícilmente admisible la aseveración de que el acreedor que recibe el pago anticipado simplemente ejercita su derecho, pues el ejercicio de tal derecho de crédito es, en cualquier caso, irregular o intempestivo.

En el ordenamiento jurídico español se decreta la rescisión del pago anticipado en situaciones de colisión de créditos cuanto dicho pago anticipado determina, o agrava, la incapacidad patrimonial del deudor, perjudicando a los demás acreedores en aras a una preferencia de cobro injustificada. El fundamento de esta medida rescisoria no parece

---

<sup>892</sup> Aunque en algunos textos del Digesto se admitiese la validez de estos pagos anticipados, los juristas romanos pusieron de manifiesto el posible carácter fraudulento que podía revestir el pago anticipado. Así, en Digesto 42, 8, 10, se indica que “*si el deudor que defrauda pagara al contado lo que debía con un plazo, deberá decirse que tendrá lugar la acción (rescisoria por fraude) por la ventaja que haya en la anticipación del pago, pues el pretor entiende que también puede haber fraude por adelantarse en el tiempo*”. También en el Digesto 41, 8, 17, “*si un marido, queriendo defraudar a sus acreedores, hubiese restituido a su mujer la dote tan pronto se disolvió el matrimonio, sin esperar el plazo en que debía restituir, su mujer pagará mediante esta acción (rescisoria por fraude) el interés que tenían los acreedores en que la dote se restituyera a su tiempo, pues el pretor entiende que también puede haber fraude por adelantarse un pago en el tiempo*”.

<sup>893</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia, tirant lo blanch*, Valencia, 1994, p. 239.

diferir del que preside la posición del instituto del fraude de acreedores; se trata de tutelar la efectividad del derecho de crédito sancionando aquellos actos que de un modo injustificado disminuyen significativamente la garantía patrimonial del deudor. Así, en este caso, la “*deminutio patrimonii*” no se produce por la vía del negocio de disposición, sino que se instrumentaliza a través de un acto programado o de mera ejecución consistente en el pago anticipado de la deuda. En definitiva, la tutela dispensada revierte en el principio de igual condición de los acreedores (“*par conditio creditorum*”) en el ámbito de su aplicación extraconcursal.

De esta forma, la determinación del fraude, en el supuesto de pago anticipado queda configurada de un modo objetivo<sup>894</sup>, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de la rescisión de un contrato o negocio de disposición, es decir, la impugnación del pago no requiere de la constatación del presupuesto subjetivo de la responsabilidad derivada del deudor y tercero, sino que se precisa únicamente de la prueba de dos circunstancias objetivas, que son el estado de “*insolvencia*” del deudor y la inexigibilidad de la obligación en el momento de efectuarse el pago. Así, la concurrencia de estas dos circunstancias objetivas confirma plenamente la irregularidad del pago anticipado, estableciéndose una absoluta presunción de fraudulencia “*iuris et de iure*”; de modo análogo a lo dispuesto para las enajenaciones a título gratuito en el art. 643 y 1.297 del Código civil.

Otra dificultad que plantea el art. 1.292 del Código civil (“*.. son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*”) es su concordancia con el art. 1.129.1 del Código civil (“*.. Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda..*”). De una primera lectura del contenido de ambos preceptos parece deducirse un antagonismo entre ellos; es decir, en un caso (art. 1.129.1 del Código civil) se establece que el deudor insolvente, con deuda no garantizada, no puede beneficiarse del plazo, ante una posible reclamación del acreedor, y por otro

---

<sup>894</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, nota 257, p. 239, afirma que el fraude resulta objetivado ante las circunstancias previstas por el art. 1292 Cc, es decir, irregularidad del pago respecto su exacta exigibilidad y situación de insolvencia del deudor.

lado (art. 1.292 del Código civil) se declaran rescindibles los pagos anticipados efectuados por el deudor insolvente.

El problema ha sido abordado por la doctrina desde diferentes enfoques. Un sector doctrinal<sup>895</sup> defiende la prevalencia del art. 1.129.1 del Código civil; así, para este sector doctrinal, la exigibilidad anticipada, prevista legalmente, sólo puede ser irrevocable, al igual que el pago de una deuda vencida escapa del ámbito de aplicación del art. 1.292 del Código civil. Otro sector doctrinal<sup>896</sup> es de la opinión que mientras el art. 1.129.1 del Código civil contempla una consecuencia general de la “*insolvencia*” que atañe a la relación jurídica entre el acreedor y el deudor, el art. 1292 del Código civil tiene un campo de acción más estricto, es decir “*insolvencia*” más fraude, y mira hacia un plano más elevado de colisión de derechos de crédito. Existe un tercer sector doctrinal que defiende una posición intermedia, o conciliadora,<sup>897</sup> afirmando que la relación entre los dos preceptos no tiene por que ser de exclusividad, sino que, por el contrario, se podría deducir una aplicación conjunta, argumentando que el vencimiento anticipado del art. 1.129.1 del Código civil puede exigir, en caso de oposición del deudor, una declaración judicial, lo que permitiría la aplicación del art. 1.292 Código civil a todos los pagos anticipados realizados en estado de “*insolvencia*” cuando aquella declaración no se hubiese obtenido.

Por su parte, también se puede observar que, desde el punto de vista de la tipicidad de ambos preceptos, su función y alcance son distintos. En el caso de vencimiento anticipado de la obligación (art. 1.129.1 del Código civil) la “*insolvencia*” sobrevenida del deudor determina la exigibilidad anticipada del crédito, configurándose como una facultad atribuida al acreedor, no existiendo, por lo tanto, ninguna idea de fraude subjetivo en dicho supuesto. Sin embargo, en el supuesto de pago anticipado del art. 1292 del Código civil la incidencia de la “*insolvencia*” conduce a su caracterización como una modalidad de fraude configurada, objetivamente, como una presunción. Por

---

<sup>895</sup> Así, MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Papua, 1970, p. 70 y ss; DISTASO, N, *Il mecí di conservazione Della garanzia patrimoniale. Azione surrogatoria. Azione revocatoria. Sequestro conservativo*, Turín, 1973, p. 213 y ss.

<sup>896</sup> Así, MANRESA NAVARRO, *Comentario al Código Civil español*, t. VIII, Madrid, 1950, p. 563.

<sup>897</sup> Así, DIEZ PICAZO, *El pago anticipado*, *Revista de Derecho mercantil*, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre, 1959, p. 113 y ss; MORENO QUESADA, *De la rescisión de los contratos*, en *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCIA, t. XVII, vol 2º, Madrid, 1981, p. 130 y ss.

ello, ORDUÑA MORENO<sup>898</sup> afirma la compatibilidad de ambos preceptos y su no exclusión, indicando que, difícilmente, el art. 1.292 del Código civil puede impedir, o limitar, la aplicación del art. 1.291.1 del Código civil cuando el pago anticipado ni puede tacharse de fraudulento, ni de irregular.

¿Significa ello que debe adoptarse un criterio plenamente favorable a la aplicación del art. 1.291.1 del Código civil?. El citado autor es de la opinión negativa. Ello lo fundamenta, no en la fraudulencia del pago realizado, sino en las propias limitaciones que reviste el poder conferido al acreedor, de modo que el ejercicio de la facultad conferida al acreedor por el art. 1.291.1 del Código civil no cambia la condición del crédito convirtiéndolo en privilegiado para el cobro preferente, es decir, que lo que realmente no puede hacerse, no es tanto recibir anticipadamente el pago, sino fundarse en el art. 1.129.1 del Código civil para recibir un pago preferente en perjuicio de los demás acreedores.

En consecuencia, sólo la pasividad y/o inactividad del resto de los acreedores será determinante de la plena eficacia del pago anticipado del deudor en estado de “*insolvencia*”<sup>899</sup>. De esta forma, parecen compatibles dichas normas, en el sentido de que el ejercicio por el acreedor de la facultad de vencimiento anticipado ( art. 1.129.1 del Código civil) no debe suponer convertir su crédito en más privilegiado en detrimento del resto de acreedores que, en este caso, si podrán valerse del art. 1.292 del Código civil (“*son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*”)

Por otro lado, aunque el art. 1.292 del Código civil utiliza la fórmula “*estado de insolvencia*” para aludir a la “*insolvencia*” del deudor, no debería haber duda de que dicha fórmula responde a la descripción de la “*insolvencia*” como presupuesto material de la lesión del crédito; a pesar de utilizar una referencia circunstancial del perjuicio irrogado, es decir, el “*estado de insolvencia*” como situación objetiva de insuficiencia

<sup>898</sup> *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p.242.

<sup>899</sup> Según ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 243, indica que de esta forma se compatibilizan los art. 1129 y art. 1292 CC., pues de otro modo el art. 1292 C.c. restringiría considerablemente las posibilidades de actuación del art. 1129.1 Cc.

patrimonial del deudor<sup>900</sup>. De esta forma, el pago realizado conforme a las condiciones previstas por el art. 1.292 del Código civil, determina una alteración de las condiciones patrimoniales del deudor consistente en una merma o disminución significativa de la garantía patrimonial.

#### **3.4.2.5. La delegación pasiva de la deuda**

Esta figura jurídica está recogida en el art. 1.206 del Código civil indicando que “ *..la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida por el deudor al delegar su deuda..*”<sup>901</sup>.

En el citado precepto se dispone que, mediante la aceptación por el acreedor de un nuevo deudor, se traslada el riesgo de la “*insolvencia*” del primitivo al nuevo, que dando, en consecuencia, liberado el primitivo deudor; así la “*insolvencia*” sobrevenida del nuevo deudor no produce ninguna repercusión en la situación jurídica del deudor primitivo<sup>902</sup>. De esta forma, el Código civil viene a confirmar la relevancia de la aceptación, o consentimiento, del acreedor como hecho determinante de la distribución del riesgo derivado de la “*insolvencia*” del deudor<sup>903</sup>.

A pesar de que el art. 1.206 del Código civil nada indica, es posible, en virtud lo establecido en el art. 1.255 del Código civil (“*.. los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público..*”) que el deudor delegante venga obligado a responder de la capacidad o solvencia del nuevo deudor cuando así se haya establecido por vía negocial; así la responsabilidad del primitivo deudor delegante

<sup>900</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 243.

<sup>901</sup> El antecedente directo del precepto se encuentra en el art. 1136 del Proyecto de 1851 “*la insolvencia del deudor sustituido por delegación, no dará derecho al acreedor para reclamar del primitivo deudor, a no ser que la insolvencia fuera anterior y pública o conocida del deudor*”. GARCIA GOYENA, después de matizar que las leyes romanas no distinguían entre la insolvencia actual o posterior del deudor, señala que la concordancia del precepto en la “*ratio común*” de la posible acción dolosa del deudor delegante; de modo que cuando la insolvencia anterior es notoria o pública, se presume “*iuris et de iure*” que lo sabía el deudor; si no fue pública, el acreedor habrá de probar que el deudor lo sabía. En ambos casos habrá solo por parte del deudor y las leyes no favorecen a los dolosos.

<sup>902</sup> Cuestión referida a la asunción liberatoria, no al caso de la asunción cumulativa.

<sup>903</sup> Dicha relevancia del consentimiento del acreedor no sólo está presente en el supuesto del art. 1206 C.c. sino también en el caso del art. 1205 C.c. “*la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no si el consentimiento del acreedor*”.

requiere un pacto expreso en donde se contemple su condición de garante o fiador del deudor delegado.

Cuando el art. 1.206 del Código civil (“... *salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda.*”) dispone la responsabilidad del deudor delegante por la “*insolvencia*” anterior del deudor delegado trata de un supuesto de lesión del derecho de crédito, en donde la tipicidad legal de la “*insolvencia*” vuelve a ser representativa del presupuesto material del perjuicio irrogado al acreedor, justificando una específica medida de tutela de protección consistente en la ineficacia del consentimiento liberatorio de la delegación acordada.

Por otro lado, si se está ante un supuesto de lesión del derecho de crédito que tiene como objeto específico de tutela la posible efectividad, o valor de realización, del crédito, conforme al interés patrimonial del acreedor, parece que el supuesto de hecho del art. 1.206 del Código civil contempla una única excepción a la regla general relativa a la falta de responsabilidad por la “*bonitas nominis*” del deudor delegado, quedando delimitada esta excepción en torno a la concurrencia de dos presupuestos; es decir no se estaría ante dos excepciones o requisitos, sino ante una sola excepción compuesta por un presupuesto objetivo, la “*insolvencia*” anterior del deudor, y por un presupuesto subjetivo, delimitado en torno a dos variantes con diferente régimen; a) “*insolvencia*” pública y b) “*insolvencia*” conocida<sup>904</sup>.

Así, la excepción contemplada por el art. 1.206 del Código civil requiere, por lo tanto, de la concurrencia de dos presupuestos, uno objetivo (“...*insolvencia hubiese sido anterior.*”) en donde se materialice la lesión o perjuicio causado al acreedor, mostrándose dicho presupuesto como el elemento impulsor del ejercicio de este remedio. A diferencia de la caracterización general de la “*insolvencia*”, como causa determinante de efectos jurídicos, en donde una de sus notas características es su carácter sobrevenido, en este supuesto la anterioridad de la “*insolvencia*” encuentra su explicación en la adaptación del presupuesto objetivo de la lesión del crédito a la

---

<sup>904</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 248, afirmando que de esta forma se resuelve la tradicional polémica que ha presidido la interpretación gramatical acerca del alcance disyuntivo o adversativo del giro empleado por el precepto: “*insolvencia anterior y pública o conocida del deudor*”.

estructura y función de la figura de la delegación de la deuda. La eficacia liberatoria que acompaña la delegación pasiva de la deuda se torna en un resultado claramente perjudicial o lesivo cuando el cambio del deudor frustra la expectativa de realización del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito en el marco de la relación obligatoria. Ante ello, el momento temporal relevante, a los efectos previstos por el art. 1026 del Código civil, viene determinado por la anterioridad de la “*insolvencia*” del deudor delegado respecto de la celebración del negocio de delegación, momento en el que se pone de manifiesto “*ab initio*” la lesión del crédito, y no con relación a la “*insolvencia*” posterior o sobrevenida, que dará lugar a otros específicos medios de tutela del derecho de crédito, como por ejemplo la facultad de vencimiento anticipado del art. 1.129.1 del Código civil.

El otro presupuesto de la excepción contemplada en el art. 1.206 del Código civil es subjetivo (“... y *pública o conocida del deudor al delegar su deuda* ...”); entraña una noción de culpa como juicio de reprobación e imputación del resultado lesivo. Este régimen de responsabilidad establecido por el art. 1.206 del Código civil atiende a la esfera valorativa del comportamiento del deudor delegante, quedando al margen la posible responsabilidad del acreedor.

La concreción de esta responsabilidad por culpa en el ámbito del art. 1.206 del Código civil encierra un alto grado de especialización; ya se ha mencionado como el régimen de responsabilidad, según el precepto, atiende a la esfera valorativa del comportamiento del deudor delegante, quedando al margen la responsabilidad del acreedor delegatario. De esta forma, la responsabilidad del deudor delegante viene acotada en orden a dos manifestaciones; una, relativa al carácter “*público*” de la “*insolvencia*”, en donde se presume “*iuris et de iure*” la responsabilidad del deudor delegante, y otra, relativa al posible “conocimiento” del deudor delegante de la “*insolvencia*” del deudor delegado; el acreedor no debe ser constreñido a probar el dolo o mala fe del deudor delegante, sino que le basta con acreditar su “*scientia*” o conocimiento de la “*insolvencia*” del deudor delegado, estableciendo un paralelismo con la rescisión por fraude de acreedores.

En ambas manifestaciones de la responsabilidad subyacente, se pone de manifiesto la incidencia del presupuesto objetivo (“.. anterior ..”) como elemento impulsor en el ejercicio del remedio establecido en el art. 1.206 del Código civil, de forma que la “*ratio*” del precepto no es tanto el dolo o fraude del deudor delegante, sino la lesión del derecho de crédito en cuanto que la “*insolvencia*” del deudor delegado es representativa de un daño causado injustificadamente que supone la frustración de legítimo interés del acreedor en las expectativa de realizar su derecho de crédito<sup>905</sup>.

¿Qué naturaleza jurídica tiene este recurso que el art. 1.206 del Código civil concede al acreedor?<sup>906</sup>. Dicho precepto alude a dicha naturaleza cuando dispone que “*la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda*”; es decir, confirmando la ineficacia del consentimiento liberatorio y, por tanto, la subsistencia del vínculo obligatorio con el deudor delegante. En este sentido, el poder conferido al acreedor se desenvuelve a través de una pretensión de impugnación dirigida a provocar la ineficacia de los efectos derivados del acto o negocio de delegación celebrado. A diferencia de los supuestos de ineficacia en donde se produce la misma automáticamente por la mera aplicación de la norma correspondiente, la ineficacia contenida en el art. 1206 del Código civil no opera con este automatismo, ya que se parte de la validez del negocio jurídico de delegación celebrado<sup>907</sup>; dicha validez deviene claudicante ante la relevancia de la lesión de la efectividad o valor de realización del derecho de crédito, con las condiciones establecidas en el art. 1.206 del Código civil.

Con respecto a la cuestión de la prueba de la “*insolvencia*” del deudor delegado hay que diferenciar las dos hipótesis apuntadas por el art. 1206 del Código civil en las que viene acotada la responsabilidad del deudor delegante. En cuanto a la primera de ellas, es decir la “*insolvencia*” pública del deudor delegado, al acreedor le basta con acreditar

---

<sup>905</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 249.

<sup>906</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 249, indica que el art. 1206 C.c. dispone “*a sensu contrario*” que la insolvencia anterior del deudor delegado revive la acción del acreedor contra el primitivo deudor, confirmando la ineficacia del consentimiento liberatorio y, por tanto, la subsistencia del vínculo obligatorio con el deudor delegante.

<sup>907</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, Valencia, 1994, p. 250.

dicho carácter para que la sanción de la norma se aplique de forma objetiva; pero ¿qué se entiende por “*insolvencia*” pública?. En principio, parece claro, que “*insolvencia*” pública lo sería aquella que ya ha sido probada judicialmente con arreglo al ejercicio de una acción o facultad que tenga como presupuesto material de su pretensión la situación de insuficiencia patrimonial del deudor delegado; es decir que el carácter público de la “*insolvencia*” no debería reconducirse únicamente a la “*insolvencia*” judicialmente declarada en procedimiento concursal, sino que también tiene virtualidad en el ámbito extraconcursal cuando la “*insolvencia*”, como hecho o causa legal que refiere la lesión del crédito, resulta acreditada con ocasión de la oportuna pretensión de tutela interesada, por ejemplo el vencimiento anticipado del crédito del art. 1129.1 del Código civil, o la rescisión por fraude de acreedores del art. 1.111 y art. 1.291.3 del Código civil.

En este sentido, el acreedor ejecutante de la medida contenida en el art. 1.206 del Código civil no debería estar obligado a incoar un nuevo procedimiento para acreditar la “*insolvencia*” del deudor delegado, debiendo ser suficiente con que presente testimonio del auto de declaración de concurso (art. 21 “Ley Concursal”) del deudor delegado o, en su caso, testimonio del embargo infructuoso de sus bienes. Por su parte, el deudor delegante, podría oponerse acreditando la existencia de bienes libres del deudor delegado en cuantía suficiente para que el acreedor pudiera realizar su derecho de crédito. También parece que la “*insolvencia*” pública debería poder probarse aportando testimonio de la sentencia dictada en el procedimiento en el que se interesa alguna medida de tutela del derecho de crédito en el que la “*insolvencia*” del deudor delegado es presupuesto de hecho establecido en la norma que establece como efecto jurídico la correspondiente medida de tutela.

En cuanto la segunda manifestación subjetiva prevista en el art. 1.206 del Código civil, es decir la “*insolvencia*” conocida del deudor, su prueba por parte del acreedor es más compleja, ya que no sólo tiene que probar la “*insolvencia*” del nuevo deudor, sin necesidad de juicio previo y con medios directos que acrediten la incapacidad patrimonial del nuevo deudor, concretamente mediante la inexistencia o insuficiencia de bienes libres conocidos en su patrimonio, o por medio de la práctica de embargo infructuoso, sino también la “*scientia*”, o conocimiento de tal situación de “*insolvencia*” por el deudor delegante. Ahora bien, del tenor literal del art. 1.206

Código civil, no parece que el acreedor deba probar la “mala fe” del deudor delegante, al menos en su acepción dolosa, sino que debería ser suficiente con que demuestre su inexcusabilidad, en cuanto al conocimiento de la “insolvencia” con un criterio de diligencia media exigible; esto es, que de las circunstancias, resultantes y probadas, pudo y debió conocer la situación de “insolvencia” en la que se encontraba el deudor delegado<sup>908</sup>.

#### **3.4.2.6. La facultad del vendedor de suspender la entrega de la cosa**

Se establece el art. 1.467 del Código civil que “...*tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso de que el comprador afiance pagar en el plazo convenido ..*”<sup>909</sup>. Del contenido de este precepto se desprende que su ámbito de aplicación lo es el contrato de compraventa con pago aplazado, quedando, por lo tanto, excluido de su ámbito las compraventas al contado.

La facultad (“... *tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida ...*) otorgada al vendedor por el art. 1.467 del Código civil responde a la función de tutela que se desprende de la relevancia jurídica de la “insolvencia” como referente de la lesión del crédito; se concreta como una específica medida de tutela preventiva, cual es la facultad de paralizar o denegar la entrega de la cosa objeto del contrato de compraventa. Es decir, una integración de la tipicidad legal de la “insolvencia” en la estructura y contenido del contrato de compraventa.

El ejercicio de la facultad prevista en el art. 1.467 del Código civil precisa de la concurrencia de dos requisitos de carácter objetivo; uno, que se trate de una compraventa con pago aplazado y, otro, la situación de “insolvencia” del comprador. Fuera de estos dos requisitos no se desprende de la norma ningún otro, que no esté

<sup>908</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F. J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 252.

<sup>909</sup> Esta regla tiene su origen en una aplicación analógica del art. 1188 del Code, relativa al vencimiento anticipado de la obligación, al campo de la compraventa. El antecedente inmediato del precepto es el art. 1390 del Proyecto de 1851.

comprendido en la tipicidad legal de la “*insolvencia*” como causa que refiere la lesión del crédito.

De esta manera parece que cuando el art. 1.467 del Código civil alude a “...*si después de la venta..*”, es decir a un momento posterior a la formalización del contrato de compraventa, no está realmente estableciendo un presupuesto temporal extraño al visto en la configuración de la “*insolvencia*” como presupuesto material de la lesión del crédito; en efecto, dicha matización no hace sino confirmar la caracterización de la “*insolvencia*” en una de sus notas que le otorga relevancia como causa que refiere la lesión del crédito, es decir, su carácter sobrevenido.

En consecuencia, la “*insolvencia*”, anterior o coetánea, del comprador no parece ser la contemplada en el art. 1.467 del Código civil y, por lo tanto, no debería ser procedente la específica medida de tutela o protección establecida en la norma en esos casos, pues dicha “*insolvencia*” era de la incumbencia e interés del vendedor el conocerla<sup>910</sup>. Asimismo, otra razón, de la que se puede deducir el carácter de “*insolvencia*” sobrevenida, se encuentra porque en el plano de la tipicidad legal de la “*insolvencia*” su carácter sobrevenido es una de las notas requeridas para su relevancia como causa determinante de efectos jurídicos; precisamente esa variación sobrevenida de las condiciones económicas del comprador es el hecho que justifica la facultad conferida al vendedor de suspender la entrega de la cosa objeto del contrato de compraventa.

No obstante, una sector importante de la doctrina<sup>911</sup>, es de la opinión de que, en base a una interpretación meramente gramatical del art. 1.467 del Código civil (“...*si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente*” ...), habría que entender que dicho precepto comprende no sólo la “*insolvencia*” sobrevenida sino también la anterior, bastando con que el vendedor la descubra o conozca después de la compraventa.

---

<sup>910</sup> En este sentido ORDUÑA MORANO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 255.

<sup>911</sup> Así LACRUZ BERDEJO y RIVERO HERNANDEZ, *Elementos de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol 3º, *Contratos y cuasicontratos*, 2ª edic, Barcelona, 1986, p. 53.

ORDUÑA MORENO<sup>912</sup>, por su parte, no es partidario de dicha interpretación amplia del precepto, indicando que con dicha interpretación se amplía, injustificadamente, su ámbito de aplicación y se desconoce la tipicidad de la “*insolvencia*” como causa que refiere la lesión del derecho de crédito; la investigación de una “*insolvencia*”, “anterior” o “coetánea”, a la celebración del contrato de compraventa debería ser una carga perfectamente atribuible al vendedor en el momento de formalizar el contrato de compraventa.

Por otro lado, del contenido del art. 1.467 del Código civil (“... *de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio...*”) tampoco parece deducirse ningún elemento nuevo a la configuración de la “*insolvencia*” como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito; simplemente tiene un carácter ilustrativo; tal como se ha indicado en este trabajo, en el apartado correspondiente a los antecedentes clásicos de la “*insolvencia*”, ésta fue representativa de un cualificado “*eventus damni*” en donde la merma significativa de la garantía patrimonial del deudor (“*deminutio patrimonii*”) lleva implícita la noción de inminente riesgo que corría el acreedor en el posible cobro o realización de su derecho de crédito.

En el art. 1.467, *in fine*, del Código civil (“...*se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido*”...) se contiene una excepción, paralela a la contenida en el art. 1.129.1 del Código civil (“... *salvo que garantice la deuda ...*”), en el sentido de que la facultad conferida al vendedor en el precepto (“... *tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida ...*”) cuando el comprador afiance pagar, en el plazo convenido, el importe aplazado del precio de la compraventa; esta consecuencia está conectada con el objeto específico de la tutela, cual es la efectividad o el valor de realización del derecho de crédito. De esta forma, con la fianza prestada, difícilmente se podría constatar el presupuesto material de la lesión del derecho de crédito del vendedor; en este sentido, aunque el art. 1.467, *in fine*, del Código civil se refiera expresamente a “... *afiance ..*” también debería ser admisible cualquier otro medio de garantía (por ejemplo garantías reales) con tal que sirvan a su objeto, es decir, asegurar suficientemente el pago aplazado de la compraventa.

---

<sup>912</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia tirant lo blanch*, Valencia, 1994, p. 256.

Por otro lado, se debe entender aquí por reproducido lo indicado en este trabajo sobre la prueba de la “*insolvencia*” por parte del comprador, especialmente en cuanto a que la misma incumbe al vendedor y que no es necesaria que dicha “*insolvencia*” venga acreditada en un procedimiento previo, sino que basta su constatación en el curso del proceso en el que se ventile la pretensión de tutela al art. 1.467 del Código civil.

### ***3.4.3. La tipicidad de la “insolvencia” como cauce de la recíproca cobertura del riesgo derivado de la misma***

#### ***3.4.3.1. Ideas previas***

Una segunda vía de expresión de la juridicidad de la “*insolvencia*” viene representada por aquellos supuestos en donde el Código civil dispone su incidencia en atención a una determinada consecuencia jurídica del correspondiente supuesto de hecho: la recíproca cobertura del riesgo de la insolvencia<sup>913</sup>.

En estos supuestos existe una pluralidad de sujetos en la relación obligatoria, y el perjuicio derivado de la “*insolvencia*” de uno de ellos deber ser soportado, proporcionalmente, por el resto de sujetos. En estos casos la tipicidad de la “*insolvencia*” no refiere directamente a la lesión del derecho de crédito, y por lo tanto su incidencia no se dirige a facilitar su efectividad o valor de realización, sino que opera una excepción a la regla general que individualiza el riesgo de la solvencia en orden al titular del crédito, mediante su recíproca cobertura, en consideración a un fundamento de corte comunitario<sup>914</sup>. Su configuración jurídica arranca de la valoración conceptual de la solvencia del deudor como un auténtico y propio riesgo, para pasar a concretarse en una especial distribución del mismo con base a la naturaleza y estructura de la relación subyacente.

#### ***3.4.3.2. Los supuestos contenidos en el art. 1.071, 1.145 y 1.844 del Código civil***

##### ***3.4.3.2.1. El supuesto del art. 1.071 del Código civil***

En el art. 1.071 Código civil se establece que “ *..La obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcionada a su respectivo haber hereditario; pero si*

---

<sup>913</sup> Parece ser que el primer reconocimiento formal de la recíproca cobertura del riesgo de la insolvencia se dio en la “*actio pro socio*” concretamente en Digesto, 17,2,67. En dicho texto ya se observaba como su formulación responde a un fundamento que se extrae de las reglas y principios que rigen la comunidad, especialmente de la que establece el trato igual y equitativo en el reparto del daño acontecido.

<sup>914</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 259.

*alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado. Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore su fortuna...*<sup>915</sup>; de esta forma. queda establecida la recíproca responsabilidad de los coherederos por la evicción de algún bien adjudicado correspondiente a la herencia, y la recíproca cobertura del riesgo de la “*insolvencia*” de alguno de ellos.

Esta consecuencia, contenida en el art. 1.071 del Código civil, denominada técnicamente “*praestare evictione*”, responde a una previa obligación que surge del propio hecho de la división como fuente de obligaciones, cual es la de garantizar contra el riesgo de evicción; así, su fundamento reside en el mantenimiento de uno de los principios rectores de la comunidad hereditaria que acompaña al resultado particional, es decir, el reparto proporcional de los daños y perjuicios<sup>916</sup>.

La inclusión del segundo supuesto del art. 1.071 del Código civil (“...*si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado...*”) fue obra de POTHIER (art. 885 del Code “*Cada uno de los coherederos estará personalmente obligado, en proporción a su cuota hereditaria, a indemnizar a su coheredero por la pérdida que le hubiere causado la evicción. Si uno de los coherederos resultare insolvente la parte por la que está obligado deberá repartirse igualmente entre el heredero garantizado y todos los coherederos solventes*”) que lo ideó como un desarrollo práctico, extraído del principio de igualdad como fundamento último de la responsabilidad derivada entre coherederos con ocasión de la partición de herencia; así, al igual que ocurría con la evicción de un bien adjudicado, el perjuicio irrogado por la “*insolvencia*” de un coheredero, en orden al pago de la indemnización resultante, no debía ser soportado únicamente por el coheredero evicto, sino que se

<sup>915</sup> El art. 1071 C.c. tiene su antecedente inmediato en el art. 920 del Proyecto de 1851, que a su vez viene redactado conforme al art. 885 del Código civil francés.

<sup>916</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia, tirant lo blanc*, Valencia, 1994, p. 261.

reputaba como un daño a la comunidad, debiéndose asumir recíprocamente y proporcionalmente por el conjunto de coherederos<sup>917</sup>.

La determinación de la “*insoyencia*”, en el supuesto contemplado en el art. 1.071 del Código civil, responde a los criterios generales ya expuestos en este trabajo de la “*insolvencia*” como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito. Se trata de una situación objetiva de insuficiencia patrimonial que impide el cumplimiento de la obligación de indemnizar proporcionalmente al coheredero evicto.

El tenor literal del art. 1.071 del Código civil habla de “...*si alguno de ellos resultare insolvente...*” desprendiéndose, de tales palabras, que no es necesario que dicha “*insolvencia*” deba producirse por causas imputables al coheredero, sino que basta con venga acreditada su existencia como causa o hecho jurídico<sup>918</sup>; en cualquier caso, los demás coherederos siempre podrán hacer valer las medidas de protección del crédito previstas en el art. 1.111 del Código civil, es decir, la acción pauliana y la acción subrogatoria.

Al igual que se ha indicado en apartados anteriores de este trabajo, no es necesario que la “*insolvencia*” del coheredero venga acreditada en un procedimiento concursal, siendo suficiente que el coheredero actuante la constate en el correspondiente proceso donde se sustancie la pretensión indemnizatoria, es decir, que no será preciso una previa y particular declaración judicial acerca de la “*insolvencia*” del coheredero de cara a los efectos previstos en el art. 1.071 del Código civil.

---

<sup>917</sup> La originalidad de POTHIER, en la configuración del supuesto bajo los auspicios del principio de igualdad, como alma y fundamento de la partición entre coherederos, contó con un antecedente remoto referido al “*responsum*” (Digesto, 17,2,67), relativo a la “*actio pro socio*”. Así en el D.17,2,67 se indicaba que “*si uno de los socios hubiese vendido una cosa común con el consentimiento de los demás socios, el precio debe ser dividido pero dándosele garantía de que no sufrirá perjuicio a consecuencia de su responsabilidad como vendedor, y si ha sufrido alguno, se le habrá de indemnizar. Pero si el precio ya fue dividido sin darle garantía, y el que vendió hubiese respondido de algo, si no son solventes todos los socios ¿deberá imputar a los demás lo que pueda cobrar de alguno de ellos?. Cree Próculo que deben soportar los demás lo que no pudo cobrar de alguno de ellos, y con razón puede defenderse que sea así, porque al contraerse la sociedad se contrae una comunidad tanto de lucros como de perjuicios*”. ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 262, indica que la ratio de la regla se concretó en el marco de principios comunitarios dando lugar a una aplicación analógica en aquellas situaciones en las que los lazos de las partes venían establecidos con similar o parecido alcance.

<sup>918</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 263

No obstante, el supuesto contenido en el art. 1.071 del Código civil tiene sus límites. Por un lado, para los coherederos legitimarios, tanto el saneamiento por evicción como el reparto proporcional de la parte del coheredero “*insolvente*”, tiene como límite la salvaguarda de sus respectivas legítimas; si dicha salvaguarda resultara inviable por la cuantía de las indemnizaciones lo procedente sería proceder a una nueva partición del haber hereditario; asimismo la proporcionalidad en el reparto del perjuicio no puede ir más allá de su haber hereditario<sup>919</sup>.

#### **3.4.3.2.2. El supuesto del art. 1.145 del Código civil**

En el art. 1.145 del Código civil se indica que “*..el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno ..*”<sup>920</sup>; contemplando así, en su párrafo tercero, la incidencia de la “*insolvencia*” del deudor solidario frente al resto de los codeudores solidarios.

La función solutoria del pago (“*... el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación...*”) pone de relieve el carácter unitario de la obligación solidaria al quedar liberados los deudores frente al acreedor. Así, una vez extinguida la obligación, procede la liquidación de la relación interna entre los codeudores solidarios; liquidación que está presidida por la noción de división, o mancomunidad, entre los deudores a través de la figura de la acción de regreso. De esta forma, el deudor que realizó íntegramente el pago tiende la facultad de reclamar al resto de codeudores la parte correspondiente de la responsabilidad de cada uno de ellos, con los intereses del

<sup>919</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *tirant lo blanch, La Insolvencia*, Valencia, 1994, p. 263.

<sup>920</sup> DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice Civile*, Torino, 1950, p. 238, indica que para el Derecho romano el deudor solidario que había pagado por entero la deuda no tenía, con base a la relación de solidaridad, una acción de regreso contra los restantes codeudores, pues el regreso no se consideró como un elemento integrante de la obligación solidaria, sino, más bien, de las relaciones internas que particularmente pudieran darse entre los estipulantes (por ejemplo mandado, sociedad, etc.). Tampoco el Derecho intermedio logró aportar una mayor resolución al respecto, dado que por la antigua vía de la cesión el codeudor que había pagado la deuda se presentaba como un mero comprador del crédito. Sólo con posterioridad, y sobre la base de la Codificación, la doctrina llegó a la concreción de la estructura y fundamento de la figura. El regreso, ya con base a los principios que vedan el enriquecimiento sin causa, o bien, como una modalidad específica de las acciones del garante contra el deudor principal, opera un derecho de crédito “*ex novo*” que tiene como titular al deudor que ha pagado y por sujetos pasivos a los restantes codeudores.

anticipo. No obstante dicha fragmentación, o división, de la deuda entre los codeudores solidarios no es absoluta, sino que determinados eventos, como por ejemplo la “*insolvencia*” de un codeudor solidario, la exceptúa; estableciéndose, en dicho caso, una recíproca cobertura de la “*insolvencia*”.

La explicación de la tutela, que se establece en el art. 1.145 del Código civil, concretada en un específico régimen de cobertura recíproca del perjuicio derivado de la “*insolvencia*”, aunque puede hallarse en el mecanismo de la solidaridad, se encuentra igualmente en la aplicación analógica de los principios de corte comunitario, particularmente en el trato justo y equitativo en el reparto del daño acontecido<sup>921</sup>; así, se podría afirmar que se contrae una suerte de comunidad, tanto respecto de eventos favorables como de los perjudiciales.

En este sentido si la validez y eficacia del pago realizado por el codeudor “*solvens*” determina una consecuencia favorable para el resto de los codeudores, esto es su liberación, el perjuicio representado por la “*insolvencia*” de uno de ellos también se reputa como un daño, o perjuicio, inherente a la situación de solidaridad; en realidad se trata de la aplicación de un principio comunitario, cual es, el trato igual y equitativo en el reparto proporcional del daño acontecido.

Respecto al hecho de la “*insolvencia*” del codeudor solidario, serán de aplicación los criterios ya vistos a la hora de analizar su incidencia como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito, especialmene el que no será preciso, tampoco, que dicha “*insolvencia*” sea declarada judicialmente en un juicio previo.

#### ***3.4.3.2.3. El supuesto del art. 1.844 del Código civil***

Se establece el art. 1844 del Código civil que “ *..cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma causa, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte recaerá sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que*

---

<sup>921</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J. *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 265.

*se haya hecho pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra ..”.*

En este supuesto, al igual que ocurría en el caso de pago por un deudor en el supuesto de solidaridad pasiva, el perjuicio derivado de la “*insolvencia*” de un cofiador, a los efectos de la satisfacción del reintegro al que ha lugar, queda resuelto en atención a los principios de corte comunitario, dando lugar al reparto proporcional de la parte del insolvente entre los restantes cofiadores, incluyendo la del cofiador al que deba ser reintegrado.

La regla, que contempla el art. 1.844 del Código civil, sólo tiene virtualidad cuando se trate de un supuesto de cofianza en sentido estricto, es decir, referida a la misma obligación (“...*dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misma causa...*”), en este sentido, no resulta aplicable al supuesto de simple pluralidad de fianzas; asimismo, con independencia de que la acción de reintegro pueda operarse extra-muros de la fianza solidaria (por ejemplo vía acción general de reembolso del art. 1.158 o vía de la subrogación del art. 1.210.3 del Código civil) la específica cobertura del riesgo de la “*insolvencia*” requiere el carácter solidario de la fianza, ya que sin dicha solidaridad queda huérfano el fundamento<sup>922</sup>.

En otro orden de cosas, se podría concluir que, a este supuesto de cobertura recíproca de la “*insolvencia*”, también serán de aplicación los criterios generales antes vistos en la determinación de la “*insolvencia*” como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito

En cuanto a la exigencia contenida en párrafo tercero del art. 1.844 del Código civil (“... *para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra..*”), la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1988, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, afirma que “.. *la exigencia que contiene el art. 1844.3 del C.c. que sólo concede acción de reintegro contra los cofiadores al fiador que realizó un abono justificado (por haberse visto*

---

<sup>922</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 269.

*demandado de pago por el acreedor o por hallarse el deudor principal en estado de concurso o quiebra), para evitar a dichos cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, unilateral, capichosa o, incluso maliciosa, por parte del fiador que pagó, aparece suficientemente cumplida en el caso, pues consta probado en autos que el fiador recurrido realizó el pago de la deuda después de haber sido requerido notarialmente, al igual que los otros cofiadores, por la entidad acreedora para que lo hiciera, por haber vencido el plazo de la deuda afianzada, y después de tener conocimiento de que la entidad acreedora tenía preparada la necesaria documentación para formular la oportuna demanda si ninguno de los fiadores solidarios atendía al requerimiento notarial de pago, aparte de que aparece igualmente probado que la deudora principal cuyos fiadores solidarios eran precisamente los únicos socios de la misma, cuando el fiador-recurrido y socio realizó el pago de la deuda, se hallaba total y absolutamente descapitalizada, por venta de todos sus activos patrimoniales, en virtud de acuerdo tomado por todos los socios, al mismo tiempo cofiadores de la deuda litigiosa, y, por tanto, en situación de real y práctica insolvencia”*”. El Tribunal Supremo, en dicha Sentencia, efectúa una interpretación extensiva del requisito contenido en el párrafo tercero del art. 1.844 del Código civil; esta interpretación extensiva parece del todo punto razonable en aquellos supuestos en donde la diligencia del pago realizada por el cofiador resulta suficiente respecto de la finalidad de tutela perseguida por la regla, sobre todo en prevención de pagos prematuros o lesivos para el resto de fiadores<sup>923</sup>; caso, por ejemplo, del contemplado por la meritada Sentencia, en donde el pago se realiza conforme a su vencimiento y después del requerimiento notarial a todos los fiadores.

### **3.4.4. La tipicidad de la “insolvencia” como hecho integrado en el marco contractual**

#### **3.4.4.1. Ideas previas**

Otra vía de expresión de la eficacia jurídica de la “insolvencia” viene representada por aquellos supuestos en donde la tipicidad de la “insolvencia”, como hecho o causa jurídica, se desenvuelve en el marco de una normativa contractual, de tal forma que su incidencia viene integrada, a su vez, en la reglamentación típica o legal de determinados contratos o negocios jurídicos.

---

<sup>923</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 270.

En los supuestos relacionados en el presente apartado la función de la “*insolvencia*” se concreta en el marco de una relación contractual, de modo que los diversos efectos que produce la “*insolvencia*” no tienen como objeto inmediato de tutela la efectividad o valor de realización del crédito en abstracto, sino que su respectiva ordenación viene integrada en un contenido contractual que les confiere su particular sentido y alcance<sup>924</sup>.

La integración de la “*insolvencia*”, como hecho o causa jurídica en el seno de una reglamentación contractual, tiene un origen legal derivado de la propia previsión normativa; su incidencia se circunscribe dentro de la regulación normal del contrato o negocio celebrado en atención a las pautas o modelo de ordenación que el legislador ha establecido en aras de un justo equilibrio de los intereses de las partes.

En principio, el alcance de esta previsión normativa de la “*insolvencia*” es de carácter dispositivo; en consecuencia, las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad contractual, y con los límites referidos en el art. 1.255 del Código civil (“...*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público...*”), podrán modificarla.

#### **3.4.4.2. El supuesto del art. 1529 del Código civil.: la venta del crédito**

La incidencia de la “*insolvencia*” en la cesión onerosa es tratada en el art. 1.529 del Código civil en el que se establece que “*el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública. Aun en estos casos sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1 del art. 1518. El vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios*”<sup>925</sup>.

Una de las notas predominantes en el estudio del art. 1.529 del Código civil que la puesto de relieve la doctrina ha sido la notable dificultad que envuelve su regulación.

<sup>924</sup> ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 272.

<sup>925</sup> El precepto encuentra su precedente en el art. 1136 del Proyecto de 1851.

Los inconvenientes afloran no sólo en la particularidad de la regla llamada garantía “*bonitas nominis*”, en caso de la “*insolvencia*” anterior y pública, sino también en el logro de una interpretación sistemática de la norma en orden a una precisa delimitación de la incidencia de la “*insolvencia*” en el marco de los efectos derivados de la cesión de créditos<sup>926</sup>.

La garantía de la “*bonitas nominis*” alude a dos aspectos en la reglamentación positiva de la cesión de créditos. En el primero la solvencia del deudor cedido se inserta en el contenido natural de la cesión configurándose como un riesgo normalmente derivado del negocio celebrado, de suerte que la transmisión del crédito determina la transferencia del riesgo de la solvencia del deudor<sup>927</sup>; así, lo contempla el art. 1.529 Código civil cuando indica que “... *el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente.....*”. De esta forma, se establece la vía de la estipulación como la adecuada para alterar el contenido legal de la regla consistente en el riesgo de la “*insolvencia*”, de modo que la obligación de responder por la “*insolvencia*” sobrevinida del deudor cedido sólo existirá cuando, libre y voluntariamente, así las partes lo hayan pactado en el correspondiente acuerdo de cesión del crédito.

Por otro lado, en el art. 1.530 se limita la responsabilidad por la solvencia del deudor, asumida negocialmente, indicando que “... *cuando el cedente de buena fe se hubiese hecho responsable de la solvencia del deudor y los contratantes no hubieran estipulado nada sobre la duración de la responsabilidad, durará ésta sólo un año, contado desde la cesión del crédito, si estaba ya vencido el plazo. Si el crédito fuere pagadero en término o plazo todavía no vencido, la responsabilidad cesará un año después del vencimiento. Si el crédito consistiere en una renta perpetua, la responsabilidad se extinguirá a los 10 años, contados desde la fecha de la cesión...* ”.

---

<sup>926</sup> TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad del cedente por la insolvencia anterior y pública del deudor cedido*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijero*, t. II, Valencia, 1994, ha puesto de relieve la dificultad que acompaña a la empresa de pertrechar técnicamente los efectos derivados de la garantía de la “*bonitas nominis*” conforme a las categorías dogmáticas del Derecho.

<sup>927</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II*, 4ª ed., vol II, Madrid, 1993, p. 819, indica que dicha conclusión es la norma que con carácter general consagran la mayor parte de los Códigos europeos. Se trata de una situación de hecho que las partes de la cesión, en especial el cesionario, han podido y debido conocer e investigar a fondo antes de llevar a cabo el negocio.

En el segundo aspecto, la garantía de la “*bonitas nominis*” responde a la tipicidad de la “*insolvencia*” como hecho o causa legal que refiere la lesión del derecho de crédito, dando lugar a la correspondiente medida de protección o tutela. Así, el art. 1.529 del Código civil refleja la autonomía de dicho supuesto contemplándolo como si de una nueva excepción se tratase “*a menos de haberse estipulado expresamente o de que la insolvencia fuese anterior y pública*”.

A diferencia del tratamiento sistemático de las medidas derivadas de la tipicidad de la “*insolvencia*”, en el marco general de la relación obligatoria, en donde dichas medidas responden a facultades y acciones que forman parte del contenido natural del derecho de crédito en abstracto, teniendo como objeto específico de tutela la efectividad o valor de realización del derecho de crédito, sus efectos en este supuesto (art. 1.529 del Código civil) se concretan y particularizan en atención a la naturaleza y función del negocio de cesión de crédito, formando parte de su contenido obligacional; de aquí que se esté ante una obligación legal de garantía<sup>928</sup>.

La dificultad que presenta la configuración legal de la obligación de garantía respecto de la “*insolvencia*” anterior y pública (“... *o de que la insolvencia fuese anterior y pública*..”) del deudor puede ser objeto de interpretación atendiendo a los antecedentes históricos. Así, la cesión de créditos tuvo un desenvolvimiento más libre y perfeccionado en relación a otras figuras concurrente, como la “*expromissio*” y la “*delegatio*”. Superadas unas primeras fases de evolución, la cesión de créditos alcanzó su madurez negocial al quedar emancipada del contrato de mandato, lo que supuso la admisión de su eficacia definitiva; esto es, operada por la propia cesión de créditos sin necesidad de expedientes interpuestos. Dicho avance se dió en el Derecho justineano al admitirse, de uno modo generalizado, que la venta o donación de un crédito producía sin

---

<sup>928</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia., 1994, p. 278. La solución a la “*bonitas nominis*” por la vía de una obligación “*ex lege*” de garantía en los términos del art. 1529 C.c. no es el único sistema que prevee nuestro Código civil. Así en cuanto a la adjudicación de créditos entre los coherederos en la partición hereditaria, la responsabilidad derivada es objeto de un régimen diferenciado sobre la base del convenio particional y de la calificación resultante que se le otorga al crédito adjudicado. En este sentido el art. 1072 del C.c. dispone “*si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición. Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad; pero si se cobran en todo o en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos*”.

más la cesión; el cesionario ya no fue garantizado mediante el expediente formal de la “*estipulatio*”, sino por una notificación de la cesión efectuada al deudor (“*denuntatio*”) que impedía al deudor pagar al cedente con efectos liberatorios. La tipicidad resultante de la cesión de créditos, como negocio autónomo, tuvo su expresión lógica en la expansión conceptual del contrato de compraventa<sup>929</sup>.

Este estadio de evolución fue el imperante en el proceso de codificación hasta el extremo que el Código civil, al regular la transmisión de derechos, como un apéndice de la disciplina normativa del contrato de compraventa, da a entender que la cesión de créditos es siempre una venta de créditos<sup>930</sup>.

De esta forma, la tipicidad negocial de la cesión de créditos tuvo presente en su desarrollo el esquema y las coordenadas del contrato de compraventa; cuestión a la que no fue indiferente la configuración legal de la obligación de garantía resultante de la “*bonitas nominis*” del crédito cedido.

Si se deslinda, en el tenor del art. 1.529 Código civil, las dos facetas en las que se desenvuelve la garantía por la “*bonitas nominis*”, se puede observar que, junto a su configuración como un auténtico riesgo derivado del negocio celebrado, su concreción en la faceta de la lesión del crédito responde, en líneas generales, al esquema lógico implícito en contenido obligacional relativo al saneamiento en la compraventa.

El art. 1.529 del Código civil, una vez resuelta la cuestión de la distribución del riesgo de la “*insolvencia*” del deudor, se ocupa de la posición jurídica del cedente estableciendo un contenido obligacional que, tras la perfección del negocio celebrado, se dirige a corroborar la idoneidad del crédito transmitido en orden a la cumplida satisfacción; es decir, se trata de que el crédito, como objeto del tráfico jurídico, reúna

---

<sup>929</sup> Así ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blancn, Valencia, 1994, p. 280.

<sup>930</sup> En este sentido, GIL RODRÍGUEZ, J., *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, Madrid, 1988, p. 55, afirma que “.. no parece fuera de razón admitir que el legislador tenía lógicamente presente el esquema y las coordenadas de la regulación precedente, de la compraventa ... Dicho más clarament, incluso en la redacción de las normas relativas a la cesión de créditos, como excepción a las de la compraventa, es presumible que el legislador continua manejando los esquemas y el bagaje terminológico y conceptual del que se sirvió inmediatamente antes en la regulación de la compraventa ...”.

“*ab initio*” unas condiciones o cualidades que reunden en su comercialización en concordancia con el carácter oneroso y conmutativo del negocio de cesión.

El art. 1.529 del Código civil delimita el saneamiento en la cesión de créditos en atención a dos obligaciones del cedente; de una parte, con una clara similitud en relación con el vicio o defecto del derecho transmitido en la responsabilidad por evicción en la compraventa, se obliga el cedente a la llamada “*veritas nominis*” del crédito cedido, es decir, se hace responsable de la “... *existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta...*”, y de otra parte, el cedente, ya como una extensión de la obligación del vendedor o como una aplicación analógica con base en la finalidad del saneamiento por vicios ocultos, viene obligado a la garantía de la “*bonitas nominis*” del crédito cedido, haciéndose responsable de la bondad del crédito transmitido, esto es, de su inicial efectividad o valor de realización en cuanto contenido patrimonial (“... *insolvencia anterior y pública ...*”). En ambos aspectos el art. 1.529 del Código civil parte de unas premisas que concuerdan plenamente con el esquema de la responsabilidad derivada del saneamiento<sup>931</sup>.

En un primer momento, pendiente el evento lesivo (“*insolvencia*”), la garantía de la “*bonitas nominis*” viene configurada como una obligación natural del negocio de la cesión de créditos<sup>932</sup>; para la virtualidad de esta fase obligacional se requiere que el negocio de cesión se haya llevado a cabo con la consiguiente adquisición del crédito por parte del cesionario. Un segundo momento, en el desenvolvimiento de la “*bonitas nominis*”, corresponde a la consumación del evento lesivo, esto es, a la prueba o realidad de la “*insolvencia*” anterior del deudor del crédito cedido; en este momento la acción del cesionario se proyecta sobre un contenido indemnizatorio propio de una fase de responsabilidad contractual. Esta fase se encuentra comprendida en los párrafos segundo (“.. *aun en estos casos sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1º del art. 1518..*”) y tercero (“.. *el vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios...*”) del art. 1.529 del Código civil.

<sup>931</sup> ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 284.

<sup>932</sup> ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 285.

A pesar de que la obligación de garantía por la “*bonitas nominis*” viene determinada por el art. 1.529 del Código civil como parte integrante del contenido obligacional de la cesión onerosa del crédito, hay determinados supuestos en los que la responsabilidad del cedente puede ser excluida. Un primer cauce será el de la vía negocial; así cuando las partes libremente manifiesten, de forma expresa, la no inclusión de esta obligación “*ex lege*” de garantía<sup>933</sup>, siendo posible dicha exclusión en virtud del principio de la autonomía de la voluntad del art. 1.255 del Código civil y no ser contrario dicho pacto “*....a las leyes, la moral o el orden público*”; el art. 1.529 del Código civil prevé expresamente dicha estipulación respecto de la garantía de la “*veritas nominis*” del crédito cedido (“*.. el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso ....*”). Otra vía de exclusión podría ser, siguiendo el modelo del saneamiento por evicción (art. 1.475 del Código civil “*.... los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor ...*”) se infiere, de un modo presunto, cuando el posible perjuicio derivado de la “*bonitas nominis*” del crédito cedido ha sido estimado por las partes, repercutiendo en el precio resultante por la transmisión del crédito. Por último, otra vía de exclusión se podría producir cuando se modifica el carácter conmutativo de la cesión configurándose la bondad del crédito como un evento aleatorio, de modo que el negocio celebrado se entiende realizado a “pleno riesgo” así, en el art. 1477 del Código civil se establece para el saneamiento por evicción que “*.. cuando el comprador hubiese renunciado el derecho de saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias...*”.

Por otra parte se afirma<sup>934</sup> que el contenido de la responsabilidad derivada por la “*bonitas nominis*” del crédito cedido tuvo su entronque con el desenvolvimiento y los antecedentes del instituto del saneamiento, especialmente del modelo seguido para el supuesto de evicción, ello no quiere decir que se produzca una total paridad en el

---

<sup>933</sup> Así ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 285, basándose en el carácter dispositivo de la obligación de la “*bonitas nominis*” que no se integra en los elementos esenciales del negocio de la cesión de créditos.

<sup>934</sup> Así ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 286.

contenido indemnizatorio entre ambas figuras. Así, la responsabilidad derivada de la cesión de créditos da lugar a un específico contenido indemnizatorio; por ejemplo, dada la función y la naturaleza de la cesión de créditos, la pretensión restitutoria en el supuesto del art. 1.529 del Código civil correspondiente al vendedor de “buena fe”, no entraña el reembolso de los frutos o rendimientos de la cosa (“.. *aun en estos casos sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el núm., 1º del art. 1.518*” - ..”*los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta..*”), tal como prevee el art. 1.478.2 del Código civil para el caso de saneamiento por evicción (“... *2º Los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio...*”).

Es decir, la pretensión de resarcimiento del cesionario se delimita, en el art. 1.529 del Código civil, en torno a dos órdenes diferenciados; por un lado, en el supuesto de “buena fe” del cedente, la obligación de garantía funciona de una forma semejante a una pretensión restitutoria, concretándose en el reembolso de los gastos previstos en el art. 1.518.1 del Código civil (“*los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta*”); en cambio, en el supuesto de “mala fe” del cedente, la obligación de garantía incrementa su vocación indemnizatoria concretándose en el “...*pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios*”, es decir, en este caso, la pretensión del cesionario se dirige a un resarcimiento integral de los daños y perjuicios causados sobre la base de la pérdida real sufrida y la ganancia frustrada o dejada de obtener.

Con respecto al análisis de la naturaleza jurídica de esta obligación “*ex lege*” se podría destacar que la misma viene configurada en torno a una específica función negocial en donde la cesión tiene su causa en una compraventa del crédito<sup>935</sup>; así el art. 1.529 del Código civil principia diciendo “*el vendedor del crédito...*”. Diversas construcciones doctrinales, que han intentado superar el fundamento histórico derivado de las reglas del saneamiento, han pretendido aproximar esta obligación “*ex lege*” a otras figuras jurídicas, en particular a la fianza; ésta aproximación a la figura de la fianza parece que es técnicamente improcedente ya que no parece que sea posible considerar al cedente como un fiador del deudor cedido. También se ha pretendido reconducir dicha figura a un supuesto de anulabilidad del negocio de cesión por dolo o error sobre la base del

<sup>935</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanc, Valencia, 994, p. 287.

negocio; dicha solución no parece convincente, desde el punto de vista positivo, ya que la reparación de este daño contractual presupone la validez y eficacia del negocio realizado; otra cosa es que el cesionario tenga la posibilidad de ejercitar, si de dan los presupuestos necesarios, una acción de dolo de cara al resarcimiento del daño causado intencionadamente por el cedente. Tampoco parece que pueda sustentarse que la garantía tenga lugar por la vía de resolución del contrato de cesión de crédito, no ya sólo por el alcance limitado del mecanismo de la resolución respecto de los efectos previstos para esta obligación de garantía, sino, principalmente, porque la cesión de créditos se presenta como un negocio definitivo e irrevocable que determina la transmisión del crédito; de esta manera, no parece que pueda defenderse que el cedente, tras el curso de su responsabilidad, según la “buena fe”, readquiera el crédito en su integridad por efecto de la resolución, pues, como se desprende de la literalidad del art. 1.529 del Código civil, la cesión se ha operado de un modo definitivo e irrevocable.

Por todo lo anterior, parece<sup>936</sup> que la naturaleza jurídica de esta obligación de garantía contenida en el art. 1.529 del Código civil viene configurada técnicamente dentro del esquema típico del instituto del saneamiento, quedando configurada como una de las obligaciones que el Código civil impone al cedente en aras a la idoneidad del crédito cedido.

El art. 1.529 Código civil alude como base de la imputación de la responsabilidad del cedente por la “insolvencia” del deudor que la misma sea “anterior y pública”. De ello podría deducirse una concurrencia de culpas, pues dada la notoriedad (“anterior y pública”) de la “insolvencia”, el cesionario debió haberla conocido siendo difícilmente excusable su error en este sentido. No obstante, pese a esa primera impresión, la justificación del art. 1.529 del Código civil en ese extremo se puede encontrar si se atiende a su exegesis. Así, la originalidad de la regla contenida en dicho precepto tiene su entronque con los antecedentes inmediatos del art. 1.206 del Código civil, relativo a la delegación pasiva (“.. la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda.. ”). Este régimen de responsabilidad del deudor delegante, contenido en el art.

---

<sup>936</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia tirant lo blanch*, Valencia, 1994, pág. 288.

1.206 del Código civil, encierra un alto grado de especialización, tanto en el plano de la lesión del crédito, de ahí la necesidad del carácter “*anterior*” de la “*insolvencia*” como presupuesto material de la lesión, como en el plano de su presupuesto subjetivo, pertinente al juicio de reprobación e imputación del resultado lesivo. Esta nota de especialización caracteriza también el régimen de responsabilidad derivado de la “*bonitas nominis*” del crédito cedido en el art. 1.529 del Código civil. Así, se puede precisar en orden a la interpretación del precepto<sup>937</sup>, que, primero, este régimen de responsabilidad responde a una configuración objetiva; esto queda constatado en la pretensión restitutoria del cesionario contenida en el segundo párrafo del art. 1529 del Código civil (“.. *los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta..*”). En segundo lugar, en cuanto a la responsabilidad agravada del tercer párrafo del art. 1.529 del Código civil (“... *vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios ...*”), el resarcimiento de los daños y perjuicios no sigue el sistema tradicional de la responsabilidad por culpa, sino que queda restringida en el marco de la “*mala fe*” del cedente. En tercer lugar, dicho régimen de responsabilidad atiende a la esfera valorativa del comportamiento del cedente sin adentrarse en la posible responsabilidad del cesionario; consecuencia que cuadra con el régimen general de los supuestos relativos a la lesión del crédito con base a la tipicidad de la “*insolvencia*”.

En conclusión, el régimen de responsabilidad del cedente, en el contexto positivo del art. 1.529 del Código civil, queda acotado en atención a dos hipótesis. Una, supuesta la “buena fe” del cedente, la “*insolvencia*” anterior y pública determina una presunción “*iuris et de iure*” de responsabilidad que sirve de fundamento a la pretensión restitutoria del cesionario en los términos establecidos en el art. 1.529 Código civil (“.... *sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1 del art. 1.518 C.c.*”). Otra, supuesta la “mala fe” del cedente, (“...*el vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios..*”), ya sea la “*insolvencia*” pública o no<sup>938</sup>, el resarcimiento de daños y perjuicios requiere de un presupuesto subjetivo no presunto que viene determinado por la responsabilidad del cedente en cuanto tuvo conocimiento real de la situación de “*insolvencia*” del deudor,

<sup>937</sup> En este sentido ORDUNA MORENO, F.J., *La Insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 290 y 291.

<sup>938</sup> En este sentido ORDUÑA MORNEO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 291.

por lo que el cesionario tendrá la carga de probar la “*scientia*” del cedente al respecto<sup>939</sup>.

#### **3.4.4.3. El art. 1.700 y art. 1.732 del Código civil: la extinción de la relación contractual**

En el art. 1.700 Código civil se establece que “.. *la sociedad se extingue: 3º por .... insolvencia ... de cualquiera de los socios...*” y en el art. 1.732 Código civil que “*el mandato se acaba: 3º por .... insolvencia del mandante o mandatario...*”.

Así, la “*insolvencia*”, como hecho o causa jurídica integrada en el marco de una normativa contractual, no sólo puede dar lugar a un específico contenido obligacional, como en el caso del art. 1.529 del Código civil, sino que también puede dirigir sus efectos sobre otros aspectos de la reglamentación contractual; así en los casos en los cuales la consecuencia jurídica derivada de la “*insolvencia*” tiende a determinar la extinción de la relación obligatoria. De esta forma, la incidencia de la “*insolvencia*” quedará integrada en una estructura comercial conforme a la regulación típica establecida por el legislador; así, en los casos establecidos en los art. 1.700 y 1.732 del Código civil, relativos a la disolución del contrato de sociedad y a la extinción del contrato de mandato.

En cuanto a la caracterización de la “*insolvencia*” como causa de disolución o extinción en estos supuestos contractuales se destaca que su justificación no puede quedar reducida a una mera quiebra del “*intuitus personae*”; la razón de ello, es que su justificación última no reside en el aspecto subjetivo de la idea de la confianza personal subyacente en la configuración de estos contratos, más bien, por el contrario, su autonomía como causa específica de disolución o extinción, no es tanto la pérdida de dicha confianza, por los motivos que fueren, sino la constatación de un hecho objetivo, cual es la “*insolvencia*”, que supone un cambio sobrevenido en las condiciones

---

<sup>939</sup> En este aspecto ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 291, afirma que la “mala fe” del cedente no debe reconducirse necesariamente a la noción de dolo, al menos como propósito o intención de causar un daño, sino que es suficiente a los efectos del cesionario con su significado ético, esto es, con la prueba del hecho de su conocimiento.

económicas de los contratante y que justifica una suerte medidas tendentes a evitar el perjuicio derivado de la falta o incapacidad patrimonial de una de las partes<sup>940</sup>.

Asimismo, parece que la certeza de la “*insolvencia*”, su configuración e incidencia jurídica, responde a lo que se puede denominar “causa objetiva de disolución”, por lo que, en principio, el alcance de la regla, en la ordenación establecida por el legislador, se presenta como imperativa; es decir, las partes no podrán excluir la “*insolvencia*” como causa de disolución, propiamente dicha<sup>941</sup>; lo que si será válido, a semejanza de lo establecido en el art. 1.704 del Código civil (“... *es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan...*”) será el pacto en el que se convenga que pese a darse la “*insolvencia*”, la sociedad subsista respecto de los restantes consocios, evitándose su disolución completa.

Finalmente, la “*insolvencia*” como causa de disolución no funciona de un modo automático o “*ipso iure*”, produciendo su efecto desde el momento en que tiene lugar, sino que determina una facultad que, en todo caso, debe de ser ejercitada por los socios interesados; la realidad de la “*insolvencia*” debe ser acreditada judicialmente, sin que ello quiera decir, tal como se ha indicado en este trabajo y reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sea preciso una previa declaración judicial, ni un particular juicio sobre ella, sino que puede constatarse en el curso del propio procedimiento en el que se interese la correspondiente medida.

### ***3.5. La “insolvencia” como presupuesto objetivo de la declaración de concurso según el nuevo régimen introducido por la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal***

En la exposición de motivos (Exp. Mot. II prf. 6º) a la Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal”) ya se avanza que “.., *la unidad de procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones...* “; también señala que, no obstante, “.. *ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario...*”.

<sup>940</sup> ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 299.

<sup>941</sup> ORDUÑA MORENO, F.J, *La insolvencia*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 299.

En efecto, en el art. 2 de la “Ley Concursal se afirma que *“..la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.....”*; es decir, se parte de la existencia de la “insolvencia” como presupuesto objetivo único<sup>942</sup>.

Tal como se avanza en la exposición de motivos, ese concepto unitario de “insolvencia” es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Al conectar esta dualidad, según se trate de concurso voluntario o necesario, con el presupuesto objetivo del concurso, deriva la flexibilidad de la noción de “insolvencia”. Así, por más que la “insolvencia” se configure legalmente como un estado o situación<sup>943</sup>, la “Ley Concursal”, en el concurso necesario, procede a facilitar su acreditación a través de una serie de manifestaciones (*art. 2.4 de la “Ley Concursal” .. si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago o en la existencia de alguno de los siguientes hechos ...[hechos reveladores de la insolvencia]....*). No obstante, si la solicitud de concurso necesario se fundamenta en alguno de estos hechos el deudor podrá oponerse probando que, a pesar de la concurrencia del hecho alegado, no se encuentra en situación de “insolvencia” (art. 18.2 “Ley Concursal”).

Según definición, contenida en el art. 2.2. de la “Ley Concursal”, “insolvencia” es el estado en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Así, al exigirse una imposibilidad de cumplimiento regular (*“..... no puede cumplir regularmente.....”*) se excluye que una pasajera interrupción en los pagos pueda fundamentar la declaración de concurso. De esta manera, se podría

---

<sup>942</sup> Hasta alcanzar la noción de insolvencia recogida en el art. 2.2 de la “Ley Concursal” (*“se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”*) el texto proyectado ha experimentado mutaciones durante la tramitación parlamentaria. En concreto las circunstancias “regularmente” y “puntualmente”, y la calificación “obligaciones exigibles” fueron introducidas en el dictamen de la comisión en el Congreso. Posteriormente se suprimió en el Senado “puntualmente”. Así como resultado e la tramitación parlamentaria la noción de insolvencia consiste en: *“incapacidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles”*.

<sup>943</sup> Así, en el art. 2.2 (*“.. se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles..”*), art. 18.2 (*“... el deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia ...”*) y art. 164 de la “Ley Concursal” (*“... el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia ...”*).

concluir que un deudor que padezca una transitoria falta de liquidez, pero recuperable a corto plazo, sí es capaz de cumplir regulamente sus obligaciones exigibles<sup>944</sup>.

Así, según lo expuesto, ¿cuál será el margen temporal de tolerancia que separa la mera interrupción transitoria de los pagos y la imposibilidad regular de pagar?; es decir, entre la crisis de tesorería pasajera y la crisis de tesorería derivada de la pérdida constante de rentabilidad. A falta de una expresa determinación normativa, este elemento constituye una cuestión de hecho que habrá de ser ponderada por los tribunales<sup>945</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada con respecto a la noción “sobreseimiento general en los pagos”<sup>946</sup> como presupuesto objetivo de la derogada situación concursal de quiebra, no ha contribuido a fijar parámetro temporal alguno que permita constatar la existencia de la imposibilidad de pagar; así, en ocasiones se refiere a que un ligero retraso no es sobreseimiento general, que éste ha de implicar la imposibilidad absoluta de pagar o que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo<sup>947</sup>.

En cambio, en los antecedentes históricos si ha habido alguna manifestación clara al respecto; así, con respecto al Derecho catalán, la Llei de la Cort de Montfó de 1585 (cap. 92), dada por el rey Felipe II, cifró en seis meses el plazo en que la cesación en los pagos determinaba la declaración de quiebra.

<sup>944</sup> En este sentido CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista jurídica de Catalunya, Monogràfic Llei Concursal. nº 4, 2004, p. 992.

CERDA ALBERO, F., *El Presupuesto Objetivo del Concurso*, Revista jurídica de catalunya, monogràfic Llei Concursal, 2004, Nº 4, p. 993, afirma que los meros retrasos en los pagos no justifican la declaración de concurso. Indica dicho autor que la norma no exige que esta imposibilidad de cumplimiento haya de ser “duradera” por lo que una situación persistente de iliquidez tampoco puede considerarse como simple interrupción en los pagos. Así la situación de insolvencia se produce a partir del momento en que el deudor no puede cumplir las obligaciones exigibles, ni tampoco podrá cumplirlas en el futuro próximo. Ello encierra un elemento de pronóstico en el que tendrán que ponderarse los ingresos futuros que esperan obtenerse y las obligaciones exigibles en dicho período.

<sup>946</sup> En el art. 876 Código de Comercio (derogado por la Ley 22/2003 de 9 de julio) se establecía que “también procederá la declaración de quiebra a instancia de acreedores que, aunque no hubieren obtenido mandamiento de embargo, justifiquen sus títulos de crédito y que el comerciante ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones...”. En el mismo art. 2.4 apartado 1 se indica el “sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor” como un hecho revelador de la insolvencia fundamentadora de la declaración de concurso.

<sup>947</sup> CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista Jurídica de Catalunya, nº monogràfic “Llei Concursal”, nº. 4, 2004, p. 993, cita la sentencia del Tribunal Supremo del 18 de octubre de 1985, 7 de octubre de 1989 y 23 de junio de 1961, entre otras.

En nuestro Derecho, tomando como base el período de tiempo establecido en el 4º “hecho relevador de la insolvencia” del art. 2.4 de la “Ley Concursal” (“... *el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades ...*”) podría integrarse el art. 2.2 de la “Ley Concursal” (“... *no puede cumplir regularmente ...*”) en el sentido de trasladar dicho período de tres meses al “estado de insolvencia” del apartado 2º; además, dicho estado de “insolvencia” debe de ser actual, y el caso del concurso voluntario puede serlo, además, inminente o futuro (art. 2.3 de la “Ley Concursal” “.. *se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones...*”).

Por otro lado, no cualquier posibilidad de cumplir las obligaciones exigibles debería destruir la existencia de la “insolvencia”, sino que sólo debe producirse cuando el deudor puede cumplir sus obligaciones con regularidad; así, aunque el deudor pueda cumplir sus obligaciones exigibles, si no es capaz de cumplirlas regularmente, se encontrará dentro del estado de “insolvencia” definido por el art. 2.2 de la “Ley Concursal” (“... *no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles ...*”). Esta exigencia de regularidad en el cumplimiento, pone de manifiesto la diferencia existente entre las nociones de “estado de insolvencia” (art. 2.2 de la “Ley Concursal”) y la de “incumplimiento”; así, puede existir “insolvencia” a pesar de existir posibilidad de cumplimiento, por existir un cumplimiento irregular.

Dicha imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones no debe de estar referida a cualquier tipo de obligación, sino que, tal como se establece en el art. 2.2 de la “Ley Concursal”, debe referirse a las obligaciones que sean exigibles. Así, no serán obligaciones exigibles, y por lo tanto no deberían imputarse dentro del concepto de “insolvencia” del art. 2.2 de la “Ley Concursal”, las obligaciones no vencidas, créditos litigiosos, y también obligaciones derivadas de fianzas prestadas en los que el fiador goce del beneficio de excusión.

Respecto al concurso voluntario en el art. 2.3 de la “Ley Concursal” se indica que “... si la solicitud de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones ...”. Por su parte, en el art. 14.1 de la “Ley Concursal” se indica que “ ...cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor...”, es decir, el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; pago de cuotas de la seguridad social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; pago de los salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Entre la documentación a presentar por el deudor en el concurso voluntario, tanto para el caso de “insolvencia” actual como para la inminente, se puede destacar la que se relaciona en el art. 6 de la “Ley Concursal”, en especial, la “memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor”, el “inventario de bienes y derechos”, la “relación de acreedores”, las “cuentas anuales” (en su caso) y la “memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas”.

Asimismo, del contenido del art. 2.3 de la “Ley Concursal” (“.. si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente..”) se deduce que el deudor deberá justificar no sólo la “insolvencia”, sino su endeudamiento. Sin embargo del contenido del art. 14.1 de la “Ley Concursal”, en cuanto a la documentación a aportar por el deudor, en el concurso voluntario, acreditativa de la existencia de alguno de los hechos reveladores de la “insolvencia”, previstos en apartado 4º del art. 2, u otros hechos, se desprende que lo son para acreditar exclusivamente la “insolvencia” del

deudor<sup>948</sup>. La respuesta a esta aparente contradicción se puede encontrar en que esta exigencia contenida en el art. 2.3 de la “Ley Concursal” (“... *justificar su endeudamiento*...”) es una exigencia es tautológica con respecto a la “*insolvencia*”, en el sentido de que sin endeudamiento no cabe hablar de “*insolvencia*”<sup>949</sup>. Seguramente, por ello, el art. 14.1 de la “Ley Concursal” no se refiere, expresamente, a justificar el “... *endeudamiento*...”, además, porque es previsible que el legislador haya tenido en cuenta que dicho requisito (“.. *endeudamiento* ...”) ya queda acreditado en la relación de acreedores que ha de acompañarse a la solicitud de concurso voluntario (art. 6.2 de la “Ley Concursal” “.. *A la solicitud se acompañará los documentos siguientes: 4. Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento* ..... “)

En este supuesto de concurso voluntario, el art. 2.3 de la “Ley Concursal” amplía la noción de “*insolvencia*”, con respecto a la del concurso necesario. En este sentido, la “*insolvencia*” comprende no sólo la actual, sino también la inminente, del deudor, entendiéndose por “*insolvencia*” inminente cuando “... *el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*...”. De esta forma, cuando el deudor prevea su “*insolvencia*” como inminente estará facultado para solicitar la declaración de concurso.

En cambio, el art. 5 de la “Ley Concursal” impone al deudor que “... *deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*... “, presumiéndose “*iuris tantum*”, en el apartado 2º, que “.. *el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previsto en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente* ... “. Es decir, se establece el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso en el caso de que se

---

<sup>948</sup> Esta falta de coordinación entre el art. 2.3 y art. 14.1 LC se debe a la forma en que el requisito del “endeudamiento” fue introducido en la tramitación parlamentaria, concretamente la emienda núm. 232, presentada en el Congreso, proponía introducir un nuevo presupuesto para el caso del deudor sometido a la llevanza contable: el “endeudamiento excesivo”. En lugar de introducirse este presupuesto objetivo, se tomó el sustantivo de aquella expresión (desprovista ahora de adjetivo) y se incorporó, sin más, como requisito que tenía que acreditarse en la solicitud de concurso voluntario.

<sup>949</sup> En este sentido, CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista Jurídica de Catalunya, nº monográfico “Llei Concursal”, nº 4, 2004, p. 994.

encuentre en situación de “*insolvencia*” actual, presumiéndose “*iuris tantum*” su conocimiento cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario, conforme lo establecido en el apartado 4 del art. 2 de la “Ley Concursal” y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente (por ejemplo incumplimiento de obligaciones tributarias exigibles: “... *durante tres meses anteriores a la solicitud de concurso* ...”).

¿Qué debe entenderse por “*insolvencia*” inminente, referida en el art. 2.3 de la “Ley Concursal”? El mismo precepto anticipa un concepto, indicando que es aquella en la que el deudor “... *prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones* ...”; es decir, la situación en la que el deudor pronostica la imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones a sus vencimientos. Dicho concepto de “*insolvencia*” inminente ya se contenía en la anterior regulación del derecho concursal; concretamente en el art. 870 del Código de Comercio<sup>950</sup> se indicaba que “... *el comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo en las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos*.....” . En el actual art. 2.3 de la Ley Concursal se añade que esta imposibilidad se refiera a un incumplimiento no sólo puntual sino también regular.

Se observa, que frente a la fórmula contenida en el art. 2.2 de la “Ley Concursal” (“... *no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles* ... ) el art. 2.3 de la “Ley Concursal” establece que “... *no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones* ...”; es decir, en el supuesto del art. 2.2 de la “Ley Concursal” se hace referencia a “... *regularmente*... “ y a “... *obligaciones exigibles* ...”, y en el art. 2.3 de la “Ley Concursal” se introduce el concepto “... *puntualmente*...”, sin mencionar el que la exigibilidad de las obligaciones. De ello, se podría deducir que el supuesto de la “*insolvencia*” inminente se refiere a obligaciones ya nacidas, con independencia de su exigibilidad; no obstante, parece que no deberían incluirse las obligaciones que sean inciertas. Es decir, la clave de la “*insolvencia*” inminente se halla en el elemento de

---

<sup>950</sup> Derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (“Ley Concursal”).

pronóstico o previsión, que implica que en un futuro próximo es más probable que el deudor se encuentre en una verdadera situación de “*insolvencia*” a que no se encuentre.

En el supuesto de concurso necesario, el acreedor instante le bastará, para probar la “*insolvencia*” del deudor, con fundamentar su petición, según el art. 2.4 de la “Ley Concursal”, en “...un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago o en la existencia de alguno de los siguientes hechos.. [*hechos reveladores de la insolvencia*]..... ”). Así, en este supuesto se adopta un criterio sintomático, frente al criterio objetivo adoptado en la noción general de “*insolvencia*” en el art. 2.2 de la “Ley Concursal” (“... *el deudor no que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*....”). Por otro lado, del tenor literal del art. 2.4 de la “Ley Concursal” se podría desprender que el referido “.. título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes ...” no constituye un “hecho revelador de la insolvencia” (art. 2.4, apartado 4º de la “Ley Concursal”), acarreado ello, algún tipo de confusión interpretativa cuando a lo largo del articulado de la “Ley Concursal” se hace referencia a los “hechos reveladores de la insolvencia” (por ejemplo en el art. 14.1 de la “Ley Concursal” “... cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor... “).

En cuanto al primer elemento, referido en el art. 2.4 de la “Ley Concursal” (“...título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago...”), en que fundar el concurso necesario, es decir, un título de despacho de ejecución o un título administrativo por el que se despache apremio, se desprende que sólo puede acogerse a este mecanismo para solicitar el concurso necesario el acreedor que ya tiene el correspondiente título de ejecución o apremio, y por otra parte, que se cumple con el presupuesto de la norma sin que tenga que haber otros acreedores. Al no incluirse este motivo entre los “hechos reveladores de la insolvencia” (art. 2.4 de la “Ley Concursal”), si la solicitud de concurso necesario se fundamenta en tales ejecuciones, el deudor no podrá oponerse probando que, a pesar de su existencia, no se encuentra en situación de “*insolvencia*”, por lo que dichas

ejecuciones individuales infructuosas se configuran como presunciones “*iuris et de iure*” de “*insolvencia*”; así parece desprenderse del contenido del art. 18.2 de la “Ley Concursal” cuando indica que “... *el deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia...*”; es decir, parece estar referido sólo a los “hechos reveladores de la insolvencia”<sup>951</sup>.

En cuanto al fundamento (“... *título por el cual se haya despachado ejecución ...sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago ...*”), correspondiente al concurso necesario, el art. 2.3 de la “Ley Concursal” presupone que, con anterioridad a la solicitud de concurso, se haya obtenido por el acreedor instante el despacho de ejecución singular para la satisfacción de su crédito dinerario, reconocido en un título que tenga aparejada ejecución de los relacionados en el art. 517 de la LEC; asimismo, también parece que debería incluirse en ese apartado la ejecución provisional de sentencias de condena (art. 526 de la LEC “... *quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes...*”).

El mismo auto por el que se despacha la ejecución se deberán contener las actuaciones judiciales ejecutiva que proceda acordar, incluidas, si fuere posible el embargo de bienes concretos (art. 553.1.4 de la LEC); no obstante, también podrá dictarse auto que ordene el embargo con posterioridad (art. 545.4 de la LEC). Es decir, sólo cuando el acreedor instante de la ejecución tiene conocimiento de la existencia de bienes o derechos del deudor puede manifiestarlo así en la demanda (art. 549.1.3 de la LEC), para que en el auto en el que se despacha ejecución se acuerde su embargo. Si desconoce la existencia de bienes o derechos del deudor, puede solicitar al juez las medidas de localización o averiguación de bienes o derechos del deudor ejecutado (art. 549.1.4 de la LEC), que se acordarán en el propio auto que despache la ejecución (art. 553.1.1 de la LEC).

---

<sup>951</sup> En este sentido, CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista Jurídica de Catalunya, nº monogràfic “Llei Concursal”, nº 4, 2004, p. 1001.

En cuando la averiguación de bienes y derechos del deudor que sean objeto del embargo, en el art. 589.1 de la LEC se establece que “.. *salvo que el ejecutante señale bienes cuyo embargo estime suficiente para el fin de la ejecución, el tribunal requerirá, mediante providencia, de oficio al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título...*”. Asimismo también se preve en el art. 590 de la LEC que “... *a instancias del ejecutante, que no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el tribunal acordará, por providencia, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia ...*”.

Teniendo en cuenta lo establecido en el art. 2.4 de la “Ley Concursal” (“.. *deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución .. sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago ...*”), la ejecución resultará infructuosa cuando no se hayan encontrado bienes sobre los que trabar embargo, ya sean porque no existen o porque el deudor no los haya manifestado o no hayan sido hallados, o bien cuando los que existan estén excesivamente gravados, de modo que carecen de valor patrimonial a los efectos de una posterior ejecución vía judicial<sup>952</sup>.

En este sentido, el acreedor, instante de la declaración de concurso, podría justificar la situación (“...*título por el cual se haya despachado ejecución .. sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago...*”) de “insolvencia” aportando un testimonio, bien del auto despachando ejecución con resultado del embargo infructuoso, o del requerimiento al deudor para que manifieste bienes o derechos, con el incumplimiento del mismo o la manifestación de que desconoce la existencia de bienes o derechos. También, de la resolución judicial por la que se acuerde dirigir oficios para la averiguación de bienes o derechos del deudor y la certificación del secretario judicial en la que se indique el resultado infructuoso de dichas averiguaciones.

---

<sup>952</sup> CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista Jurídica de Catalunya, nº. monográfico “Llei Concursal”, nº 4, 2004, p. 1003.

En cuanto al segundo fundamento, correspondiente al concurso necesario, del art. 2.4 de la “Ley Concursal” (“... *en título por el cual se haya despachado.....o apremio sin que del embargo resultasen bienes libre bastantes para el pago...*”), se refiere a un título administrativo para cuya reclamación se ha iniciado la vía de apremio; en el caso de apremios tributarios, la providencia de apremio sería el acto administrativo de despacho de ejecución y el título para iniciar el procedimiento de apremio (art. 167 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, general tributaria, apartado 1º “...*el procedimiento de apremio se iniciará mediante providencia notificada al obligado tributario...*”; apartado 2º “...*la providencia de apremio será título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio y tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados tributarios...*”).

No obstante, el legislador ha previsto que, el acreedor instante del concurso necesario, cuenta con dificultades para demostrar la “*insolvencia*” del deudor, por ello introduce (art. 2.4. de la “Ley Concursal”) una serie de hechos reveladores de la “*insolvencia*” (“... *si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en ..... o en la existencia de alguno de los siguientes hechos ...*”); la prueba de dichos “hechos reveladores de la insolvencia” sustituye la prueba de la “*insolvencia*” . Así, al acreedor instante del concurso necesario no le será preciso que probar la “*insolvencia*” del deudor referida en el art. 2.2 de la “Ley Concursal”, sino que le bastará con acreditar alguno de los “hechos reveladores de la insolvencia” de los cuatro enumerados en el precepto; estos “hechos reveladores de la insolvencia” constituyen una presunción “*iuris tantum*” de “*insolvencia*”; en este sentido el art. 18.2 de la “Ley Concursal” establece que “.. *el deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia...*” .

El primer “hecho revelador de la insolvencia” (“... *el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor ...*”) es similar a la formula mantenida en los art. 874 y 876 del Código de Comercio, derogados por la Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal”), como presupuesto objetivo del procedimiento de quiebra (“... *se considera en estado de quiebra el comerciante que sobresee en el pago corriente de*

*sus obligaciones... “ o “ ... también procederá la declaración de quiebra a instancia del acreedores que, aunque no hubieren obtenido mandamiento de embargo, justifiquen sus títulos de crédito y que el comerciante ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones ....”*); de esta forma es aplicable la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en torno a dicha formula, ha sido emitida.

En primer lugar la exigencia (“...*sobreseimiento general en el pago...*”) no requiere que éste sea total, por lo que el pago de algún crédito no elimina la generalidad de los incumplimientos; pero tampoco hay “... *sobreseimiento general en el pago ...*” con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o con algún impago esporádico, aislado o eventual<sup>953</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece que se ha orientado en este sentido; así, Sentencia (Sala de lo Civil) de 7 de octubre de 1989, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, cuando indica que “... *lo cierto e indudable es que para nuestro legislador mercantil la quiebra supone y exige un sobreseimiento en los pagos .... todo ello evidencia una situación de sobreseimiento de manera general en el pago de sus obligaciones que no puede calificarse de un impago esporádico y eventual no impeditivo de llegar normalmente a atenderlo ...*” o la Sentencia (Sala de los Civil) de 10 de marzo de 1990, ponente Excmo: Sr. D. Pedro González Poveda, cuando indica que “ .... *el pago de uno de los créditos que pesaban sobre el quebrado no contradice el cese de una general en el pago corriente de sus obligaciones por aquél, ya que en modo alguno la declaración de quiebra exige que tal cese lo sea de una manera total ...*”. Por otro lado, el “... *sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor .....* ” (art. 2.4 de la “Ley Concursal”) debe de entenderse referido a las deudas vencidas y exigibles y no al conjunto de las deudas pendientes; así se desprende del contenido del art. 2.2 de la “Ley Concursal” cuando indica que se encuentra en estado de “*insolvencia*” el deudor que no puede cumplir regularmente sus “.. *obligaciones exigibles...*”.

---

<sup>953</sup> En este sentido, CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista Jurídica de Catalunya, nº monográfico “LLei Concursal”, nº, 4, 2004, p. 1005, cita las sentencias del Tribunal Supremo del 29 de diciembre de 1927, 27 de febrero de 1965 y 18 de octubre de 1985. Cita, también, algunas sentencias en la que se ha exigido que el sobreseimiento fuera completo o total, como en las sentencias del Tribunal Supremo del 18 de abril de 1929, 27 de febrero de 1965 y 4 de julio de 1968.

El “... *sobreseimiento general en el pago corriente...*” es un concepto jurídico indeterminado y una cuestión de hecho<sup>954</sup>. El acreedor que inste el concurso deberá acreditarlo mediante la correspondiente prueba; así, en el art. 7.2 de la “Ley Concursal” se establece que “... *en todo caso, se expresarán en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente. La prueba testifical no será bastante por sí sola ...*”. A la vista de la prueba aportada el juez decidirá si queda acreditado el “... *sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor...*” como “hecho revelador de la insolvencia”.

El segundo “hecho revelador de la insolvencia” (“... *la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor ...*”), contenido en el apartado 2º del art. 2.4. de la “Ley Concursal”, es un supuesto distinto del contenido en la primer párrafo del precepto (“... *título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago...*”), más arriba indicado, ya que en este caso los embargos han resultado infructuosos y en aquél si se han podido embargar bienes del deudor pero afectan de una manera general a su patrimonio; así de esta manera el embargo generalizado de bienes del deudor es un “hecho revelador de su insolvencia”, no distinguiendo dicho supuesto si han sido interesadas por el acreedor instante del concurso necesario o por terceras personas. El acreedor instante podrá acreditar dicho “hecho revelador de la insolvencia” (“... *embargos por ejecuciones pendientes que afectan de una manera general al patrimonio del deudor ...*”) mediante testimonios de las resoluciones judiciales o administrativas por las que se ha practicado la traba de los embargos. Exige, expresamente, este “hecho revelador de la insolvencia” que dichos embargos por ejecuciones pendientes “... *afecten de una manera general al patrimonio del deudor...*”; ello exigirá un juicio de ponderación o proporcionalidad entre el valor de los bienes del activo, susceptibles de embargo, y el valor de las cargas.

El tercer “hecho revelador de la insolvencia” (“... *alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor ...*”), contenido en el apartado 3º del

---

<sup>954</sup> CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista Jurídica de Catalunya, nº monográfico “Lei Concursal”, nº 4, 2004, p. 1005.

art. 2.4. de la “Ley Concursal”, constituye otro fenómeno frecuente en las desventuras de los deudores insolventes<sup>955</sup>. El cuanto el “.. *alzamiento* ... “, como “hecho revelador de la insolvencia”, se puede acreditar acudiendo a la prueba directa (sentencia penal o sentencia civil por la que declare que la enajenación se ha realizado en fraude de acreedores) o mediante la prueba indiciaria de la que resulten hechos reveladores del alzamiento, por realización de distracción de bienes. Dentro de la “.. *liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor* ...” se podría incluir las ventas efectuadas sin la contraprestación económica adecuada (por ejemplo a un precio muy por debajo del mercado) y, en general, todas las operaciones cuyas condiciones presenten un sinalagma falto de equilibrio económico.

Con respecto al cuarto “hecho revelador de la insolvencia” (... “*el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; la de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; la de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades*”), contenido en el art. 2.4 de la “Ley Concursal, es denominado como “sobreseimientos generales sectoriales”<sup>956</sup>. Es decir, se trata de sobreseimientos generalizados, pero sectoriales, que afectan a obligaciones especialmente sensibles cuyo incumplimiento prolongado denotan que el deudor se encuentra en estado de “*insolvencia*”. Dentro las “.. *obligaciones tributarias* ..” se deberían comprender las obligaciones tributarias materiales indicadas en el art. 17.3 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (“...*Son obligaciones tributarias materiales las de carácter principal, las de realizar pagos a cuenta, las establecidas entre particulares resultantes del tributo y las accesorias* ... “). En cuanto a las “...*cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta* ...”, se deberían incluir las cuotas por contingencias comunes (enfermedad común o accidente no laboral), por contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), por cotización adicional por horas extraordinarias y demás conceptos de

---

<sup>955</sup> CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista Jurídica de Catalunya, n.º monogràfic “Llei Concursal”, n.º 4, 2004, p. 1007.

<sup>956</sup> CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista Jurídica de Catalunya, n.º monogràfic “Llei Concursal”, n.º 4, 2004, p. 1007.

recaudación conjunta (cuotas de desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional). Este supuesto se refiere sólo a las “ .. *cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta ...* ”, por ello, debería excluirse otros créditos públicos cuya recaudación también se confía a la Tesorería General de la Seguridad Social (por ejemplo las sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social). Por último, en cuanto al “ .. *pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo ...* ” la fórmula utilizada es amplia, ya que junto a los salarios e indemnizaciones, se incluyen las demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo. En este supuesto, al referirse, el legislador, al “ ... *incumplimiento generalizado ...*”, de las obligaciones laborales, correspondientes a las tres últimas mensualidades, parece referirse a aquellas retribuciones periódicas y regulares, lo cual parece que no encaja con “ .. *pago de ... e indemnizaciones ...* ”, ya que éstas se devengan de una sola vez y no se suceden en el tiempo (por ejemplo las “ .. *indemnizaciones..* “ por traslado del art. 40.1.IV del Real Decreto Legislativo 1/95 de 27 de marzo, Estatuto de los Trabajadores). Por ello, parece que, si el deudor incumple el pago de las “ .. *indemnizaciones...* ”, sólo podrá afirmarse la existencia de este sobreseimiento sectorial cuando los incumplimientos alcancen a la generalidad de las obligaciones laborales durante los tres últimos meses<sup>957</sup>.

En cualquier caso, en este “hecho revelador de la insolvencia” (obligaciones tributarias, cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta y pago de salario e indemnizaciones y demás retribuciones), del supuesto 4º, se exige que sea un “ .. *incumplimiento generalizado de obligaciones ...* ” por parte del deudor, por lo que, al igual que en el caso del “ .. *sobreseimiento general en los pagos ..* ”, se deberían excluir los incumplimientos esporádicos o puntuales. Además, para estos sobreseimientos sectoriales, se añade una nueva exigencia de carácter temporal, como es el mantenimiento de este “ .. *incumplimiento generalizado de obligaciones ...* ” durante los tres últimos meses, lo cual implica que los correspondientes incumplimientos se han de mantener de manera consecutiva o sucesiva durante al menos los tres meses anteriores a la solicitud de concurso necesario. Así, del contenido del precepto, se podría llegar a deducir que cuando los incumplimientos se producen en un tiempo de

---

<sup>957</sup> CERDÁ ALBERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista Jurídica de Catalunya, nº monogràfic “Llei Concursal”, nº 4, 2004, p. 1009.

tres meses, pero no consecutivos, no se estaría dentro del supuesto introducido por la norma como “hecho revelador de la insolvencia”.

Por otro lado, al concretarse en el “hecho revelador de la insolvencia” de este apartado 4º, la naturaleza jurídica de las obligaciones y acortar temporalmente los incumplimientos, se facilita la prueba del mismo y, en consecuencia, de la “*insolvencia*” del deudor.

Lo cierto es que la noción legal de “*insolvencia*” contenida en el art. 2.2 de la “Ley Concursal” (“...*se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles ...*”) no se refiere a una situación patrimonial, sino a la capacidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles; así, se opta por un criterio funcional, no estático. De ello, podría deducirse que la “*insolvencia*” no se vincula al desbalance, ni la solvencia a una situación de fondos propios positivos. De esta forma, un empresario, cuyo activo sea inferior a las deudas, estará en situación crítica, pero no necesariamente en “*insolvencia*”, es decir, si consigue financiación o reduce los costes, es posible que siga cumpliendo regularmente sus obligaciones; tampoco parece que debería haber “*insolvencia*” si la mayor parte de las deudas son a largo plazo, o ha conseguido el aplazamiento de las deudas a corto plazo. También, a la inversa, un empresario con fondos propios positivos puede estar en situación de “*insolvencia*”, si no goza de liquidez suficiente, ni sus activos tienen un mercado para su pronta liquidación.

De todo ello se podría deducir que la prueba que debería aportar el deudor, sobre su solvencia, debería referirse a la disponibilidad de medios líquidos, o fácilmente liquidables, para cubrir su pasivo exigible (art. 2.2 de la “Ley Concursal” “... *no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles ...*”); es decir, la prueba se debería referir a su capacidad financiera<sup>958</sup>.

### **3.6. La fianza y la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal**

#### **3.6.1. Ideas previas**

---

<sup>958</sup> En este sentido FERNANDO CERDA ALBERO, *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista jurídica de Catalunya, nº monogràfic “Llei concursal”, nº 4, 2004, , p. 1013.

En este apartado se procede a analizar la situación concursal del deudor tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003 de 9 de julio (disposición final 35ª “.. *la presente ley entrará en vigor el día 1 de septiembre del 2004, salvo ...* “) y, en consecuencia, como influye la citada “Ley Concursal” en la interpretación que debe darse al segundo supuesto del art. 1843 del Código civil (“.. *El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal: 2º En caso de quiebra, concurso ...*”).

En la Disposición derogatoria única de la “Ley Concursal” se derogan, entre otras normativas, la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, el libro IV del Código de Comercio de 1829, los art. 1.912 a 1.920 y los párrafos A) y G) del apartado 2º del art. 1.924 del Código civil y los art. 376 y 870 a 941 del Código de Comercio de 1885; es decir la normativa que regulaba las diferentes situaciones de insolvencia del deudor (suspensión de pagos, quiebra, quita y espera y concurso de acreedores).

El ejercicio de las acciones de relevación y cobertura del art. 1.843 del Código civil, en especial en el caso del supuesto 2º (“... *quiebra, concurso ...*”), en los procedimientos concursales derogados, a la vista de la normativa existente, encontraba obstáculos prácticamente insalvables. Así, la declaración del deudor en estado de quiebra conllevaba la ocupación de todas sus pertenencias, bienes, libros, papeles y documentos de giro (art. 1.044 del Código de Comercio de 1829 – derogado - “... *En el acto de hacerse por el Juzgado la declaración de quiebra, se proveerán también las disposiciones siguientes: 3º. La ocupación judicial de todas las pertenencias del quebrado y de los libros, papeles y documentos de su giro..*”) y la advertencia de que el deudor quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes, siendo nulos todos los actos de dominio y administración posteriores, no sólo a la fecha de la declaración de quiebra, sino también a la fecha indicada como de retroacción (art. 1.036 del Código de Comercio de 1829 – derogado – “.. *Todo acto de dominio y administración que haga el quebrado sobre cualquier especie y porción de sus bienes después de la declaración de quiebra, y los que haya hecho posteriormente a la época a que retrotraiga los efectos de dicha declaración son nulos ..*” y art. 878 del Código de Comercio de 1885 – derogado – “.. *Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos...*”); también

quedaba el deudor impedido para actuar ante los tribunales, tanto como actor como demandado en todo lo referente a bienes y derechos afectados a la quiebra. Una situación similar se producía en el supuesto de concurso de acreedores.

De todo lo expuesto, se deduce que el deudor declarado en quiebra o concurso de acreedores estaba imposibilitado para liberar al fiador (acción de relevación) de la fianza prestada mediante el pago de la obligación principal al acreedor o para el estableciendo de garantía (acción de cobertura) a favor del fiador, ya que dicha actuación, al margen del correspondiente procedimiento concursal serían perjudiciales para la masa de acreedores y estaría afectada de nulidad.

Comprobada la práctica imposibilidad del ejercicio de las acciones de relevación y cobertura del art. 1.843 del Código civil en los supuestos de “.. *quiebra y concurso* ...”, la doctrina ha buscado alguna protección para los derechos del fiador en los procedimientos concursales, ante la amenaza que para él supone la seguridad de que será requerido para el pago de la obligación garantizada de modo inmediato y la incertidumbre que en el fiador genera la incidencia que en el crédito garantizado podrá tener el convenio que se apruebe en el proceso concursal. La solución, que parece unánime en la doctrina<sup>959</sup>, pasaba por reconocer al fiador la facultad de insinuarse en el procedimiento concursal (“.. *quiebra y concurso*..”), incluyendo su eventual crédito de reintegro en su masa pasiva, si bien en calidad de acreedor condicional del fallido, siendo el evento condicionante el pago por el fiador del crédito objeto de afianzamiento, Esta postura tiene como base la mayoritaria admisión por la doctrina<sup>960</sup>, en los procedimientos concursales, de los créditos sometidos al cumplimiento de alguna condición; así, el fiador, considerado como acreedor de un crédito sometido a una condición suspensiva (art. 1.114 del Código civil “.. *en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerá del acontecimiento que consituya la condición*...”), no adquirirá el derecho definitivo frente al deudor fallido hasta el pago por su parte del débito afianzado, siendo

---

<sup>959</sup> BELLIDO ASPAS, M, *Acciones de relevación y cobertura de la fianza en los supuestos de quiebra, concurso e insolvencia del deudor garantizado*, Cuadernos de Derecho judicial, Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal, 1991, 9. 383 y sts.

<sup>960</sup> Por todos, BROCA y MAJADA, *Practica procesal civil*, t. IV., p. 2123.

hasta ese momento legítimo titular de una expectativa de adquisición del crédito<sup>961</sup>. En este sentido el art. 1843 del Código civil es una manifestación particular del art. 1.121.1 del Código civil (“ ... *El acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho ...*”).

Otro de los efectos característicos de los procedimientos concursales de quiebra y concurso eran los establecidos, para la quiebra, en el art. 883 del Código de Comercio de 1885, derogado por la disposición derógatoria única de la “Ley Concursal” (“ ... *En virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma la deudas pendientes del quebrado ...*”) y el art. 1.172 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1880 – derogada – (“ ... *En virtud de la declaración de concurso se tendrán por vencidas todas las deudas pendientes del concursado ...*”).

La entrada en vigor de la “Ley Concursal” (Disposición final 35ª “.. *La presente Ley entrará en vigor el día 1 de septiembre del 2004 ...*”) ha supuesto un cambio, frente a las situaciones concursales anteriores de quiebra y concurso. En este sentido, en la exposición de motivos de la “Ley Concursal” se indica que “.. *la ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. La regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso .... La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes ... La unidad del procedimiento de concurso ..... El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de concurso ... .. La unidad de procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones ...* “).

Así, con respecto a las deudas pendientes de cumplimiento del concursado, en el momento de la declaración de concurso, el art. 61 de la “Ley Concursal” dispone que “ ..*En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa*

---

<sup>961</sup> BELLIDO ASPAS, M, *Acciones de relevación y cobertura de la fianza en los supuestos de quiebra, concurso e insolvencia del deudor garantizado*, Cuadernos de Derecho judicial, Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal, 1991, 9. 383 y sts.

*activa o en la pasiva del concurso. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo de concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concursado. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y a sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes ..”. Asimismo, dispone el art. 62 de la “Ley Concursal” que “... la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento haya sido anterior a la declaración de concurso. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. Aunque exista causa de resolución, el juez atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuere anterior a la declaración de concurso; si fuere posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda”.*

A la vista del contenido de los art. 61 y art. 62 de la “Ley Concursal”, se puede advertir la primera gran diferencia con respecto a los procedimientos concursales (quiebra y

concurso) derogados, en el sentido de que la declaración de concurso no implica el vencimiento anticipado de las obligaciones recíprocas a plazo, al contrario del régimen concursal anterior, en el que se establecía el vencimiento anticipado “*ex lege*”<sup>962</sup>; sólo para la fase de liquidación establece el art. 146 de la “Ley Concursal” que “.. *la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados...*”.

El acreedor, que tiene garantizado su crédito mediante fianza, dispone de dos patrimonios contra los que dirigirse; por un lado, el patrimonio del deudor principal y, por otro, a falta de cumplimiento del deudor, el del fiador, como deudor vicario. No obstante, si bien es cierto que el garante asume el cumplimiento frente al acreedor, ello no significa que asuma la pérdida en forma definitiva; así, frente al deudor principal, una vez satisfecho el crédito al acreedor, le asiste un derecho de indemnidad representado por la acción de reembolso, regulada en el art. 1.838 del Código civil y en la Ley 525.II b). de la Ley 1/1973 de 1 de marzo de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra (“Fuero Nuevo”) y por la acción de subrogación, regulada en el art. 1898 del Código civil y en la Ley 497 del “Fuero Nuevo”; también, le asiste el derecho a ponerse a salvo de una futura insolvencia del deudor, una vez satisfecha la deuda garantizada, a través de una específica acción de cobertura, regulada en el art. 1843 del Código civil y en la Ley 530 del “Fuero Nuevo”<sup>963</sup>.

En caso de que el deudor haya sido declarado en concurso, esta situación no sufre alteración. El acreedor podrá dirigirse contra el deudor concursado, en concurrencia con el resto de acreedores, para intentar resarcirse con cargo al patrimonio del deudor, o bien, exonerado del beneficio de excusión establecido en art. 1.831.3 del Código civil (“...*la excusión no tiene lugar: 3º en caso de quiebra o concurso el deudor...*”), dirigirse frente al fiador, cuyo patrimonio es, previsiblemente, más solvente que el del deudor principal. Todo ello podría traer como consecuencia que, desde que se declara el concurso del deudor, el acreedor, con obligación fiada, carezca de interés relevante en el

<sup>962</sup> Así en el art. 883 del Código de Comercio y art. 1915 Código civil, para la quiebra y el concurso, respectivamente, derogados por la Ley 11/2003 del 9 de julio, se establecía en vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo del declarado en concurso o quiebra.

<sup>963</sup> En el art. 530 del “Fuero Nuevo” se establece que “*El fiador podrá solicitar por vía judicial que se impida la enajenación o gravamen de bienes del deudor y que se practique en el Registro la correspondiente anotación preventiva, a no ser que aquél le dé fianza de su eventual obligación de reembolso*”.

concurso de su deudor, pasando a ser el fiador, previsiblemente solvente, el verdadero interesado en el concurso; así de esta manera, se ha dicho<sup>964</sup>, que el acreedor concursal es el verdadero titular económico del patrimonio del concursado y el fiador es el titular económico del valor del crédito afianzado en el concurso; es decir, mientras que el acreedor principal puede tomar parte en el concurso con la despreocupación de poder satisfacerse fuera de él, el fiador sólo cuenta con el patrimonio concursal para resarcirse, en el supuesto de que el acreedor ejecute la fianza.

Mientras no se verifique el pago del fiador y, en consecuencia, no se produzca la sustitución del acreedor en el concurso por el fiador, se dará una concurrencia del acreedor principal y del fiador sobre el patrimonio del concursado, uno (acreedor principal) como acreedor actual y el otro (fiador) como acreedor potencial o expectante. Ese ir juntos, acreedor y fiador, en el concurso del deudor presenta algunos inconvenientes, de ahí las medidas contenidas en la actual Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal”) con respecto a las relaciones entre el concurso y la fianza.

### **3.6.2. La comunicación de los créditos del acreedor y del fiador**

Tal como se ha mencionado, el acreedor, personalmente garantizado, dispone de dos vías para lograr la satisfacción de su crédito; una, la propia del procedimiento concursal frente al deudor principal, y otra, la extraconcursal frente al garante o fiador; incluso si el propio garante es declarado en concurso se trataría de un concurso distinto al del deudor principal y, en este sentido, seguiría siendo extraconcursal con respecto al concurso del deudor principal.

En este sentido, se establece en el art. 87.6 de la “Ley Concursal” que “... *los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador....*”. Así, el precepto viene a confirmar algo evidente y es que la comunicabilidad del crédito del acreedor se hará “... *por su importe sin limitación alguna ...*”; sólo, para el caso de pagos parciales anteriores a la apertura del concurso se establece en el art. 87.7 de la “Ley Concursal” que “.. *a solicitud del acreedor que*

---

<sup>964</sup> PERDICES HUETOS, A., *Fianza y Concursal. Las garantías personales en la ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, 1ª ed., 2005, p. 20.

*hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda...".* Por otro lado, tampoco parece necesario recordar o admitir la posibilidad de una subrogación (“.. *sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador...*”), al ser dicha subrogación un efecto común del pago por tercero (art. 1.210 y art. 1.839 del Código civil), cuya vigencia no tiene porque dudarse en sede de concurso<sup>965</sup>.

La verdadera novedad y finalidad de este primer párrafo del art. 87.6 de la “Ley Concursal” es la introducción de un segundo párrafo (“... *En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador...* “), por el que se pretende evitar que el efecto subrogatorio, correspondiente al crédito del fiador, una vez satisfecha la deuda al acreedor, pueda servir de mecanismo para burlar las reglas de subordinación de créditos.

Así, el fiador puede comunicar en el concurso su crédito de reembolso (art. 1838 del Código civil) como un crédito contingente<sup>966</sup> (art. 87.3 de la “Ley Concursal” “... *los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda ...* “), produciéndose, de esta forma, una concurrencia en el concurso del acreedor principal y del fiador, aunque en dos planos distintos; uno (acreedor principal) con una participación efectiva en el concurso y otro (fiador) con una participación contemplativa. Además, teniendo en cuenta el derecho de subrogación (art. 1839 del Código civil) que se reconoce al fiador, el fiador, como interesado en el crédito, tiene la posibilidad de comunicar a la administración concursal el crédito del acreedor principal, para el caso de que el acreedor no lo hiciera (“art. 85.2 de la “Ley Concursal” “... *la comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro*

<sup>965</sup> PENDON MENDEZ, *Estudios sobre la ley concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. III, Madrid, 2005, p., 303, rechaza la equiparar “sustitución” con “subrogación”.

<sup>966</sup> PERDICES HUETOS, A., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, ed. 1ª, 2005, p. 25.

*interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos ... “); es decir, el acreedor principal puede ver comunicado en el concurso, incluso contra su deseo, su crédito contra el deudor en la medida en que ello pueda servir al interés del fiador en aras a una posible subrogación.*

Con respecto al pago parcial del fiador, salvo que se trate de una fianza de parte de la obligación principal, el aceptar dicho pago parcial es facultad del acreedor; así, se establece en el art. 1.169 Código civil cuando indica que “...*a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación...*”). De esta forma en el supuesto de pago parcial, la concurrencia de acreedor principal y fiador ya no se desenvuelve enteramente en las esferas actual y contingente, sino que se interseccionan; así, tanto el fiador como el acreedor principal concurren al concurso, el primero por lo pagado (pago parcial), y el segundo por el remanente; ello sin perjuicio de que el fiador sea acreedor contingente o potencial por dicho remanente o parte no pagada, en el caso de que garantice toda la deuda.

Por otro lado puede el acreedor principal evitar concurrir junto al fiador en el concurso, es decir, impedir su presencia actual en el mismo en tanto no haya sido el acreedor enteramente satisfecho de la deuda garantizada. Para ello, haciendo valer el contenido del art. 1169 del Código civil, deberá no aceptar el pago parcial de la deuda garantizada ofrecido por el fiador. De esta forma, conseguirá el acreedor concurrir en el concurso como acreedor actual y, en todo caso, si concurre el fiador, lo haría como acreedor potencial.

En el supuesto de pagos parciales previos al concurso, en el art. 87.7 de la “Ley Concursal” se establece que “... *a solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda*”, recogiendo, así, una regla de protección del acreedor

que ha aceptado, previo a la apertura del concurso, un pago parcial de la deuda de su fiador<sup>967</sup>.

Dicha norma viene a suponer una duplicidad del principio de preferencia (“*nemo subrogat contra se*”) contenido en el art. 1.213 del Código civil (“... *el acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito ...*”), recogiendo y traducéndose dicha regla en el art. 160 de la “Ley Concursal” (“... *el acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de éste...*”). En cualquier caso, la aplicación del art. 87.7 de la “Ley Concursal” no es automática (“... *a solicitud del acreedor ... podrán incluirse a su favor ...*”), es decir, el acreedor podrá optar por solicitar dicho beneficio o, bien, por no hacerlo, sea por un acuerdo con el fiador que pagó o por entender que la pactada falta de participación del fiador en el concurso le beneficia.

De esta forma, parece que, en virtud de lo establecido en el art. 87.7 de la “Ley Concursal”, los créditos de reembolso o por subrogación del fiador se incluirán en el concurso a nombre del acreedor principal; en este sentido, CARRASCO PERERA<sup>968</sup> se refiere a una titularidad fiduciaria del acreedor principal que no impide que los créditos se reconozcan a nombre del fiador y éste tenga los derechos políticos que le puedan corresponder. Así, el art. 87.7 de la “Ley Concursal” permite dicha inclusión aun en el caso de que “.. *éste no hubiera comunicado su crédito...*”, con lo que parece que lo que hace la ley no es limitarse a facultar al acreedor para comunicar el crédito del fiador, sino atribuirle en el concurso la total titularidad del interés sobre el crédito de regreso. De esta forma, el acreedor puede comunicar su crédito insatisfecho en parte como si no hubiese sido satisfecho en absoluto. No obstante, ese derecho de regreso se atribuye al

<sup>967</sup> En cuanto a si en la subrogación parcial da lugar a dos créditos o a uno sólo no parece haber unanimidad en la doctrina. Es favorable TATO PLAZA, *La subrogación del asegurador en la Ley de Contrato de seguro*, Valencia, 2002, p. 156 a 159; también, ARNAU RAVENTOS, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el art. 1213 del Código Civil*, Barcelona, 2000, p. 162 a 166.

<sup>968</sup> *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, p. 244.

acreedor a los solos efectos del concurso; de cómo dicho derecho es titularidad del garante, está en su patrimonio y es susceptible de transmisión<sup>969</sup>.

En consecuencia, así como desde un punto de vista económico el efecto del art. 87.7 de la “Ley Concursal” es el tratar el pago parcial del fiador como si no se hubiera producido, desde un punto de vista jurídico se ha defendido tanto que existen varios créditos<sup>970</sup> como que existe uno sólo<sup>971</sup>.

El art. 87.7 de la “Ley Concursal”<sup>972</sup> es de aplicación al supuesto en el que el fiador ha mostrado su interés en participar en el concurso; así, parece desprenderse cuando se indica que “... *podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores .... aunque éste no hubiera comunicado su crédito...*”; es decir, el garante comunicará su crédito al concurso indicando si lo ejercita como reembolso (art.1.838 Código civil) o como subrogación (art. 1.839 Código civil), pero será el acreedor, si ejercita la facultad del art. 87.7 de la “Ley Concursal”, quien dispondrá concursalmente del mismo. En consecuencia, ejercitado por el acreedor la facultad del art. 87.7 de la “Ley Concursal”, el reconocimiento del crédito parcial y actual del fiador queda en suspenso en la medida que existe un derecho preferente sobre el mismo, y sólo se activará en el momento en que éste último quede satisfecho<sup>973</sup>.

En cualquier caso, la atribución, aunque sea sólo a los efectos del concurso, de la titularidad del crédito al acreedor principal trae como consecuencia el privar al fiador de legitimación para ejercitar los derechos derivados del mismo, los cuales los ejercerá el acreedor principal; no obstante, dicha suspensión no impide al fiador toda participación en el concurso; así, como acreedor concursal suspensivamente condicionado, le será de

---

<sup>969</sup> CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, p. 244., habla de un ejercicio por cuenta propia de un crédito ajeno de naturaleza semejante a una acción subrogatoria.

<sup>970</sup> En este sentido, CORDERO LOBATO, E., *Comentario al art. 8*, Comentarios a la Ley Concursal,, Madrid, 2004, p. 1036.

<sup>971</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al art. 87 LC*, Comentarios a la legislación concursal, Valladolid, 2004, p. 1760-1761.

<sup>972</sup> PERDICES HUETOS, A.B.*La fianza y Concurso: Las garantías personales en la Ley Concursal*, Navarra, 2005, p. 33, indica que el art. 87.7 LC al hablar de la comunicación del derecho de reembolso debe igualmente incluir la subrogación, ya que no hay motivo para distinguir en este punto entre uno y otro.

<sup>973</sup> BERMEJO GUTIERREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, p. 204, no cree que técnicamente sea un crédito condicional , ya que su existencia no depende de ningún hecho incierto, aunque el cobro efectivamente dependa del hecho de la satisfacción del acreedor principal.

aplicación lo establecido en el art. 87.3 de la “Ley Concursal” (... *“Los créditos sometidos a condición suspensiva ..... serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos adhesión, de voto y de cobro ...”*), para, llegado el momento de la liquidación, en aplicación del art. 160 de la “Ley Concursal”, proceder la administración concursal a retener el exceso sobre el importe del crédito principal en beneficio del fiador.

Es posible que el crédito de regreso del fiador tenga distinta clasificación que el crédito del acreedor. En este supuesto, si uno de los dos créditos es subordinado, en virtud del art. 87.6 de la “Ley Concursal” (*“... en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y fiador...”*) el efecto será subordinar los derechos, tanto de acreedor como del fiador. Esta regla de degradación contenida en el art. 87.6 de la “Ley Concursal” no es, en cambio, de aplicación en el caso de créditos ordinarios y especialmente privilegiados<sup>974</sup>.

Así, en el supuesto que un fiador de un acreedor ordinario disponga de una garantía real obtenida en virtud del art. 1843 del Código civil, debido a que su derecho de regreso por la vía del reembolso (art. 1838 del Código civil) será especialmente privilegiado frente al ordinario del acreedor, parece que el acreedor principal podrá hacer valer, de un lado su crédito ordinario por la cuantía no abonada y el crédito privilegiado de reembolso del fiador por la cuantía pagada; este resultado sería el mismo que si el acreedor principal no ejercitase la facultad del art. 87.7 de la “Ley Concursal” (*“ ... incluirse a su favor ,, tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso .. corresponda ...”*) y permitiese al fiador ejercitar sus derechos en su propio nombre confiando en la preferencia establecida en los art. 1.213 del Código civil y art. 160 de la “Ley Concursal”.

---

<sup>974</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, ed. 1ª, Navarra, 2005, p. 33.

Otro escenario sería aquél en donde el fiador se ha desentendido de su crédito, bien porque no lo ha comunicado o bien porque ha renunciado al mismo. En este sentido, el art. 87.7 de la “Ley Concursal” (“... *aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión del mismo* ...”) estaría destinado a servir de mecanismo de cierre y aseguramiento de la eficacia del art. 160 de la “Ley Concursal”; es decir, el legislador parece haber visto en la no comunicación del crédito de regreso del fiador o en su renuncia al mismo una forma de defraudar las expectativas del acreedor principal de hacerse pago de acuerdo con la preferencia del art. 1.213 del Código civil.

La no participación del fiador que pago parcialmente en el concurso, aumenta, o no mengua, las posibilidades de cobro del acreedor; así, la comunicación del crédito de regreso no hace sino aumentar la masa pasiva sin que se incremente la masa activa, de donde se puede desprende un menor dividendo para el acreedor en la participación. De esta forma, el legislador ha dejado en manos del acreedor principal el optar por comunicarlo e incluirlo en la lista de acreedores a su nombre, vía art. 87.7 de la “Ley Concursal”, o bien, si estima que eso le beneficiará más, optar por dejar fuera del concurso el crédito de reembolso del fiador confiando que es más favorable la reducción de la masa pasiva del concurso.

Si el acreedor ha optado por ejercer la facultad del art. 87.7 de la “Ley Concursal”, a los solos efectos del concurso, se entiende que el crédito ha sido comunicado o que sigue vigente; es decir, que la renuncia a hacerlo valer en el concurso o la plena renuncia se entiende hecha en perjuicio de tercero y no se admiten, en la medida que, a juicio del legislador, puedan perjudicar al sujeto beneficiado<sup>975</sup>. No obstante, la titularidad de estos créditos corresponde interinamente, y a los efectos del concurso, al acreedor principal, es decir, que no se trata simplemente de comunicar el crédito del fiador impidiendo su falta de presencia en el concurso o la extinción del crédito, sino de atribuirlo al acreedor, a los efectos del concurso. Una vez que el acreedor principal ha cobrado su crédito, el de regreso recupera la suerte que para él decidió su titular, sea la reclamación fuera del concurso o la extinción del mismo, acreciendo al resto de acreedores el eventual remanente.

---

<sup>975</sup> CORDERO LOBATO, E., *Comentario al art. 87*, Comentarios a la Ley Concursal, Madrid, 2004, p. 1037, indica como esta norma evita tener que recurrir a la acción pauliana de los art. 1111, art. 1291.3 y art. 1297 del Código civil, produciendo los mismos efectos.

En el supuesto de cumplimiento íntegro de la obligación del garante, por ejemplo en el caso pago íntegro de la fianza que sólo garantiza parte de la deuda, supuesto permitido por el art. 1.826 del Código civil (“...*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...*”), el acreedor, contrariamente a lo antes indicado en base al art. 1.169.1 del Código civil (“...*a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación ...*”) no puede rechazar ese cumplimiento parcial de la obligación principal, que se corresponde con el pago íntegro de la obligación garantizada; no obstante, es evidente, que el acreedor, con ese pago total de la fianza pero parcial de su crédito, no ha resultado plenamente satisfecho.

No obstante dicho supuesto de cumplimiento íntegro del fiador, aunque parcial del crédito del fiador, parece que no es contemplado por el art. 87.7 de la “Ley Concursal”, el cual no distingue entre si el pago parcial proviene del cumplimiento parcial del fiador que garantiza la totalidad de la deuda o del pago total que hace el fiador que garantiza sólo una parte de la deuda; es decir el art. 87.7 de la “Ley Concursal” parte sólo del hecho de que el “*acreedor hubiese cobrado parte de su crédito .....*”, sin más. De esta forma, en virtud de la fianza parcial no surgen dos créditos para el acreedor, uno garantizado y otro que no lo está, sino que el crédito es único, aunque la garantía sea parcial. En este sentido, refiriéndose el art. 87.7 de la “Ley Concursal” a “*.. quien hubiere hecho el pago parcial...*”, parece indicar que ese pago lo es del crédito, no de la deuda personal que con el acreedor principal pudiera tener el fiador.

En consecuencia, del 1.169.1 del Código civil y del art. 87.7 de la “Ley Concursal”, parece desprenderse que el consentimiento del acreedor que admite una garantía parcial, sólo cubre la imposibilidad de rechazar ese pago total de la garantía, pero no la renuncia a los beneficios que le asisten frente al fiador (art. 1.213 del Código civil), haciendo del fiador un coacreedor en paridad de condiciones con el principal. Las reglas de

preferencia tienen como beneficiario el interés del acreedor, y éste sólo se contempla con la satisfacción íntegra de su crédito<sup>976</sup>.

El pago parcial anterior del garante reduce, formalmente, la deuda del acreedor principal, aunque concursalmente la mantiene en su integridad, dada la facultad de comunicación conjunta del art. 87.7. y la preferencia del art. 160 de la “Ley Concursal”. Sin embargo con respecto al pago parcial posterior a la declaración de concurso la “Ley Concursal” guarda silencio; sólo parece referirse en el art. 87.6 de la “Ley Concursal” cuando se indica “... y *sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador...*”.

En principio, no hay razón para pensar que la preferencia del art. 1.213 Código civil depende de que el pago sea anterior o posterior a la declaración de concurso y por otro lado, si se excluyese la aplicación del art. 160 de la “Ley Concursal” a los pagos posteriores, se crearía sin motivo aparente un claro incentivo a retrasar el pago parcial por parte del fiador<sup>977</sup>.

Dichos pagos posteriores a la declaración de concurso, no deberían trascender al mismo, salvo que se hayan hecho antes de la expiración del plazo de comunicación de créditos, en cuyo caso el acreedor principal debería poder solicitar el beneficio del art. 87.7 de la “Ley Concursal” y atribuirse temporalmente el reembolso o la subrogación del fiador. Si el pago se verifica una vez fijada la lista de acreedores, la subrogación o el reembolso parciales no deberá reflejarse en el concurso, del mismo modo que en el caso del pago precedente; el crédito continuará apareciendo como comunicado por la totalidad a favor del acreedor principal, mientras que el crédito del garante seguirá siendo enteramente condicionado, sin reducción alguna del crédito inicialmente comunicado. Es decir, el acreedor tendrá la plena integridad del crédito y podrá concurrir al convenio o a la liquidación por la totalidad, sin perjuicio, de reintegrar al fiador la cantidad correspondiente una vez satisfecho su crédito.

---

<sup>976</sup> Así GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Madrid, 1990, p. 272 y 273, lo admite a la luz del art. 1213 C.c. sin distinguir a efectos de la subrogación parcial entre un fiador limitado o un fiador pleno que sólo satisface una parte; en el mismo sentido PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 38.

<sup>977</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 38.

No obstante, para evitar innecesarios traslados de las sumas de dinero correspondientes a las sumas de dinero de los respectivos créditos (acreedor y fiador subrogado parcialmente), si el fiador ha comunicado, a la administración concursal, su pago parcial, parece que la administración concursal debería abonar solamente su cuota crediticia al acreedor principal en la medida necesaria para satisfacer íntegramente su crédito y el sobrante entregarlo al fiador, cumpliendo así con lo dispuesto en el art. 160 de la “Ley Concursal” para los pagos anteriores (“ .. *el acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador ... tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos hasta que sumados los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de éste...*”).

### **3.6.3. El derecho del fiador a tomar parte en el concurso**

Tal como más arriba se ha indicado, en el art. 87.6 de la “Ley Concursal” se establece que “...*los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador...*”. De este modo, en el precepto, se reconoce el derecho del fiador a la comunicación de su crédito en el concurso, limitándose, asimismo, la norma a aludir al derecho de subrogación del fiador (art. 1.839 del Código civil, ley 497 de Ley 1/1993 de 1 de marzo, Compilación Derecho civil Foral de Navarra – “Fuero Nuevo” “ .. *Cuando, por su naturaleza o por pacto, la obligación no requiera un cumplimiento personal del deudor, podrá ser cumplida por un tercero, incluso sin conocimiento del deudor. El tercero que hubiere pagado con conocimiento y sin oposición por parte del deudor, así como el que lo hubiere hecho por tener interés en el cumplimiento, quedará subrogado en el derecho del acreedor. En los demás casos sólo podrá repetir del deudor en la medida de la utilidad que a éste reportó tal pago...*”), pero nada se indica sobre el derecho de reembolso (art. 1838 del Código civil, ley 525 “Fuero Nuevo” “ .. *b) De regreso: El fiador que hubiere liberado al deudor principal tendrá contra éste la acción de regreso...*”) ni sobre las acciones de liberación o cobertura (art. 1843 del Código civil, ley 530 “Fuero Nuevo” “...*El fiador podrá solicitar por vía judicial que se impida la enajenación o gravamen de bienes del deudor y que se practique en el Registro la correspondiente anotación preventiva, a no ser que aquél le dé fianza de su eventual obligación de reembolso...*”).

La posición del fiador en el concurso está configurada y gira en torno al principio de indemnidad, que recorre toda la regulación de la fianza, siendo su principal manifestación el reconocimiento genérico del regreso del fiador (art. 1.838 y 1.839 del Código civil y ley 525 “Fuero Nuevo”). De esta forma, el fiador es, al mismo tiempo, deudor extraconcursal del acreedor principal por su garantía (art. 1822 del Código civil “.. *por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste...*”) y, si paga antes de que finalice el concurso, también acreedor concursal del deudor principal por su regreso. Entre una y otra situación existe un vínculo condicional, es decir, sólo satisfaciendo el total crédito al acreedor, podrá hacer efectivo el fiador su derecho de regreso contra el deudor; hasta entonces, el derecho de regreso del garante frente al deudor concursado está suspensivamente condicionado al pago al acreedor.

En consecuencia, el único derecho propio, cierto y actual de que dispone el fiador, antes del pago, en relación a la insolvencia del deudor principal, es el derivado del art. 1843.2 del Código civil (“... *El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal: 2º En caso de ... o insolvencia ...*”) o de la Ley 530 del “Fuero Nuevo” (“.. *El fiador podrá solicitar por vía judicial que se impida la enajenación o gravamen de bienes del deudor y que se practique en el Registro la correspondiente anotación preventiva, a no ser que aquél le dé fianza de su eventual obligación de reembolso...*”). Es decir, como una manifestación del principio de indemnidad del fiador, el art. 1.843.2 Código civil faculta al fiador para exigir del deudor las medidas pertinentes (liberación de la fianza o caución) que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y de la insolvencia del deudor; ello, sin perjuicio, tal como ya se ha mencionado en este trabajo, de la dificultad de llevar a cabo tales medidas por parte del deudor principal una vez declarado en situación de concurso (art. 40 de la “Ley Concursal” “... *En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales...*”).

Aun siendo el art. 1.843.2 del Código civil (“... *en caso de quiebra, concurso e insolvencia...*”) una norma específicamente concebida para el caso de insolvencia, la “Ley Concursal” no ha tenido en cuenta dicha norma, lo que genera incertidumbre a la hora de valorar dicho remedio del fiador frente al deudor en garantía de su indemnidad. La dificultad pasa porque, a pesar del derecho reconocido al fiador por el art. 1843.2 del Código civil, las facultades de administración y disposición del fiador se encuentran, en un caso (concurso voluntario) intervenidas por la administración concursal y, en otro (concurso necesario) suspendidas (art. 40 de la “Ley Concursal”), por lo que el deudor concursado, por sí sólo, ante el ejercicio de las acciones del art. 1.843 del Código civil, no podrá liberar al fiador satisfaciendo la obligación al acreedor ni constituir una caución que garantice el buen fin del reembolso o la subrogación del fiador; por su parte, la administración concursal previsiblemente tampoco lo autorizará o lo efectuará, en su caso, al ser actos dispositivos que perjudican la masa de acreedores (art. 43.2 de la “Ley Concursal” “...*hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes o derechos que integran la masa activa sin autorización de juez...*”).

¿Qué posibilidades tiene el fiador de participar en el concurso sobre la base de su eventual derecho de regreso?, es decir, ¿esta facultad genérica de indemnidad (acción de reembolso y subrogación) del fiador es susceptible de ser comunicada al concurso?. En principio, hay que distinguir entre la acción de reembolso (art. 1.838 del Código civil) y la acción de subrogación (art. 1.839 del Código civil). Lo comunicado al concurso por el fiador es su derecho de reembolso, en el sentido de los art. 1.838 y art. 1.158 del Código civil; ese es su crédito, si bien sometido a una condición potestativa impropia de pago; este crédito puede aparecer insinuado junto con las contragarantías correspondientes. Por ese crédito se coloca el fiador como cualquier otro acreedor concursal, de modo que la comunicación de su reembolso en el concurso del deudor es una carga en el sentido de un imperativo de su propio interés (art. 92 de la “Ley Concursal” “... *Son créditos subordinados: 1º. Los créditos que, habiendo sido*

*comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores... “)<sup>978</sup>.*

Por el contrario la subrogación no es un derecho propio, es un simple derivado del pago consistente en ponerse en la posición de otro como titular de un crédito actual ya existente como tal antes de la apertura del concurso. En este sentido, la posición del fiador no es distinta de la de cualquier tercero que, espontáneamente, decide asumir la deuda del concursado y abonarla al acreedor (art. 1.210 del Código civil “... se presumirá que hay subrogación: 3º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación .... “). Es decir, el fiador, aunque no haya comunicado en el concurso su crédito de reembolso, podrá siempre ejercitar la subrogación por pago y colocarse en el lugar que tenía en el concurso el acreedor principal. Por otro lado, la falta de comunicación del crédito principal no ha de ser motivo de preocupación para el fiador, que no sólo puede comunicar, por sí mismo, su derecho de reembolso, sino incluso asegurarse la subrogación comunicando de forma preventiva el crédito del acreedor principal (art. 85.2 de la “Ley Concursal” “ .. la comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito ..... “).

La norma que sirve de cobertura a la participación del garante en concurso es el art. 87.3 de la “Ley Concursal” (“ ... los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda ... En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que le correspondan a su cuantía y calificación...”), que vendría a ser una manifestación del art. 1.121 del Código civil “.. El acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho...”. Realmente, lo que permite el art. 87.3 de la “Ley Concursal” es la comunicación al concurso de expectativas de derechos, que se materializarán a lo largo del concurso pero

---

<sup>978</sup> CARRASCO PEREA, A./CORDERO LOBATO, E./E. MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002, p. 281. afirma que “.. además de instar la acción correspondiente, la del art. 1843.2 C.c, el fiador podrá incluir en la masa de la quiebra su propio crédito como crédito condicional o eventual, con independencia de que lo haya hecho o no el acreedor...”.

que están fundadas en una relación jurídica contractual o extraconcursal antecedente<sup>979</sup>. Así sucede en el presente supuesto (derecho de reembolso), en donde si bien el derecho de reembolso no existe en el momento de la apertura del concurso, sí existe la relación jurídica (fianza) que lo justifica y le sirve de causa<sup>980</sup>. En este sentido, la noción “... *créditos sometidos a condición suspensiva...*” utilizada por el art. 87.3 de la “Ley Concursal” sería más amplia que la derivada del derecho de obligaciones, comprendiendo los créditos futuros, nacidos una vez abierto el concurso, pero con causa anterior al concurso. De esta forma, se ha pronunciado la Sentencia núm. 35 del 22 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid<sup>981</sup>, en donde, entre otros extremos, sostiene la posibilidad de que el fiador comunique contingentemente su crédito de reembolso.

#### **3.6.4. Acciones de relevación y cobertura en el concurso**

Es función de la fianza la de asegurar al acreedor el crédito frente a la insolvencia del deudor principal. Si bien es dicha afirmación es cierta, no deja de chocar con el contenido del art. 1.843.2 del Código civil que parece tutelar al fiador frente a la insolvencia del deudor principal. Así, dicha norma otorga al fiador una serie de acciones (liberación o garantía), ante la situación de “.. *quiebra, concurso e insolvencia ..*” del deudor principal, a fin de obtener cobertura ante los procedimientos del acreedor y ante el peligro de insolvencia del deudor. El fiador, al margen del art. 1.843 Código civil, también puede ponerse a salvo, de forma preventiva, pactando una contragarantía con el deudor que le asegure el mismo fin que el del art. 1.843 del Código civil. De hecho el propio ordenamiento jurídico, en algún supuesto, ha previsto este tipo de contragarantías, como en el contenido en el art. 30 de la Ley 1/94 de 11 de marzo, de sociedades de garantía recíproca, en el que se establece que “*la sociedad de garantía recíproca tendrá la preferencia reconocida en artículo 1.922.2 C.c (garantía prendaria) sobre las participaciones sociales afectadas a una garantía otorgada por aquélla, mientras esa garantía se mantenga en vigor*”, es decir, estableciendo una

<sup>979</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 55.

<sup>980</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Derecho concursal y fianza*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 53, habla de “.. *una expectativa de adquisición del crédito protegida por el ordenamiento jurídico...*”.

<sup>981</sup> Citada por PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 58.

suerte de prenda legal a favor de la sociedad sobre las participaciones del socio en la misma mientras el aval prestado por la sociedad esté en vigor.

En este mismo sentido, en la Ley 530 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo compilación de Derecho civil foral de Navarra (“Fuero Nuevo”) se establece que “ *el fiador podrá solicitar por vía judicial que se impida la enajenación o gravamen de bienes del deudor y que se practique en el Registro la correspondiente anotación preventiva, a no ser que aquél le dé fianza de su eventual obligación de reembolso*”. De esta forma, esta norma es coincidente con el art. 1.843 del Código civil en cuanto a la opción de garantía, pero así como en el art. 1.843 del Código civil se hace mención a la acción de liberación de la fianza, que depende, exclusivamente, o bien del pago de la deuda por el deudor o de la renuncia a la fianza por parte del acreedor, en la Ley 530 del “Fuero Nuevo” se hace referencia a otra acción consistente en la obtención del mandato judicial de prohibición de distracción de bienes del deudor e incluso obtener el embargo preventivo; seguramente también será la medida que deberá adoptarse en el supuesto de que ejercitadas las acciones de liberación o cobertura del art. 1843 del Código civil, éstas resulten infructuosas. Otra característica destacable de la Ley 530 del “Fuero Nuevo” frente al art. 1.843 del Código civil, es que en el caso del “Fuero Nuevo” no se introducen una serie de supuestos tasados cuya concurrencia habilita al fiador para solicitar las medidas correspondientes<sup>982</sup>.

Por otro lado, estas normas (art. 1.843 del Código civil y Ley 530 Fuero Nuevo) son comunes en el derecho comparado; así, en ordenamientos como los latinoamericanos<sup>983</sup>, también en los de corte francés<sup>984</sup> o en los de ascendiente germánico<sup>985</sup>.

No obstante, el contenido de la norma (“ .. *en caso de quiebra, concurso ...*”) ha provocado en la doctrina una reacción de perplejidad, habiéndose sostenido, de forma

---

<sup>982</sup> ARCOS VIEIRA, M.L., *Comentario al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, Pamplona, 2002, p. 1815 y 1816, considera la Ley 520 como un desarrollo del art. 1843 C.c. sin sujeción a causas específicas.

<sup>983</sup> Así el art. 2026 CC y art. 2027 argentinos; art. 937 CC. Bolivia o el art. 2836 CC. de Méjico.

<sup>984</sup> Así en el art. 2032 del CC francés se establece “*el fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor para ser indemnizado por él: 2º cuando el deudor se encuentra en situación de quiebra o insolvencia*”. También en los ordenamientos americanos que se desprenden, más o menos directamente, del Código francés, como el art. 2359 CC de Québec. Art. 3035 y 3054 CC Lousiana.

<sup>985</sup> Así el parágrafo 775 BGB alemán, el art. 460 CC japonés y el art. 506 en Suiza.

generalizada<sup>986</sup>, su inviabilidad como consecuencia del desapoderamiento del deudor en la derogada situación concursal de quiebra<sup>987</sup>; actualmente, en virtud de lo establecido en el art. 21 de la “Ley Concursal” en el que se establece en su apartado 4º que en el auto de declaración de quiebra se contendrán las medidas cautelares a fin de asegurar la integridad, conservación o la administración del patrimonio del deudor, y en el ar. 40 de la “Ley Concursal” en el que se establece, que en función de que el concurso sea a voluntario o necesario, las facultades de administración y disposición del concursado estarán intervenidas o sustituidas, respectivamente, por la administración concursal. Todo lo más que la doctrina<sup>988</sup> ha llegado a admitir es que se pueda reconocer al fiador el derecho a insinuar su crédito de reembolso como condicional (actualmente como contingente en virtud del art. 87.3 de la “Ley Concursal”) en el concurso del deudor; no obstante, dicha insinuación no tendría como base el art. 1843 del Código civil, sino el art. 1.838 del Código civil (“ .. *el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste...*”)<sup>989</sup>.

La regla contenida en el art. 1.843.2 del Código civil es clara en el sentido de que el fiador no tiene porqué cargar con las consecuencias negativas de la insolvencia del deudor; ¿significa ello, que a la vista de la regulación concursal contenida en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885<sup>990</sup> el legislador estableció la regla contenida en el art. 1.843.2 del Código civil a sabiendas de que una regla inútil?

El legislador, en el art. 1.843.2 del Código civil, tiene la expresa intención de amparar al fiador en estas situaciones de insolvencia, lo que pasa es que a la hora de hacer efectivas dichas facultades concedidas al fiador, éste se encontrará con las prohibiciones y

<sup>986</sup> Por todos, BELLIDO ASPAS, M., *Acciones de relevación y cobertura de la fianza en los supuestos de quiebra, concurso e insolvencia del deudor garantizado. Art. 1843.2 del Código civil*, Cuadernos de Derecho judicial, Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal, p. 383 y sts.

<sup>987</sup> Ahora, tras la Ley 22/2003 de 9 de julio, declaración concursal.

<sup>988</sup> Por todos, BELLIDO ASPAS, M., *Acciones de relevación y cobertura de la fianza en los supuestos de quiebra, concurso e insolvencia del deudor garantizado. Art. 1843.2 del Código civil*, Cuadernos de Derecho judicial, Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal, p. 383 y sts.

<sup>989</sup> En Francia es pacífico que el fiador debe declarar su crédito, y ello de forma preventiva en virtud del art. 2032 CC, con independencia de que el acreedor principal haya declarado el mismo crédito, así, LE CANNU, P., *et al, Enterprises en difficulté. Prevention, Redressement et liquidation judiciaires*, Paris, 1994, pág. 669-670; ello es lógico en el sistema de insinuación francés donde su falta o retraso produce la extinción del crédito.

<sup>990</sup> Derogada por la actual regulación concursal contenida en la Ley 22/2003 de 9 de julio.

restricciones que establece la Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal”); especialmente, las establecidas en su art. 50.1 de la “Ley Concursal” estableciendo que “ .. *Los jueces del orden civil ... ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez de concurso de conformidad a lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer ...*”, el art. 51.1 de la “Ley Concursal” cuando indica que “ ... *Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia...* “, el art. 55.1 de la “Ley Concursal” cuando indica que “...*Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales .....* “ y apartado 3 “.. *las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1º ... serán nulas de pleno derecho....*”

Así, el éxito de las acciones del art. 1.843 del Código civil en su supuesto segundo (“... *quiebra, concurso ...*”), pasaría por la dejación que hiciera de la fianza el acreedor, una vez interpuesta por el fiador la acción de liberación; aunque dicha dejación no deja de ser improbable cuando el cobro del crédito por parte del acreedor, vía concurso, es incierta y, seguramente, la única vía para resarcirse de su crédito sea la ejecución de la fianza.

A la vista de ello, parece que el único sentido, desde el punto de vista de la protección otorgada al fiador en el art. 1.843 del Código civil, de este supuesto 2º (“.....*quiebra, concurso..*”), es el de servir de fundamento al fiador para insinuar su derecho de reembolso en el concurso como acreedor de un derecho de crédito contingente o condicional en base al art. 87.3 de la “Ley Concursal; aunque para ello ya le servía de fundamento el art. 1.838 del Código civil.

Si se examina el Derecho comparado, concretamente el Derecho alemán, la solución adoptada tampoco parece satisfactoria. Por un lado, se reconoce, por la doctrina, la posibilidad de ejercitar la acción de liberación del 775 BGB en el concurso, como consecuencia del empeoramiento de las condiciones patrimoniales del deudor, pero convertida en dinero, de acuerdo con la regla de liquidación de las deudas no dinerarias. Por otro lado, el fiador puede, siempre que el acreedor principal no comunique su crédito, proceder a comunicar conjuntamente su derecho de regreso, como contingente,

y, junto a él, su facultad de liberación. No obstante, ello no significa que pueda cobrar dos veces por esos conceptos, ya que el cobro de uno de ellos extingue el otro, y si el acreedor es el que cobra, todas las pretensiones del fiador, desaparecen<sup>991</sup>. En Francia, es pacífico que el fiador debe declarar su crédito, y ello, de forma preventiva en virtud del art. 2032 del Code, con independencia de que el acreedor principal haya declarado el mismo su crédito<sup>992</sup>.

### ***3.6.5. Las relaciones entre la comunicación del fiador y acreedor en el concurso: beneficios y perjuicios; el art. 1.852 del Código civil***

¿Cómo afectan, tanto en un sentido positivo como negativo, al fiador los actos del acreedor principal en relación con la comunicación de su crédito en el concurso, y cómo puede reaccionar el fiador en defensa de sus intereses?.

El acreedor debe satisfacer su interés con la carga de hacerlo manteniendo el interés del fiador frente al deudor principal; es decir, mantener su crédito frente al deudor en las mejores condiciones posibles. Esto es porque el fiador tiene una expectativa (art. 1.839 del Código civil) de ser un cesionario futuro y eventual del crédito, de modo que la fianza comporta una cesión futura y suspensivamente condicionada de un crédito. Así, el acreedor tiene la obligación de no impedir o empeorar dicha situación al fiador, de esta forma el art. 1.852 del Código civil establece que “ *...los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo...* ”.

La vigencia del art. 1.852 del Código civil en el ámbito concursal es indudable; supone que, tan pronto como el fiador pueda acreditar un perjuicio para su derecho de subrogación, en los términos establecidos en el precepto, el fiador puede alegar su liberación frente al acreedor; por ejemplo, la falta de comunicación o su comunicación tardía con la pérdida de su clasificación original y la adquisición de subordinados (art. 92 de la “Ley Concursal”)<sup>993</sup>.

<sup>991</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, nota. 91, p. 66.

<sup>992</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, nota. 90, p. 65.

<sup>993</sup> La sentencia del Tribunal Supremo del 1 de julio de 1988 admitió la posibilidad de liberación del fiador si el acreedor no ejercitaba su derecho de abstención en una suspensión de pagos, dando lugar a la

Así, la solución contenida en el art. 1.852 del Código civil permite sancionar al acreedor que ha sido negligente en proteger los intereses de la fianza, con la liberación del fiador. No obstante, no parece que deba entrar dentro del ámbito del art. 1.852 del Código civil, y por lo tanto proceder a la liberación de la fianza, el hecho de la solicitud de concurso por el acreedor principal, como tampoco la no solicitud de concurso por parte del acreedor, aunque ello pueda suponer la pérdida del privilegio especial establecido en el art. 91.6 de la “Ley Concursal” (“ .. *son créditos con privilegio especial: 6º los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que no tuvieran carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe...*), y tampoco la falta de participación del acreedor principal en la junta de acreedores<sup>994</sup>.

Bajo el sistema concursal anterior<sup>995</sup> se discutía si la no participación del acreedor principal en la quiebra o la suspensión de pagos, declaradas, se podría considerar perjudicial para el fiador para su derecho de subrogación (art. 1.852 del Código civil); actualmente, el perjuicio para la subrogación del fiador parece más clara a la vista del art. 92.1 de la “Ley Concursal” cuando indica que “ .. *Son créditos subordinados: 1º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta....* “; es decir, no sólo se incluye la no comunicación sino la comunicación tardía del crédito, a los efectos de la subordinación del crédito, y con ello también del derecho de regreso.

También existe perjuicio para la subrogación, cuando, a pesar de que el fiador haya procedido a comunicar en el concurso su propio derecho de reembolso (art. 1838 del Código civil), el acreedor, en cambio, no ha comunicado su crédito; en este caso el fiador se verá privado de poder hacer valer en el concurso la subrogación (art. 1839 del

---

conversión en común de un crédito privilegiado; en cambio la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de julio del 2002 entendió que la pasividad del acreedor no da lugar a la liberación en aquellos casos en que la misma no podía causar un perjuicio a los fiadores.

<sup>994</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 71.

<sup>995</sup> Derogado por la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.

Código civil) en el crédito del acreedor principal, siendo claramente perjudicial dicho hecho en el caso de que el crédito del acreedor principal estuviera garantizado con prenda o hipoteca, por lo que dicho hecho parece que estaría comprendido dentro del supuesto comprendido en el art. 1.852 del Código civil., No obstante, si la subrogación no añade nada al crédito por reembolso, la pérdida de la subrogación debería ser irrelevante, es decir, si comunicado temporáneamente por el fiador su crédito de reembolso (art. 1838 del Código civil y art. 87.3 de la “Ley Concursal”) en el concurso, el contenido del mismo no era cualitativamente diverso del que le correspondería en el caso de subrogación, el fiador no debería poder alegar el perjuicio consistente en la subordinación del crédito principal por culpa del acreedor para desligarse de la fianza vía art. 1.852 del Código civil; en este caso parece que de lo único que se priva al fiador es de la posibilidad de elección entre reembolso y subrogación, sin un perjuicio real en cuanto su cuota final de participación en el concurso<sup>996</sup>.

En cuanto a la comunicación tardía del crédito principal, que provoca su subordinación (art. 92.1 de la “Ley Concursal”), no cabe duda que parece quedar incluida en el supuesto de hecho del art. 1852 del Código civil, al quedar degradado un crédito ordinario a subordinado. En este sentido, si la indemnidad del fiador no resulta cualitativamente cuestionada por la degradación del crédito principal (caso de la comunicación temporánea del derecho de reembolso del fiador), no parece que deba proceder la liberación de la fianza, vía art. 1.852 del Código civil; otra cosa sucedería, tal como se ha mencionado, si el crédito principal estuviese acompañado de garantías o privilegios desactivados, concursalmente, por el efecto de la comunicación tardía (conversión en crédito subordinado por efecto del art. 92.1 de la “Ley Concursal”) en cuyo caso si podría ser aplicable el art. 1.852 del Código civil y, en consecuencia, se podría entender extinguida la fianza.

En cuanto a la calificación, si parece manifiesto el deber o carga de diligencia del acreedor para ver reconocido el importe y la clase correspondiente de su crédito; así, en el supuesto contenido en el art. 97.2 de la “Ley Concursal” (“ .. *Si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor no impugnare*

---

<sup>996</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 72..

*en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámite, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquiera clase constituidas a favor de los créditos de que aquél fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes...”).*

Por otro lado, el fiador se puede beneficiar de la comunicación del crédito principal , ya que puede, en su momento, proceder a la subrogación (art. 1.839 del Código civil), con independencia de no haber comunicado su derecho de reembolso (art. 1.838 del Código civil). No obstante, el fiador debe comunicar su crédito (derecho de reembolso) al concurso so pena de verlo excluido o, de hacerlo con retraso, verlo subordinado, y así, sólo poder acudir a la subrogación.

Ahora bien, en defecto de norma legal al respecto<sup>997</sup>, el que el fiador haya comunicado su derecho de reembolso al concurso no beneficia al acreedor principal, salvo que, expresamente, pudiera entenderse que dicha comunicación se efectúa también a los efectos de lo establecido en el art. 85.2 de la “Ley Concursal” (“...*la comunicación se efectuará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito ..... y se presentará en el juzgado*”); es decir, el crédito principal, en caso de falta de comunicación, o de comunicación tardía, no se podrá aprovechar de la comunicación efectuada por el fiador de su crédito de reembolso (art. 1.838 del Código civil) y, en consecuencia, verá el acreedor su crédito excluido del concurso o, en su caso, subordinado, con las consecuencias favorables, en su caso, para el fiador establecidas en el art. 1.852 del Código civil<sup>998</sup>.

Las conclusiones a que se llega en este apartado vienen condicionadas a una interpretación del art. 87.6 LC en el sentido de no subordinar el crédito de reembolso ordinario frente al crédito principal subordinado.

### **3.6.6. La calificación de los créditos del acreedor y fiador en el concurso**

---

<sup>997</sup> Como el art. 109 del Anteproyecto Ley Concursal de 1995.

<sup>998</sup> En este sentido PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso: Las garantías personales en la Ley Concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 74.

El acreedor que disfruta de una garantía personal de tercera persona (fianza) y cuyo deudor ha sido declarado en concurso dispone de dos vías para la satisfacción de su crédito; una, la concursal, contra el deudor principal declarado en concurso, y otra, la extraconcursal, contra el fiador en virtud de la garantía prestada. En este sentido, el acreedor puede proceder a la comunicación de su crédito en el concurso del deudor (art. 87.6 de la “Ley Concursal” “ *...los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador...*”) y, con independencia de dicha comunicación, reclamar su crédito extraconcursalmente al fiador al fiador.

Por su parte, el garante puede hacer efectiva su indemnidad utilizando dos vías; una, mediante la vía del reembolso (art. 1.838 del Código civil y la ley 525.b Fuero Nuevo) como derecho propio nacido por el simple hecho del pago efectuado de la obligación garantizada; crédito que puede comunicar el fiador al concurso como crédito contingente; otra, es la vía de la subrogación (art. 1.839 del Código civil y ley 497 Fuero Nuevo), una vez satisfecho el crédito al acreedor, como sucesión en el titular original del crédito principal garantizado comunicado en el concurso (art. 87.6 de la “Ley Concursal” “*.....sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador ...*”). No obstante poder comunicar el fiador, antes del pago, al concurso su eventual derecho de reembolso (art. 87.3 de la “Ley Concursal”), en el caso de que quiera optar y garantizar la futura subrogación, podrá cautelarmente, en base a facultad otorgada por el art. 85.2 de la “Ley Concursal” (“*... la comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito ...*”), comunicar al concurso el crédito principal del acreedor, en el supuesto de que éste no lo haya insinuado; ello, sin perjuicio, de las acciones de liberación o de cobertura, previstas para antes del pago, en el art. 1843 del Código civil, que como se ha argumentado en este trabajo, su virtualidad queda reducida en el supuesto segundo (“*... en caso de quiebra, concurso .....*”) a una justificación adicional del derecho del garante a insinuar en el concurso su derecho de reembolso<sup>999</sup>. En consecuencia, una vez declarado el concurso, y antes de haber procedido el fiador al pago de la obligación garantizada, se

<sup>999</sup> En este sentido, PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 77.

pueden producir en el concurso dos tipos de comunicaciones; por un lado, la del crédito del acreedor principal, y, por otro, la del fiador en base a su derecho de reembolso contingente (art. 1.838 del Código civil y art. 87.3 de la “Ley Concursal”) que prevee que ejercitará en un futuro cuando satisfaga la deuda garantizada y que previsiblemente ocurrirá durante el procedimiento<sup>1000</sup>.

En la vigente Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal”) en el art. 89 se establece que “... los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados...”; los créditos se clasifican en base a diversos criterios; conforme a las características de cada crédito (cualidades objetivas) y conforme a las características de cada acreedor (cualidades subjetivas). Así, de esta manera los créditos del acreedor personalmente garantizado y el del fiador se deberían clasificarán del modo que en cada caso correspondiera; por ejemplo si el fiador está especialmente relacionado con el deudor verá su crédito, en base a lo establecido en el art. 92.5 de la “Ley Concursal” (“...Son créditos subordinados: 5º. Los créditos de que fuera titular algunas de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número 1º del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural...”) calificado como subordinado; calificación que no debería obtener el acreedor principal que no se encontrara en esa situación frente al deudor principal, obteniendo, en consecuencia, la clasificación de ordinario o privilegiado, según los casos. Del mismo modo, si el crédito del acreedor estuviera garantizado, además de con la fianza, con una garantía real de tercera persona, podría comunicar su crédito como privilegiado<sup>1001</sup>, con independencia de que la comunicación del derecho de reembolso contingente del fiador (art. 87.3 de la “Ley Concursal”) lo fuera como ordinario<sup>1002</sup>..

Sin embargo, esta solución no es la contemplada en el art. 87.6 de la “Ley Concursal” al indicar que “... los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del

---

<sup>1000</sup> Así el art. 146 LC establece que “..... la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados...”.

<sup>1001</sup> Así el art. 90.1 LC “son créditos con privilegio especial: los créditos garantizado con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados”.

<sup>1002</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 79.

*titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador...*”. En este sentido, la parte final del art. 87.6 (“...*En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador...*”) hay que conectarla con lo dispuesto en el art. 94.2 de la “Ley Concursal” (“... *La relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos, la causa, la cuantía por principal y por intereses, fechas de origen y vencimiento de los créditos reconocidos de que fuere titular, sus garantías personales o reales y su calificación jurídica, indicándose, en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor ...*”), de esta forma, parece desprenderse que la clasificación de los créditos del acreedor principal y del fiador, lejos de discurrir cada una de ellas por su lado, deberá ser la misma y única, tomando como referente para ello aquella clasificación que resulte “...*menos gravosa...*” para el concurso.

La interpretación del art. 87.6 de la “Ley Concursal” suscita numerosos interrogantes, como, por ejemplo, el alcance de la expresión legal “...*menos gravosa...*” y el alcance de su aplicación. Lo que si parece claro es que el inciso final del art. 87.6 de la “Ley Concursal” (“...*En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador...*”) tiene una finalidad clara, cual es la de asegurar la eficacia de las nuevas reglas de subordinación de créditos y, especialmente, en lo referido a las causas subjetivas de subordinación<sup>1003</sup>.

Sin una regla, como la contenida en el art. 87.6 de la “Ley Concursal”, si el derecho de reembolso del fiador fuese subordinado, por la especial relación del fiador con el deudor principal, le bastaría al fiador con subrogarse en el crédito, ordinario o privilegiado, del acreedor principal mediante el pago de la obligación garantizada, para eludir dicha subordinación. A fin de evitar dicha situación, el legislador en el inciso final del art. 87.6 de la “Ley Concursal”, ha introducido una fórmula, original en el panorama del

---

<sup>1003</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 80.

derecho comparado. Esta fórmula redundante en perjuicio de la calidad del crédito concursal del acreedor principal, ya que, en virtud de lo establecido en el art. 87.6 de la “Ley Concursal”, lo verá calificado como crédito subordinado en el concurso; tal vez en la “*mens legislatoris*” ello queda compensado con la posibilidad que tiene el acreedor de cobrar su crédito extraconcursalmente mediante la ejecución de la fianza.

La interpretación del art. 87.6 de la “Ley Concursal” que parece tener más predicamento en la doctrina y en la jurisprudencia, después de una crítica a la redacción del mismo, calificándolo como erróneo y gramaticalmente mal redactado, retrasa el efecto de la rebaja de la clasificación al momento en el que efectivamente se produzca la subrogación del fiador en el crédito del acreedor<sup>1004</sup>.

En este sentido, con respecto a la frase empleada por el art. 87.6 de la “Ley Concursal” (“..... *menos gravosa para el concurso* ....”) parece que es pacífico que un crédito subordinado es menos gravoso para el concurso que uno que no lo sea (ordinario o privilegiado); así la postergación del crédito a subordinado permitirá emplear una mayor cantidad de masa activa en la satisfacción de los créditos contra la masa y en el pago de los créditos concursales privilegiados y ordinarios. De esta forma, parece que, con el tenor literal del art. 87.6 de la “Ley Concursal”, se estaría, en realidad, en presencia de una auténtica causa legal de subordinación no recogida por el art. 92 de la “Ley Concursal” (“...*Son créditos subordinados* ...); es decir, el haber recibido el acreedor principal una fianza cuyo crédito de reembolso es subordinado.

Por otro lado, el art. 87.6 de la “Ley Concursal” parte del supuesto de que al fiador y al acreedor les corresponda una calificación de sus créditos distinta, siendo un crédito más gravoso para el concurso que otro; así se desprende de la expresión contenida en el art. 87.6 de la “Ley Concursal” cuando indica que “...*la calificación* ..... *que correspondan al acreedor y al fiador*...”. En este sentido, parece que la intención del legislador, plasmada en la norma, es que la subordinación a que se hace referencia en el art. 87.6 de la “Ley Concursal” (“... *menos gravosa*...”) será aquella derivada de las condiciones personales del acreedor y el fiador, es decir, la de ser o no personas

---

<sup>1004</sup> PERDICES HUETOS. A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2205, p. 81.

especialmente relacionadas con el concursado<sup>1005</sup>, pudiendo concluirse que la regla del art. 87.6 de la “Ley Concursal” parece que sólo tiene verdadero sentido en cuanto se trate de asegurar el efecto querido por la norma, es decir, sancionar a un sujeto por su especial relación con el deudor, impidiéndole ocupar en el concurso una posición distinta a la que por su estigma personal y subjetivo le corresponde. Así, por ejemplo, en el caso de comunicaciones tardías (art. 92.1 de la “Ley Concursal”) no tendría sentido que el crédito del acreedor principal se recalifique como subordinado si el fiador comunica tardíamente su derecho de reembolso; también, es improbable, en el caso de que el fiador haya configurado convencionalmente su crédito como subordinado (art. 92.2 de la “Ley Concursal”) intente burlar la calificación subrogándose por el pago en el crédito del acreedor principal calificado como ordinario o privilegiado.

Partiendo de que la finalidad del art. 87.6 de la “Ley Concursal” es garantizar la eficacia de la subordinación, parece que el escenario del que parte el legislador con el citado precepto es el de un fiador, cuyo crédito de reembolso estará calificado como subordinado, por su especial relación con el deudor principal y que, a través del pago al acreedor principal con crédito ordinario, puede, en virtud de la subrogación (art. 1839 del Código civil), aparecer en el concurso como acreedor con crédito ordinario. Así, parece que en la mente del legislador está que el fiador subordinado no ha de poder, en ningún caso, obtener, en caso de concurso del deudor principal, más de lo que le correspondería en el caso de que fuese acreedor principal. La consecuencia es que el acreedor principal ordinario, con garante con derecho de reembolso subordinado, pasa a padecer una subordinación “*per relationem*”, como un supuesto de subordinación al margen de los relacionados en el art. 92 de la “Ley Concursal; lógicamente, en este supuesto, el acreedor principal, al margen de su insinuación en el concurso, tendrá todos los alicientes para intentar cobrar su crédito, recalificado como subordinado, ejecutando la fianza contra el fiador solvente.

El resultado de este supuesto (acreedor ordinario y fiador subordinado) es la frustración del interés del acreedor principal, que verá su crédito recalificado como subordinado, en beneficio del resto de acreedores del concurso. Así, puede concluirse que con la fórmula

---

<sup>1005</sup> Así, PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso: las garantías personal en la ley concursal*, Navarra, 2005, pág. 83.

del art. 87.6 de la “Ley Concursal”, aunque se perjudica al acreedor principal, se consigue colocar al fiador subordinado en su verdadero lugar, es decir, como acreedor subordinado, aunque con ello se perjudique al acreedor principal que verá recalificado su crédito de ordinario a subordinado; tal perjuicio lo compensa el acreedor con la posibilidad de poder cobrar su crédito extraconcursalmente ejecutando la fianza.

En base a lo anterior, y desde el punto de vista práctico, sólo sería aconsejable al acreedor la admisión de fianzas, cuando el fiador sea persona especialmente relacionada con el deudor, cuando la solvencia del garante sea lo suficientemente importante para que, a pesar de ver su crédito reducido a la calificación de subordinado (art. 87.6 y 92.5 de la “Ley Concursal”), puede, extraconcursalmente, cobrar su crédito mediante la ejecución de la fianza. Por lo tanto, es dato importante el que el acreedor, antes de aceptar una fianza, averigüe si el fiador es una de las personas especialmente relacionadas con el deudor (art. Art. 92.5 y 93 de la “Ley Concursal”); el conocimiento o desconocimiento de dicho hecho no es tenido en cuenta por el art. 87.6 de la “Ley Concursal” para aplicar el efecto que establece (“... en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y fiador ...”).

En el supuesto que el acreedor principal goce de una garantía real, además de la garantía personal consistente en la fianza prestada por el fiador especialmente relacionado con el deudor principal, dicho acreedor principal vería, por aplicación de la regla contenida en el art. 87.6 de la “Ley Concursal”, como perdería su calificación de privilegiado y pasaría a ser subordinado. De esta manera el legislador evita que el fiador subordinado, utilizando la vía de la subrogación, convirtiera la calificación de su crédito subordinado en privilegiado. Una solución para el acreedor principal, para no ver perdida su calificación de privilegiado en el concurso, podría ser la renuncia a la garantía personal (fianza), de modo que, desvinculándose del fiador especialmente relacionado con el deudor, evite que la calificación de su crédito se convierta en subordinado<sup>1006</sup>; sin duda, esta renuncia a la garantía extraconcursal a cambio de una mejor posición en concurso

---

<sup>1006</sup> En este sentido CARRASCO PEREA, A, *Los derechos de garantía en la ley concursal*, Madrid, 2004, p. 241. También la sentencia de 22 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid apuntó y sugirió esa posibilidad de renuncia excluyente que en la misma haya fraude alguno.

sólo sería aconsejable después de un cálculo de conveniencia sobre las posibilidades de cobro de su crédito.

Se ha analizado en los apartados anteriores como el art. 87.6 de la “Ley Concursal” (“... *En la calificación de créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador...*”) pretende evitar evitar que el fiador subordinado eluda la subordinación de su crédito de reembolso utilizando la vía de la subrogación en el crédito ordinario del acreedor garantizado. Pero, ¿qué ocurre en el caso inverso?, es decir, cuando el crédito del acreedor principal es subordinado, por ser persona especialmente relacionada con el deudor principal, pero con fianza cuyo crédito de reembolso es ordinario. Dicho supuesto parece que no es contemplado por el art. 87.6 de la “Ley Concursal”, ya que dicho precepto sólo se preocupa de la calificación del crédito del acreedor principal y no de la clasificación del crédito de reembolso del fiador.

No obstante dicha aparente omisión del art. 87.6 de la “Ley Concursal”, en el supuesto que, una vez abierto el concurso, proceda el fiador (ordinario) al pago, éste devendrá, por subrogación, titular del crédito del acreedor (subordinado por especialmente relacionado con el deudor principal) y, en este caso, por aplicación del art. 87.6 y 93.3 de la “Ley Concursal”, el cesionario-fiador devendrá también persona especialmente relacionada y su crédito resultaría también subordinado<sup>1007</sup>.

Si el fiador ordinario no utilizare la vía de la subrogación (art. 1839 del Código civil) sino la vía del reembolso (art. 1838 Código civil), es decir, en el caso de que fiador haya procedido a comunicar su crédito de reembolso ordinario y contingente en el concurso del deudor y que el acreedor, especialmente relacionado con el deudor, hubiese comunicado su crédito subordinado, si el fiador satisface el importe del crédito al acreedor principal ¿podría el garante pretender recuperar en el concurso, vía reembolso y con rango ordinario, lo pagado a un acreedor subordinado?; es decir, la cuestión es ¿puede un acreedor subordinado (acreedor principal) recuperar

---

<sup>1007</sup> En este sentido, PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 91; MONTES, V., *El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal*, Anuario de Derecho Concursal 1, 2004, p. 49, sobre el sentido del art. 93.3 LC indica que “claramente la extención a los cesionarios y adjudicatarios trata de evitar que la subordinación se evite a través de la transmisión del crédito”.

extraconcurzalmente del fiador su crédito y éste último insinuarse en el concurso del deudor mediante un crédito de reembolso ordinario (art. 1.838 del Código civil) cuando el acreedor principal era subordinado, todo ello en claro perjuicio de la masa pasiva?. Tampoco este supuesto no parece estar contemplado por el art. 87.6 de la “Ley Concursal”, ahora bién, permitir que por esta vía de reembolso acreedores del concursado vean que un crédito, que debería haber sido subordinado, se satisface íntegramente fuera el concurso y se insinúa luego (vía reembolso del fiador) como ordinario, es claramente generador de un perjuicio para el resto de la masa pasiva.

En principio, según la literalidad del art. 87.6 de la “Ley Concursal”, dicho precepto sólo se refiere a la clasificación del crédito del acreedor principal, y sólo contempla la posibilidad de subrogación del fiador y no la vía de reembolso (“... y *sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador ...*”). A la vista de ello, la solución a la cuestión podría ser que el fiador que paga, por mucho que ejercite un derecho propio (derecho de reembolso del art. 1838 del Código civil), lo hace en las mismas condiciones que el acreedor subordinado a quien ha satisfecho la deuda. Ante ello podría plantearse una doble posibilidad; por un lado, en coherencia con el art. 87.6 y art. 93.3 de la “Ley Concursal”, que el derecho de reembolso del fiador sea clasificado del mismo modo que el crédito del acreedor principal, de modo que el garante sea considerado persona especialmente relacionado con el deudor principal; y por otro, negar al fiador la posibilidad de ejercitar el reembolso y permitir sólo en sede concursal únicamente el ejercicio de la subrogación.

La primera posibilidad (“el derecho de reembolso del fiador sea clasificado del mismo modo que el crédito del acreedor principal”) significa que, de conformidad a lo establecido en el art. 87.6 de la “Ley Concursal, se efectúe la calificación que resulte “..*menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador...*”; esto significa que quien avaló a un subordinado necesariamente ocupará su lugar en el concurso. En consecuencia, se trata de crear una posición unitaria (acreedor-fiador) configurada sobre la base de la “..*menos gravosa para el concurso..*”, es decir, la subordinada. En este sentido, el art. 87.6 de la “Ley Concursal” sería válido tanto para el crédito actual del acreedor como para el contingente del fiador, estando ambos sujetos

a ella, con independencia de ambos comuniquen sus créditos o lo haga uno sólo de ellos.

En cuanto a la otra posibilidad (“negar al fiador la posibilidad de ejercitar el reembolso y permitir sólo en sede concursal únicamente el ejercicio de la subrogación”) parece posible mantener que en la *mens legislatoris* era sólo la vía subrogatoria la concebida como forma de regreso, y no la vía de reembolso; en este sentido el art. 87.6 de la “Ley Concursal” (“.. y *sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador ...*”) no contiene una repetición innecesaria del art. 1839 del Código civil, sino que limitaría a éste las posibilidades de intervención del fiador que no hubiera satisfecho la deuda antes de la apertura del proceso concursal. En conclusión, se podría sostener que en el art. 87.6 de la “Ley Concursal” el legislador no contempló la posibilidad de la vía del reembolso (art. 1838 del Código civil), sino sólo la vía de la subrogación (art. 1.839 del Código civil).

No obstante todo lo anterior, a la vista del tenor literal del art. 87.7 de la “Ley Concursal” (“...*podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o... corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial ...*”) que contempla expresamente el reembolso del fiador, parece que la primera posibilidad sería la más adecuada a la solución del problema; es decir, conceder al fiador todas las posibilidades de regreso (reembolso y subrogación) pero con una calificación común (acreedor-fiador)<sup>1008</sup>.

¿Qué sucede cuando el acreedor principal y el fiador tienen créditos calificados, no de subordinados, sino como ordinarios y privilegiados, a la vista del art. 87.6 del Código civil?. Parece, en principio, que un crédito privilegiado será más gravoso para el concurso que uno ordinario; así en el art. 154.3 de la “Ley Concursal” se establece que “... *las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial ...*” y, en consecuencia, cabría plantear, en base al art. 87.6 de la “Ley Concursal” una clasificación a la baja.

---

<sup>1008</sup> En este sentido, PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 95.

Qué ocurre en el supuesto que el acreedor principal no insinúe su crédito, por ejemplo subordinado, de modo que únicamente aparezca en el concurso el crédito condicional del fiador con la calificación de ordinario. Por ejemplo, en el supuesto de un fiador (ordinario o privilegiado) que avala un crédito a un acreedor especialmente relacionado con el deudor (subordinado) y que pacta con dicho acreedor a fin de que no comparezca en el concurso, para así ver su crédito de reembolso (art. 1838 del Código civil) calificado como ordinario o privilegiado; es decir, mediante un acuerdo extraconcursal se consigue que el fiador ocupe el sitio del acreedor con una mejor cualificación que si el acreedor hubiese comunicado su crédito. Este problema parece que no haya sido contemplado por el legislador en el art. 87.6 de la “Ley Concursal”, el cual da por supuesto la comunicación del crédito por parte del acreedor; no obstante, esta solución conduciría a frustrar la finalidad del art. 87.6 de la “Ley Concursal”. Para asegurar dicha finalidad, la declaración de las garantías de las que disfruta un crédito no es potestativa sino que es una obligación del acreedor; en este sentido, en el art. 94.2 de la “Ley Concursal” se establece que “... *la relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos, la causa, la cuantía por principal y por intereses, fechas de origen y vencimiento de los créditos .... sus garantías personales o reales....*”, asimismo en el art. 6.2.4 de la “Ley Concursal” se indica que “..... *A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes: 4. relación de acreedores, con expresión ... y las garantías personales o reales constituidas...*”. En este mismo sentido, si es sólo el crédito de reembolso del fiador el que se comunica al concurso, éste debería estar obligado a comunicar al concurso las circunstancias del crédito garantizado, en especial, si el acreedor es persona especialmente relacionada con el deudor (art. 92.5 de la “Ley Concursal”)<sup>1009</sup>.

No obstante, frente a las anteriores tesis que basan la aplicación del art. 87.6 de la “Ley Concursal” bajo la óptica de la interpretación literal de su texto (“ .. *en la clasificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador ...*), es decir, que la calificación correctora de los créditos tendrá lugar en el momento de la comunicación

---

<sup>1009</sup> En este sentido, PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 101.

del crédito principal, la tesis que parece tener más éxito en la doctrina y en la jurisprudencia prescinde de la literalidad de la misma para retrasar el efecto de la rebaja y/o clasificación de los créditos al momento en el que se produzca efectivamente la subrogación del fiador en el crédito del acreedor; es decir, que el crédito del acreedor principal será clasificado como proceda y reclasificado como subordinado, en su caso, sólo en el momento del concurso en que pague el fiador y con ello se subroge en el mismo, indicándose que así se evita el fraude y el acreedor principal conserva todas sus opciones de satisfacción concursal y extraconcursal<sup>1010</sup>.

La postura de los Juzgados de lo Mercantil en la interpretación del art. 87.6 de la Ley Concursal ha sido en ciertos aspectos coincidente:

**a) Sentencia 30/2005 de 8 de junio del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo**

En dicha sentencia se indica que “... *la interpretación del alcance que merece el art. 87.6 LC ha sido probablemente una de las cuestiones más discutidas de las que atañen a la reforma concursal, habiéndose pronunciado la doctrina científica de modo discordante al respecto, desde quienes mantienen una interpretación apegada a la literalidad de la norma (autores como Perdices, Cordero Lobato), hasta quienes desde una hermenéutica que atendiendo a una jurisprudencia de intereses rechazan con firmeza que el crédito afianzado por persona especialmente relacionada con el deudor se contamine necesariamente de ese carácter subordinado habida cuenta de las situaciones injustas a que conduce (Carrasco, Alonso Ledesma, Olivencia), pasando por quienes propugnan una lectura alternativa de la norma que evite el rigor de sus términos cuanto de éstos se deriven consecuencias indeseables (Bermejo, Arias Varona). Por su parte las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil dictadas hasta la fecha han declarado que la calificación como menos gravosa para el concurso sólo opera en el caso de que el fiador se haya subrogado en la posición del acreedor tras haber realizado aquél el pago (Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de 22 de marzo del 2005)...*”. Sigue indicando que “.. *la primera intención que indiscutiblemente se evidencia de la norma es la de evitar el*

<sup>1010</sup> En este sentido, PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 81. Sentencia de 22 de marzo de 2005 del juzgado de lo mercantil nº. 5 de Madrid.

*fraude que tendría lugar si se permitiera al fiador, persona especialmente relacionada con el deudor, eludir la subordinación a que está afectado su crédito (art. 92.5 y 93 LC) en el caso de pagar él al acreedor para dirigirse seguidamente contra el concursado .... El núcleo de la cuestión entendemos que pasa por esclarecer el alcance del inciso segundo de la norma, y más concretamente determinar el instante en que surte su operatividad, esto es, si la tarea de la calificación del crédito en tales términos ha de tener lugar ex ante o ex post al pago que pueda realizar el fiador .... El fiador vería limitadas sus posibilidades de insinuación en la masa a la del crédito de reembolso del que sería titular en su caso, crédito que podría ser comunicado y reconocido con el carácter de contingente (art. 87.3 LC) mientras que su calificación, dada su naturaleza de crédito autónomo, habrá de correr la suerte de su titular, viéndose en consecuencia postergado si dicho titular fuera persona especialmente relacionada con el deudor (art. 92.5 y 93 LC). Por el contrario las circunstancias que atañen a la acción subrogatoria son distintas dado que por el pago realizado por el fiador surge la subrogación por ministerio del art. 1839 CC, siendo así que, como dice a este respecto la STS 13 febrero 1988, ello no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, en que en razón del crédito en el que se subroga es su sucesor ... Pues bien, es a esa posibilidad de subrogación del fiador en la posición del acreedor a la que se refiere expresamente el inciso primero del art. 87.6 ... y es precisamente aquí donde surge el riesgo de que las reglas de subordinación puedan verse burladas por el fiador que mediante tal mecanismo trata de ocupar la posición del acreedor principal. Para conjurar este peligro viene el inciso segundo de la norma a disponer un mandato aplicable únicamente en la eventualidad de que dicho pago haya tenido lugar ... debiendo en tal caso interpretar que la opción de que habla la norma no viene referida a los créditos (pues se trata de un sólo crédito que se mantiene inalterado....) sino a la calificación que hubiera de corresponder a sus titulares en uno y otro caso. En conclusión, el inciso segundo del art. 87.6 LC sólo operará ex post al pago llevado a cabo eventualmente por el fiador ... Por otra parte no se atisba en el texto de la Ley Concursal dato o elemento alguno que permita afirmar su intención de incentivar al acreedor para que reclame al margen del concurso su derecho frente al avalista.... En definitiva, la administración concursal deberá reconocer y calificar el derecho del acreedor principal conforme le corresponde en*

*aplicación de la clase de crédito de que se trate y del privilegio que legalmente pueda tener reconocido y únicamente en el caso de que el fiador lleve a cabo el pago al deudor concursado y así lo comunique oportunamente a la administración concursal será cuando entre en juego la aplicación del repetido inciso segundo del art. 87.6 LC.....”.*

La presente sentencia, tras reconocer que el fiador puede insinuar su derecho de reembolso (art. 1838 CC) en el concurso con el carácter de contingente, parece contemplar el precepto bajo el supuesto de fiador subordinado, por ser persona especialmente relacionada con el deudor (art. 92.5 LC), con la finalidad de que mediante la subrogación del fiador, tras el pago, no quede burlada su calificación de subordinado por la de ordinario o privilegiado del acreedor. En relación al momento en el cual debe entenderse producida dicha calificación de subordinado, es de la opinión que el art. 87.6 de la LC sólo entra en juego tras el pago del fiador al acreedor, estando calificados, hasta entonces, cada crédito según la correspondiente a su situación.

**b) Sentencia de 27 de junio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona**

En la misma se indica que “..... la dicción literal del art. 87.6 lleva a la subordinación del crédito porque se trata de un crédito afianzado y la literalidad del precepto no permite más solución que la de que en todo caso se opte por calificarlo, en atención a los fiadores, como subordinado puesto que los fiadores son personas jurídicas especialmente relacionadas con el deudor...” También indica que “ ... por medio de la interpretación literal del precepto lo que se permite es poder trasladar al titular del crédito la calificación del crédito que, en su caso, le correspondería en atención a la persona del fiador, de este modo si el crédito está afianzado por una persona especialmente relacionada con el deudor el crédito quedaría afectado por esa especial relación y podría ser calificado en todo caso, es decir, con abstracción hecha de que hubiera pagado o no el fiador o se hubieran iniciado o no acciones frente al fiador, como subordinado...”. Asimismo “ ... tan razonable es pensar que el legislador quiso con esta norma evitar que el fiador que estuviera especialmente relacionado con el deudor – si pagaba la deuda – evitar la subordinación

*colocándose en el lugar de acreedor que había cobrado, como considerar que el legislador concursal tenía como objetivo el forzar a los acreedores a ver satisfechos sus créditos fuera del proceso concursal – reduciendo con ello la masa pasiva - y, por ello, se le incentivaba a ejercitar las acciones fuera del concurso si había un fiador so pena de que en el concurso la condición del fiador llevara a la subordinación global del crédito...”. Concluye indicando que “... a la espera de que se consolide una verdadera doctrina y jurisprudencia sobre esta cuestión dado que hasta la fecha lo que hay son opiniones ... cualquier solución que se adopte sobre la materia es frustrante para el jurista ... ante esta disyuntiva quien resuelve considera que no deben subordinarse los créditos del acreedor que goza de la fianza de un tercero especialmente relacionado con el deudor .. El acreedor en todo caso mantiene la calificación que le corresponda en función de la naturaleza de su crédito y en función de las relaciones que le unan con el deudor. El art. 87.6 quedaría confinado única y exclusivamente a los supuestos en los que el fiador ha satisfecho la deuda y pretende colocarse en la posición del acreedor, la subordinación le arrastra en función de su relación con el deudor, no en función de la naturaleza de la deuda ... entendiéndose que si el acreedor no actúa contra ese fiador o en el caso en que las actuaciones no hubieran dado resultados satisfactorios para la satisfacción del crédito no se activan los mecanismos de la subordinación...”.*

Igualmente, en esta sentencia sólo se contempla el supuesto de fiador subordinado, por especial relación con la persona del deudor (art. 92.5 LC), de un acreedor ordinario o privilegiado, retrasando la subordinación del art. 87.6 LC al momento del pago y subrogación del fiador, conservando hasta entonces cada crédito la calificación que les corresponda, indicando que el fiador arrastra la subordinación en función de su relación con el deudor, no en función de la naturaleza de la deuda.

**c) Sentencia 29 de junio del 2006 de la Audiencia Provincial (sección 15ª) de Barcelona**

En la citada sentencia se indica que “ ... el Sr. Magistrado coincidió con el sector doctrinal y aquellos otros Juzgados Mercantiles que refieren la aplicación del inciso controvertido (“En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor

y al fiador”) al supuesto de que el fiador, persona especialmente relacionada con el concursado, se ha subrogado en la posición y derecho del acreedor principal por haber abonado el crédito garantizado ...Así, concluye la Sentencia, con sustento fundamental en el cánón teleológico, que el art. 87.6 quedaría confinado única y exclusivamente a los supuestos en los que el fiador ha satisfecho la deuda y pretende colocarse en la posición del acreedor, excluyendo que, en tanto no se produzca el pago por el fiador, el acreedor principal que cuenta con fianza de personal especialmente relacionada con el concursado quede afectado por la calificación determinada por esta circunstancia subjetiva, únicamente apreciada en el fiador...”. Continua indicado la sentencia que “... la cuestión es, en efecto, polémica pues, ante todo, la norma está necesitada de interpretación y una lectura estricta y rigurosamente literalista lleva a consecuencias de difícil .. justificación... Así, si se entiende la norma en sentido tal que el crédito principal, de por sí ordinario o incluso privilegiado especial, quede relegado a la categoría de subordinado por el hecho de contar con la fianza de un tercero que es persona especialmente relacionada con el concursado, es inevitable la percepción de una penalización injustificada ... al acreedor garantizado .. La razón de ello, para la tesis que defiende esta opción interpretativa, sería la voluntad del legislados ... de incentivas al acreedor principal garantizado para que active su derecho de cobro, frente al fiador, fuera del concurso...”. Asimismo se indica que “ ... La cláusula “en todo caso” tiene en el contexto de la regla un alcance impreciso, pero, en principio, por su ubicación y significación gramatical puede entenderse en el sentido de que la opción por la calificación “menos gravosa para el concurso” es obligada cualquiera que sea la condición autónoma del crédito principal (ordinario o incluso privilegiado), las circunstancias determinantes de la subordinación (abarcando las comunicación tardía, la postergación contractual..), o incluso cuando la personal especialmente relacionada con el concursado sea el acreedor principal. Pero no parece que su finalidad sea la de imponer la aplicación de la regla prescindiendo del pago por el fiador o de la efectiva subrogación .....”. Insiste la sentencia que “ ... la finalidad de la norma es evitar que al amparo de vías oblicuas ... pueda eludirse la aplicación de las normas concursales sobre la clasificación de los créditos y, en particular, evitar que el fiador que es persona especialmente relacionada con el deudor pueda eludir la calificación de su crédito como

*subordinado ... al invocar la subrogación en el derecho del acreedor principal ... Si el fiador, que es persona especialmente relacionada con el concursado, paga al acreedor principal y hace valer su derecho como un crédito ex novo, al amparo del art. 1838 CC (acción de reembolso), no podrá evitar la calificación que legalmente le corresponde de conformidad con el art. 92.5 LC. Y si comunica su crédito en cuanto subrogado en la posición y derecho que ocupaba el acreedor principal, por mérito de la subrogación operada “ex art. 1839 CC” (que le convierte en titular del mismo crédito, con todas sus garantías y derechos accesorios) interviene el art. 87.6 LC impidiendo que la subrogación produzca, en el ámbito concursal, el efecto que reconoce la Ley sustantiva civil, e imponiendo así, a la postre, la calificación que corresponde a ese nuevo titular conforme a la aplicación del régimen concursal. ... De este modo, no resulta gravado el concurso, al aplicarse la norma concursal correspondiente en materia de calificación, lo que no sucedería si la subrogación permite alterar esas reglas ... Tal finalidad es difícilmente discutible, por más que pueda discutirse si es la única. Pero si se admite que esa finalidad (evitar la alteración de las reglas en materia de calificación de créditos por virtud de la subrogación por el fiador en la posición del acreedor afianzado) es la que justifica el precepto, no cabe duda que la interpretación que acoge la resolución apelada es la más adecuada para defender y hacer realidad el fin de la norma, sin imponer sacrificios injustificados o por lo menos de dudosa justificación. Se trataría de una interpretación “correctora” sólo en la medida en que, sin desbordar el acomodo en el tenor de la norma ... ajusta el sentido gramatical a la finalidad perseguida... De este modo, el pago por el fiador que es persona especialmente relacionada con el concursado, no podrá variar la calificación de su crédito determinada por esta circunstancia, y convertirlo en ordinario o incluso privilegiado. Esto es lo que repugna al sistema y, con criterio lógico, el resultado que evita el precepto... “.*

De esta forma en la Sentencia se sigue interpretando el art. 87.6 LC como referido a un supuesto de fiador subordinado, por especial relación con el deudor, de un acreedor ordinario y privilegiado; no obstante, también admite que bajo el precepto también se de cobertura al supuesto inverso (fiador ordinario y privilegiado de acreedor ordinario) así como en supuestos de subordinación distintos del apartado 5<sup>a</sup> del art. 92 LC. Establece la sentencia como principal finalidad del precepto, aunque

no la única, la de evitar la alteración de las reglas en materia de calificación de créditos por virtud de la subrogación por el fiador en la posición del acreedor afianzado.

**d) Sentencia de 5 de julio del 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid**

En la citada Sentencia se indica que “ ... *La propia Administración concursal admite que la doctrina se divide en dos grupos fuertemente diferenciados en la interpretación del referido precepto. Según la Administración concursal, para el sector mayoritario, la única interpretación posible de la norma es la interpretación literal ... Cuando el crédito principal tenga la consideración de ordinario y el crédito del fiador sea subordinado, se calificará el crédito principal como subordinado para impedir que esa tacha se neutralice a resultas de la subrogación (N. Bermejo)... Se trata de una solución que se ha calificado de injusta y que, en más de un caso, supondrá un perjuicio claro para el acreedor, pero su dicción literal es tal clara que difícilmente podríamos defender la interpretación de la misma distinta a la que acabamos de disponer (E.VALPUESTA) ....Para un sector minoritario, en tanto no se haya producido el pago del fiador, el crédito debe calificarse sin tener en cuenta la condición de persona o no especialmente relacionada con el deudor que tuviera el fiador. Según esta interpretación alternativa, la interpretación literal es absurda y no puede ser aceptada, por lo que se produce una importante restricción: la de entender que la norma sólo es de aplicación cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante; el crédito directo del acreedor no se contamina con la condición subordinada del crédito de reembolso del fiador, tanto si cobra del fiador como si lo hace en el concurso del deudor. Aunque el fiador fuera una persona especialmente relacionada con el deudor, el crédito concursal continuará mereciendo la condición de ordinario o privilegiado, si bien cuando el fiador se subroga en el crédito, ese crédito quedará degradado a la categoría de subordinado (A. Carrasco)... “.* Al respecto indica la Sentencia que “..*el art. 87.6 LC se encuentra dividido en dos partes. La primera se refiere a la obligatoriedad para la Administración Concursal de reconocer, por su importe y sin limitación ninguna, y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador, los créditos en los que el acreedor disfrute de la fianza de un tercero..... Es*

*la interpretación de la última parte del precepto la que suscita mayores controversias. ... No podemos desconocer que la dos corrientes doctrinales aludidas más arriba parten de la interpretación gramatical de esta disposición. Mientras que la calificada como literalista entiende que la referencia a “estos créditos” alude a los “créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero”, la correctora opina que la mención “estos créditos” debe entenderse referida a los créditos de los que sea titular el fiador una vez haya pagado... El texto de la norma quedaría, según la tesis literalista, del siguiente modo; “en la calificación de (los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero) se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y fiador”. Para la tesis calificada como correctora el texto de la norma debería leerse así: “en la calificación de (los créditos en los que su titular haya sido sustituido por el fiador) se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador...Atendiendo a la interpretación literalista, la finalidad de la norma sería la de postergar el crédito del acreedor que disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor. Para la interpretación llamada correctora, el fin de la norma sería evitar que el fiador especialmente relacionado con el deudor pueda eludir la calificación que de su crédito le corresponda según el art. 92.5 LC por el simple hecho de subrogarse, mediante el pago, en la situación del acreedor principal...”. En este tenor sigue indicando la Sentencia que “.. ninguna de las inclusiones dentro de la categoría de subordinados se hace de manera gratuita. En todos los casos existe un motivo.... Sin embargo, no se alcanza qué motivo de esta índole puede justificar la calificación como subordinado de los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el concursado. Por el contrario, el tenor literal del artículo 1839 CC sí justificaría la interpretación mal llamada correctora del tenor del art. 87.6 LC. Aquel precepto establece que el “fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor contra el deudor”. De ahí que de no contar con la previsión del art. 87.6 LC podría darse el caso en que el fiador especialmente relacionado con el deudor intentara evitar la calificación de subordinado de su crédito....satisfaciendo al acreedor principal que ha sido incluido en la lista de acreedores con una calificación más favorable....Las anteriores consideraciones nos mueven a entender que el sentido del art. 87.6, inciso segundo, es el de considerar*

*postergados sólo aquellos créditos de los fiadores especialmente relacionados con el deudor, una vez que se hayan subrogado en la posición jurídica del acreedor principal, como consecuencia del pago....”*

En esta sentencia se vuelve a conectar el art. 87.6 LC con un supuesto de fiador subordinado especialmente relacionado con el deudor de un acreedor ordinario / privilegiado. Asimismo, se efectúa una interpretación correctora, en contraposición a una interpretación literal del precepto, en el sentido de retrasar la calificación del acreedor (*ordinario / privilegiado*) a subordinado en el momento de subrogación del fiador por el pago.

**e) Sentencia 65/2005 de 14 de julio del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla**

En la citada Sentencia se indica que “ *... la cuestión objeto de la controversia no es pacífica en la doctrina. En los comentarios a la Ley Concursal y los artículos doctrinales publicados hasta el momento los autores mantienen posturas no coincidentes. Mientras que unos entienden que pese a que las consecuencias del art. 87.6 de la Ley Concursal son muy duras, la “literalidad” del precepto no permite otra interpretación que la que trae consigo la degradación a la categoría de subordinado del crédito del que es titular el acreedor principal, si el mismo fuera ordinario o privilegiado, cuando está garantizado personalmente por una persona especialmente relacionada con el deudor ... , otros entienden que una interpretación del precepto basada en diversos criterios (fundamentalmente el sistemático y el finalista) permite afirmar que tal degradación sólo se produce cuando el garante paga al acreedor y se subroga en su posición en el concurso. Las pocas sentencias dictadas hasta el momento (por todas, varias del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, la del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona) se inclinan por la segunda de las tesis expuestas....”*. En este sentido, indica la Sentencia que “ *...el apartado 6 del art. 87 de la Ley Concursal establece, en primer lugar, que los créditos en los que el acreedor disfrute de la fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna. El hecho, pues, de que el crédito goce de garantía personal no supone limitación alguna, ni cuantitativa ni cualitativa, a su reconocimiento, al contrario de lo que ocurre con otros créditos regulados en el art. 87 .... En segundo lugar, dicho apartado 6 del art. 87 de la Ley Concursal prevé*

*expresamente la posibilidad de que el fiador, caso de pagar al acreedor, sustituya a éste en el concurso. Es en atención a esta previsión de subrogación, entiendo, que entra en juego el inciso objeto de la controversia... Por ello, si el fiador es una persona especialmente relacionada con concursado, el crédito que ostenta por subrogación será calificado como subordinado “en todo caso”, es decir, ya fuera el crédito del acreedor principal un crédito ordinario, o fuera privilegiado ... Y también, por aplicación de la expresión “en todo caso”, la calificación de crédito del fiador subrogado del modo menos gravoso para el concurso se producirá cuando se esté en la situación inversa, esto es, cuando fuera el crédito principal subordinado por ser el acreedor una persona especialmente relacionada con el concursado, y sin embargo carecer de tal cualidad el fiador...”*

Esta Sentencia vuelve a vincular también, como caso típico del art. 87.6 LC, el supuesto de fiador subordinado por ser persona especialmente relacionada con el deudor con acreedor ordinario o privilegiado, no obstante también indica que el mencionado precepto también sería de aplicación en el caso inverso. Asimismo, se sigue con el criterio de retrasar la calificación al momento de producirse la subrogación por el pago del fiador.

**f) Sentencia núm. 158/2007 de 13 de junio del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca**

En esta Sentencia se indica que “ ... para solventar la cuestión planteada debemos partir del planteamiento y estudio general que se ha efectuado del art. 87 mencionado .... la cual (doctrina) lo ha estudiado en relación al caso de que el fiador o avalista sea una persona especialmente relacionada con el concursado, apareciendo tres corrientes bien diferenciadas, la que se acoge a la literalidad del precepto (Perdices, Lobato, Rojo), la diametralmente opuesta y que defiende evitar situaciones completamente injustas (Carrasco, Olivencia) y una tercera que partiendo de la literalidad, pueda ser atenuada cuando la estricta aplicación de la ley pueda conducir a situaciones indeseables (Bermejo, Arias Varona)... Lo que sí se puede concluir es que desde el punto de vista judicial existe una práctica unanimidad al respecto, al optar por la segunda de las opciones que se acaban de mencionar, al establecer que el precepto en cuestión debe analizarse desde una

*perspectiva sistemática y finalista, teniendo en cuenta no sólo el rigor literal de la norma sino el conjunto normativo en el que se encuentra englobado ... Y así podemos mencionar las sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 22 de marzo del 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona da 22 de abril del 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo de 8 de junio del 2005, del Juzgado núm. 1 de Sevilla de 14 de julio del 2005 .... entre otras .... En todas ellas ... se llega a una misma conclusión y es que el segundo inciso del art. 87.6 LC ... sólo operará cuando el fiador hubiere realizado el pago, y en consecuencia hubiere sustituido al acreedor inicial, y ostentase la condición de tercero especialmente relacionado con el concursado .... Este juzgador llega a la misma conclusión que se acaba de exponer..”*

De esta forma, en esta última sentencia, siguiendo la línea de las anteriores, encaja dentro del segundo supuesto del art. 87.6 LC como supuesto típico el del fiador subordinado, por especial relación personal con el deudor, de un acreedor ordinario o privilegiado, retrasando la calificación que se establece en el mencionado precepto hasta el momento de la subrogación por pago efectivo del fiador; efectuando, en consecuencia, una interpretación del precepto que supera la propiamente literal, para acoger a una interpretación denominada “correctora” que tiene en cuenta la finalidad del precepto (“que el fiador no eluda su subordinación mediante el mecanismo de la subrogación del art. 1839 del Código Civil”)

En consecuencia, del análisis de las anteriores sentencia, parece desprenderse que en todas aparece como supuesto típico referido en el art. 87.6 LC el del fiador subordinado, por especial relación personal con el deudor (art. 92.5 LC), si bien en alguna Sentencia también amplia su ámbito al supuesto inverso (*fiador ordinario / privilegiado de un acreedor subordinado por especial relación con el deudor*). También es unánime la interpretación “correctora” del citado precepto, en el sentido de retrasar la calificación a subordinado al momento de subrogación del fiador tras el pago al acreedor. Finalmente, también hay coincidencia en que la finalidad principal del art. 87.6 de la LC es que no resulten burladas las reglas de calificación de los créditos, y en consecuencia perjudicada la masa pasiva del concurso, es decir, que por medio de la subrogación pueda el fiador subordinado convertirse en ordinario o privilegiado.

### **3.6.7. Los efectos de la declaración de concurso sobre el crédito afianzado**

La declaración de concurso sólo produce efectos sobre los créditos titularidad del concursado (art. 58 a 60 de la “Ley Concursal”), salvo los efectos previstos expresamente por la ley; caso del art. 1.831.3 del Código civil (“...*la excusión no tiene lugar: 3. en caso de quiebra o concurso del deudor...*”), sobre la pérdida del beneficio de excusión. En este sentido, se podría argumentar la independencia funcional del crédito extraconcursal frente al fiador en relación al crédito concursal frente al deudor insolvente; o la ruptura de la accesoriad funcional entre el crédito frente al garante y frente al deudor concursado.

En este sentido, el vencimiento de la obligación principal como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 146 de la “Ley Concursal” “... *la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados...*”) no supone el vencimiento anticipado de la fianza<sup>1011</sup>. En la situación concursal anterior, la regla del vencimiento anticipado, contenida en el derogado art. 883 Código de Comercio (“...*en virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes del quebrado...*”), lo era sólo por razones de organización del procedimiento; en la nueva “Ley Concursal” dicha situación ha sido sustituida en el art. 88 por una mera contabilización, o conversión en dinero del crédito, (“... *a los solos efectos de la cuantificación del pasivo, todos los créditos se computarán en dinero y se expresarán en moneda de curso legal, sin que ello suponga su conversión ni modificación ....*”), no produciéndose, por lo tanto, el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados sino hasta el momento de la apertura de la fase de liquidación (art. 146 de la “Ley Concursal”).

Es decir, a pesar de la declaración de concurso y de la apertura de la fase de liquidación, el fiador puede hacer valer frente al acreedor el término de la obligación inicialmente pactado; no viéndose, por ello, perjudicado, ya que ese fue el término inicialmente previsto en la obligación y no el anticipado por el concurso.

---

<sup>1011</sup> Es pacífico. Entre otros, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Derecho Concursal y fianza*, RDP, 77, 1993, p. 39; CLEMENTE MEORO, M., *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, p. 1954; BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de derecho mercantil*, Madrid, 1917, p. 708; RODRIGUEZ ALTUNAGA, R., *Derecho mercantil*, Madrid, 1917, p. 811 y 812.

Por otro lado, en el art. 55 de la “Ley Concursal” se establecen una serie de medidas de suspensión ( “... 1.- Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos ni tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración de concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 2.- Las actuaciones que se hallarán en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos. 3.- Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho. 4.- Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.. “) previstas para el deudor concursado. De esta forma, se haya iniciado o no actuación alguna contra el fiador, ésta no se debe ver entorpecida por la declaración de concurso del deudor.

Por otra parte, la declaración de concurso del deudor produce la suspensión del devengo de intereses de los créditos concursales (art. 59.1 de la “Ley Concursal” “... desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía...”). La razón de dicha suspensión estriba en la finalidad procedimental de fijar el pasivo del concursado, evitando su constante variabilidad<sup>1012</sup>. Dicha suspensión lo es sólo a los efectos del concurso, como se demuestra que el interés correspondiente se sigue devengando, pero condicionado a lo establecido en el art. 59.2 de la “Ley Concursal” (“ .. no obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuere menor. En caso de liquidación, si

---

<sup>1012</sup> Por todos, BADENAS CARPIO, J.M./ BOLDÓ RODA, C., *Comentario al art. 59 LC, en Comentarios a la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, p. 648.

*resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados el tipo convencional... ”).*

Con respecto al fiador, en principio, se observa que el mencionado art. 59 de la Ley Concursal” (“... desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses...”) no hace distinción entre deudor principal y fiador. No obstante, parece que no hay motivo para pensar que el citado art. 59 de la “Ley Concursal” se aplique también al fiador, ya que la pretensión que tiene frente al fiador el acreedor es de carácter extraconcursal, y ésta no tiene porque verse afectada por el concurso del deudor, máxime cuando la suspensión de los intereses, tal como se ha indicado, lo es sólo a efectos del procedimiento concursal<sup>1013</sup>.

No obstante, frente a la tesis de la no aplicabilidad del art. 59 de la “Ley Concursal” al fiador, y en consecuencia la no suspensión de los intereses frente al mismo con motivo de la declaración de concurso del deudor, se podría oponer la “accesoriedad” de la fianza, y en concreto la prohibición de la garantía “*in durio rem causam*”, de modo que si el fiador respondiera por los intereses se estaría quebrantando la regla del art. 1826 del Código civil (“.. 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..”); es decir, con tal tesis, el fiador se estaría obligando a más (los intereses) que deudor principal. En contra de este último argumento, se podría indicar que dicha “accesoriedad” de la fianza queda cortada en el momento de la declaración de concurso del deudor principal, en donde se abre, al mismo, un procedimiento forzoso de ejecución colectivo en el que se prevén efectos excepcionales y determinados “*intuitu personae*” en relación al deudor.

De ahí, podría concluirse que, tanto el supuesto anterior de vencimiento anticipado como en éste de suspensión de los intereses, no afectan al fiador, continuando su obligación de garantía en la forma inicialmente pactada<sup>1014</sup>.

---

<sup>1013</sup> Es pacífico; por todos, CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO / MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, p. 142, citando a RAMIREZ, J.A., *La quiebra*, t. II, Barcelona, 1959, p. 270.

<sup>1014</sup> PERDICES HUETOS, A.B, *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Navarra, 2005, p. 114.

Esta solución de no permitir al fiador alegar la interrupción de los intereses, es la adoptada también por el Derecho comparado. Así, en Francia, la jurisprudencia admitió, en un primer momento, dicha interrupción de los intereses en base al art. 2013 del Code (“...*La fianza no puede exceder de lo que debe el deudor ni constituirse en condiciones más onerosas. Puede constituirse por una parte de la deuda solamente y en condiciones menos onerosas...*”); no obstante, en la nueva redacción dada al art. 55.1 de la Ley de 1985, art. 38.1 de la Ley 10 de junio de 1994 y el revisado art. 621.48 del Código de Comercio (“...*la resolución de apertura de la suspensión de pagos interrumpirá el curso de los intereses legales y convencionales, así como de todos los intereses por retraso e incrementos, a menos que se tratara de los intereses derivados de contratos de préstamo concluidos para un período igual o superior a un año o de contratos que incluyeran un pago aplazado a un año o más. Las garantías y coobligados no podrán prevalecer en disposiciones del presente párrafo...*”) la posición ha cambiado en sentido contrario. En este sentido, la doctrina francesa entiende que la medida de interrupción de los intereses tiene como finalidad facilitar la refluotación de la empresa y, por lo tanto, no tiene sentido en el caso de la fianza; también al considerar el concurso como una excepción puramente personal del deudor que no es alegable por el fiador<sup>1015</sup>. También, la doctrina y jurisprudencia francesa, para justificar la obligación de pago de los intereses por parte del fiador se acude al art. 1.153 del Code, relativo a los intereses moratorios, entendiendo que esa deuda de intereses ya no es del deudor principal sino del fiador<sup>1016</sup>. Es decir, en conclusión, el legislador francés obliga al fiador a abonar más de lo debido por el deudor principal, derogando, en este supuesto, el art. 2.013 del Code.

Una vez satisfecho los intereses por parte del fiador al acreedor, la calificación de dicho crédito (intereses) frente al concurso tendrá la consideración de subordinado, de conformidad a lo establecido en el art. 92.3 de la “Ley Concursal” (“... *son créditos concursales: 3. Los créditos por intereses de cualquier clase ...*”).

### **3.6.8. Efectos del convenio concursal en la fianza**

¿Puede el fiador oponer el contenido del convenio concursal aprobado ante la reclamación extraconcursal del acreedor principal?. Si la respuesta fuera positiva, supondría un perjuicio para el acreedor principal ya que sólo podría reclamar al fiador lo

<sup>1015</sup> DERRIDA / GODÉ / SORTAIS, *Redressement et liquidation*, 3ª ed., nº 541, p. 408.

<sup>1016</sup> ARTHOZOU, V., *Le cautionnement dans le redressement*, p. 404-405.

mismo que al deudor principal; en cambio, si la respuesta fuera negativa, sólo perjudicaría al fiador, ya que éste, previsiblemente, no podría recuperar del deudor lo íntegramente pagado al acreedor principal; por ejemplo en caso de haberse aprobado en el convenio concursal una quita.

La respuesta a éste interrogante parece que va liada a la naturaleza jurídica que se otorgue al convenio concursal. Por un lado, los que ven en el convenio concursal un “contrato”, “transacción” o una “novación” sostienen, en virtud de la accesoriedad de la fianza y la prohibición de la fianza “*in durio rem causam*”, dicha oponibilidad por parte del fiador; no obstante, los problemas, dogmáticos, pueden surgir ante el déficit de voluntad del acreedor principal a la hora de tomar parte en el convenio, así como, en la frustración del fin de la garantía (asegurar al acreedor el cobro íntegro de su crédito). Por otro lado, los que niegan dicho carácter contractual o transaccional al convenio concursal, calificándolo como un pacto “*de non petendo*” que no extingue el crédito sino que simplemente genera una obligación natural, tienen razones para sostener la inoponibilidad del convenio por parte del fiador.

Con el fin de intentar buscar una solución, en el art. 174 del borrador de anteproyecto de 1995 se propuso una vía intermedia; así, se atendía al sentido del voto en el convenio. Esta es la idea que parece se ha trasladado al actual art. 135 de la “Ley Concursal” (“... *los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido*”); con la nueva “Ley Concursal” el crédito del fiador sigue el régimen que prevean las normas aplicables a la obligación o, en su caso, lo convenido de mutuo acuerdo, es decir, el establecer en el acto constitutivo de la garantía la irrelevancia del voto del acreedor principal para la suerte de la fianza ante lo aprobado en el convenio concursal.

Esta regulación en materia de convenio ha venido a ser una auténtica innovación, cuando pacíficamente reinaba, en la doctrina y en la jurisprudencia, la idea de que el sentido del voto era irrelevante para la suerte de la obligación del fiador; de esta forma, el art. 135 de la “Ley Concursal” ha venido a hacer prisionero de su propio voto al acreedor garantizado que habiendo llegado al convenio no ha visto satisfecha su deuda por el garante<sup>1017</sup>.

En este sentido, el art. 135 de la “Ley Concursal” determina, por primera vez, el papel de la “accesoriedad” de la fianza ante el resultado del convenio concursal; para ello toma como único criterio el sentido del voto del acreedor principal. Así, en caso de voto negativo, queda cortada cualquier conexión del crédito concursal resultante del convenio con el crédito de garantía, y, en caso de voto positivo, la conexión será la propia o natural del tipo de garantía que se haya pactado ( “ ..... *normas aplicables a la obligación.....*”) o por lo pactado (“...*los convenios, que sobre el particular hubieran establecido...*”).

Relacionando el art. 134 de la “Ley Concursal” (“... *El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos.... Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable...*”) con el art. 135 de la “Ley Concursal” se podría deducir que el convenio concursal afecta a los acreedores, pero no a las garantías personales accesorias.

En conclusión, el legislador opta en el primer párrafo del art. 135 de la “Ley Concursal” (“... *los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a ..... sus fiadores...*”) por la ruptura de la “accesoriedad” de la fianza; dicha “accesoriedad” sólo se activa en caso de voto favorable del acreedor al convenio concursal, estableciéndose, en tal caso, la responsabilidad del garante por “..... *las normas aplicables a la*

---

<sup>1017</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, p. 126.

*obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubiesen establecido*". En este sentido, del esquema legal introducido por el art. 135 de la "Ley Concursal", se podría entender implícita, en toda propuesta de convenio, una suerte de "cláusula de accesoriedad", en cuya virtud, el voto favorable del acreedor al convenio se debe interpretar como voluntad de éste de restablecer la "accesoriedad" del crédito extraconcursal de garantía.

El art. 135 de la "Ley Concursal", al tomar en consideración sólo el dato del voto del acreedor en el convenio, rompe con la tradición española y comparada esta materia, relativa a la irrelevancia del sentido del voto para la plena subsistencia de las garantías en sus términos originales<sup>1018</sup>; en este sentido, en el Derecho comparado son numerosas las normas positivas<sup>1019</sup> que reconocen expresamente la subsistencia de los derechos del acreedor garantizado.

En nuestro Derecho, anterior a la "Ley Concursal, no existía norma alguna al respecto, no obstante, la jurisprudencia mayoritaria era partidaria de negar relevancia al sentido del voto. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 118/2004 (Sala de lo Civil) de 27 de febrero, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, relaciona una serie de sentencias ilustradoras de la doctrina de la Sala, en este sentido indica que "... *La sentencia de 16 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8407), de especial importancia como exponente de la jurisprudencia sobre la materia de que se trata, declaró que "es doctrina de esta Sala que la eficacia del convenio entre acreedores y deudor en procedimiento de suspensión de pagos no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno, salvo que a ello hubiese renunciado, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, y así las sentencias de 7 de junio de 1983 y 6 de octubre de 1986, que citan muchas otras, establecen que los efectos del convenio se limitan a los 'intervenientes' en el proceso de suspensión y sólo a ellos afecta el mandato del Juez de estar y pasar por lo acordado en el convenio, sin que pueda perjudicar ni beneficiar al deudor distinto del que dio lugar al expediente, ni coartar o*

---

<sup>1018</sup> PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*, Navarra, 2005, p. 131.

<sup>1019</sup> Así, art. 217-4 Ley 53/2004 de 18 de marzo, que aprueba el Código da Insolvencia e da recuperación de empresas de Portugal; el & 254 InsO alemana; art. 135 II Legge Fallimentare italiana; art. 29 y 541 Lois cordones sur le concordat judiciaire de 25 de septiembre de 1946; la Insolvency Act 1986, part I "Company Voluntary arrangements" del Reino Unido; art. 55 de la Ley concursal argentina, entre otras.

*interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito, de tal manera que la subsistencia de la responsabilidad de los terceros al abono con posterioridad al convenio no admite más lógica excepción que la del pago efectivo y completo del crédito garantizado, ya que los pactos sobre el tiempo y forma de hacerlo sólo afectan a los 'intervinientes' en dicho convenio y modelan exclusivamente la responsabilidad del suspenso de acuerdo con la finalidad del proceso concursal, que es la de abrir cauce a una situación anómala, doctrina general que es de evidente aplicación a los supuestos en que los acreedores tienen individualmente asegurado su crédito con cualquiera de los medios que la Ley permite, como el aval, el seguro o la fianza, pues precisamente la insolvencia del deudor que se evidencia mediante el expediente de suspensión de pagos es lo que sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha, sin que en forma alguna pueda aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al suspenso en el convenio, con la única excepción de que el acreedor se hubiera conformado con no cobrar más que lo que le corresponda en la liquidación y repartimiento hechos en las diligencias de suspensión de pagos, renunciando expresamente al derecho de garantía". La sentencia de 10 de abril de 1995, ya citada al tratar de la obligación del fiador solidario, añadía que la inclusión del crédito avalado entre los que fueran objeto de convenio en la suspensión de pagos del deudor no desvirtúa la obligación resultante del aval, "salvo en el caso de que el acreedor se conforme con no cobrar más que lo que le corresponde en la liquidación y repartimientos hechos en las diligencias de la suspensión de pagos (sentencias de 18 de febrero de 1952 y 7 de junio de 1983), así como que "el hecho de tener reconocido su crédito en la suspensión de pagos de la referida entidad mercantil, no impide en modo alguno que (el acreedor) pueda dirigir su acción contra los avalistas o fiadores solidarios de la misma". Finalmente, la sentencia de 8 de enero de 1997 ha señalado que, aun cuando los avales están conectados con el débito, la liberación de los fiadores sólo se produce cuando los acreedores renuncien a aquéllos, renuncia que no se produce si votan en contra del convenio o no asisten a la junta, añadiendo que si bien la sentencia de 4 de junio de 1966 estableció la vinculación al convenio de todos los acreedores, incluidos los ausentes o ajenos a la suspensión, tal doctrina "hace referencia a quienes están comparativamente en situación similar, sin privilegios o ventajas, máxime cuando también ha declarado, en la de 16 de noviembre de 1991, que la eficacia del convenio entre acreedores y deudor en procedimiento de*

*suspensión de pagos no impide que aquellos pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno, salvo que a ello hubiesen renunciado...*”; en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 502/2004 (Sala de lo Civil) de 14 de junio, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

Esta misma postura era la defendida por la doctrina<sup>1020</sup>, en donde tan sólo esporádicamente se aludía a la “accesoriedad” de los derechos de garantía para sostener la aplicación a los mismos del contenido del convenio, en base al art. 1847 del Código civil (“... *la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones.*”).

Frente a dicha situación anterior (“irrelevancia del voto del acreedor para la conservación de la garantía”), la Ley 22/2003 de 9 de julio (“Ley Concursal”), siguiendo el espíritu de los art. 174<sup>1021</sup> y art. 292<sup>1022</sup> de la Propuesta de anteproyecto de Ley Concursal de 1995 del Profesor Angel Rojo Fernández-Río, ha venido a sacudir el panorama concursal. La propuesta del profesor Angel Rojo Fernández- Río, con ligeras modificaciones, pasó al art. 134 del Proyecto presentado al Congreso de los Diputados<sup>1023</sup>; también se atribuye la paternidad, al menos del apartado segundo del art.

---

<sup>1020</sup> En este sentido, GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Madrid, 1940, p. 531-532, para quien, importando argumentaciones de la doctrina italiana, básicamente la noción del “*pacto de non petendo*”, afirma su opinión en contra de la extensión del convenio a los fiadores. La doctrina posterior, aunque con voces discordantes, ha seguido estas argumentaciones (MACHADO PLAZAS, BERMEJO, MUÑOZ PLANAS / MUÑOZ PAREDES); citados por PERDICES HUETOS, A.B., *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, Navarra, 2005, nota. 11, p. 134.

<sup>1021</sup> Art. 174 “*los acreedores que no hayan votado a favor de la propuesta de convenio, conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y contra los fiadores o avalista del deudor. Los fiadores y los avalistas del deudor no podrán oponer la excepción de la extinción de la garantía a los acreedores que no hayan votado a favor de la propuesta del convenio*”.

<sup>1022</sup> Art. 292 “*los acreedores que no se hayan adherido a la propuesta de convenio, conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y contra los fiadores o avalistas del deudor. Los fiadores y los avalistas del deudor no podrán oponer la excepción de la extinción de la garantía a los acreedores que no se hayan adherido a la propuesta del convenio*”.

<sup>1023</sup> Art. 134 “*Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído*”. (BOCG. Congreso de los Diputados n. A-101-1 de 23.7.2002.

135 de la “Ley Concursal, a la propuesta realizada por el profesor MACHADO PLAZAS<sup>1024</sup>”.

#### 4. El supuesto 3º del art. 1843 del Código civil

Se establece en este supuesto tercero que el fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal “...cuando deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y éste plazo ha vencido”<sup>1025</sup>.

Frente a los demás supuestos del art. 1.843 del Código civil en los que la actuación anticipada del fiador tiene lugar con independencia y al margen de la voluntad del deudor, el presente supuesto responde a un pacto expreso entre deudor y fiador<sup>1026</sup> que es generador de un derecho para el fiador a exigir frente al deudor; en este sentido, el deudor no asume un compromiso de intentar o procurar la liberación del fiador, sino la obligación de hacer efectiva dicha liberación (“... cuando el deudor se ha obligado ...”). Obviamente, al no ser parte, tal pacto entre el deudor y fiador no perjudica al acreedor, a no ser que se haya adherido al mismo<sup>1027</sup>; por ejemplo, incluyéndose el consentimiento del acreedor en el contrato de fianza. No obstante, si hubiera un pacto en este sentido entre el fiador y deudor, con adhesión del acreedor, parece que, más que

<sup>1024</sup> MACHADO PLAZAS, *Convenio concursal y fianza*, Madrid, 2001, p. 101-102, en el sentido de que “una solución intermedia podría venir dada a través del reconocimiento legal de que los obligados solidarios y fiadores del deudor concursal frente a los acreedores que votaron a favor del convenio se rigiese por el contenido de la obligación que los responsables hubieran contraído, en su caso, previendo expresamente la eventualidad de la celebración de un convenio concursal”. A propuesta del Grupo Parlamentario Catalán se produjo la recepción expresa de la admisibilidad del pacto en contra, pacto que cabría calificar de “cláusula de indiferencia”.

<sup>1025</sup> Como los demás números del art. 1843 CC llega al Código civil a través del Anteproyecto belga (“*lorsque le débiteur s’est obligé à lui rapporter sa décharge dans un certain temps*”), art. 2112.3º. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, vol. I y II, Barcelona, 1974, p. 282, señala que en los principios del Derecho romano se exigía para que el fiador pudiera pedir su descargo después de cierto plazo que se hubiera estipulado esto inicialmente, y “no admitiéndose estas sutilezas en nuestro derecho, no importa que la convención haya intervenido desde el tiempo del contrato o después”. El proyecto del Código civil de 1851 incluye esta causa en el número cuarto del art. 1757 siguiendo a las leyes de las Partidas y el Fuero Real (“*si cuando entró fiador señaló día cierto á aquel debiese sacar de la fiadura é es pasado*” – Ley 14, título XII, 5ª Partida; “*si fuere el plazo pasado á que lo ovo de quitar*” – Ley 8, título XVII, libro II del Fuero Real).

<sup>1026</sup> CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de la fianza*, Barcelona, 1984, p. 209, indica que carece de interés averiguar cual sea la fuente concreta de la obligación de este número tercero; probablemente se integren un mandato. Este era el ámbito en que históricamente se enmarcaba la norma que hoy se contiene en el art. 1843, particularmente en su número 3º.

<sup>1027</sup> Así FRAGALI, *Della fideiussione, Comentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obbligazione, (art. 1936 –1959), Bologna-Roma, 1968, p. 426, señala que no es oponible en perjuicio de los derechos del acreedor frente al fiador. Si el acreedor no se ha adherido al pacto el fiador seguirá vinculado aunque la obligación establecida haya vencido por el transcurso del tiempo pactado si el deudor no ha obtenido su liberación.

una “fianza con pacto de relevación en un plazo determinado” (art. 1.843.3 Código civil), lo que se habrá constituido será una “fianza limitada a un determinado plazo”, o una fianza de caducidad, cuyo transcurso traería como consecuencia la extinción de la fianza sin necesidad de ningún otro requisito; es decir, se estaría ante una fianza que, al extinguirse en un plazo determinado, podría denominarse como “fianza con plazo de caducidad”, ahora bien para que esta fianza se entendiera extinguida a todos los efectos, es decir, con respecto a las obligaciones devengadas dentro del período de garantía (fecha de constitución de la fianza hasta la fecha de terminación), se podría incluir en la propia fianza un pacto de caducidad ( “... sin perjuicio del plazo de duración de la garantía antes señalado, si transcurridos .... días desde el día .... el fiador no ha recibido de forma fehaciente reclamación del acreedor, se entenderá caducada automáticamente la fianza, incluso con respecto a la deudas devengadas dentro del período de garantía, sin que pueda reclamarse en base a la fianza deuda alguna, anterior o posterior al dicho período de garantía...”).

Si el acreedor no se ha adherido al convenio, entre fiador y deudor, por este supuesto (art. 1.843.3 del Código civil) habilitante, no se libera automáticamente el garante, que sólo tendrá lugar, o bien mediante el pago por parte del deudor al acreedor de la obligación principal o, bien, mediante la renuncia del acreedor a la garantía prestada; también por medio de la sustitución de la garantía. PUIG PEÑA<sup>1028</sup>, al respecto, indica que “.. *no hay perjuicio para el acreedor desde el momento en que ha de conocer la limitación de tiempo estipulada..*”; en realidad, tal perjuicio para el acreedor no existe, pero parece que, no por la circunstancia de conocer o no el acreedor la existencia de un plazo para la liberación de la fianza, sino porque tal limitación no le afecta, en ningún caso, al ser ajeno al pacto entre fiador y deudor, es decir, no haber prestado su consentimiento<sup>1029</sup>.

Podría equipararse a este supuesto el caso de que la liberación de la fianza se haga depender del cumplimiento de una condición<sup>1030</sup>, en el entendido de que lo que se hace

---

<sup>1028</sup> PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, vol. 2º, 1ª edic, Madrid, 1946, p. 495.

<sup>1029</sup> Así GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª edic, Madrid, 1990, p. 253.

<sup>1030</sup> Así GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, tomo V, reimpresión de la 1ª ed., Madrid, 1869, p.69, afirma que “*aunque la ley no lo expresa, parece que debe decirse lo mismo cuando la fianza se puede hacer depender del cumplimiento de una condición,*

depender del cumplimiento del evento condicionante es el nacimiento de la obligación del deudor de liberar al fiador; manteniéndose, hasta ese momento, dicha obligación de liberación en suspenso. También la continuidad de la fianza se puede hacer depender del cumplimiento de una condición, pero, en dicho pacto, deberá haber intervenido el acreedor y, en tal caso, el cumplimiento de la condición determinará la extinción de la fianza. No obstante, se podría alegar en contra de su admisión el que dicho supuesto (“condición suspensiva/resolutoria”) no está expresamente previsto en el art. 1843 del Código civil, así como la consideración de que dicho precepto contiene causas tasadas<sup>1031</sup>.

Por otro lado, el apartado 3º del art. 1.843 del Código civil (“...cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido...”) tiene en común con el supuesto 5º (“..al cabo de 10 años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los 10 años...”) en que, en ambos casos, el interés del fiador es quedar desvinculado de la fianza debido a que la prolongación en el tiempo de su obligación *fideiusoria* puede no interesarle, diferenciándose, en cambio, en que no implican una especial protección del fiador ante el temor de que su eventual derecho de regreso frente al deudor pueda verse insatisfecho por la insolvencia del deudor, sino que, partiendo de la existencia y validez de dicho pacto temporal, se trata simplemente de cumplirlo<sup>1032</sup>.

¿Es admisible el pacto consistente en la promesa del deudor de liberar al fiador cuando la fianza ha sido asumida en garantía de una obligación principal que ha de cumplirse en plazos sucesivos?; en un plano teórico, la cuestión no plantea dudas, pero, en el plano práctico, puede dar lugar a problemas. Si el pacto se ha llevado a efecto sin el concurso

---

*pero en tal caso el pacto deberá haberse realizado con el acreedor y el cumplimiento de la condición determinaría la extinción de la fianza”.*

<sup>1031</sup> El art. 648 del Código civil portugués la incluye de forma expresa en la letra d) al decir “*se o devedor se houver comprometido a desonerar o fiador dentro de certo prazo ou verificado certo evento e já tiver decorrido o prazo ou se tiver verificado o evento previsto*” y en Italia la doctrina lo admite aunque no consta en el art. 1953 que, como el nuestro art. 1843 CC, sólo se refiere a la obligación del deudor de liberar al fiador “*entro un tempo determinato*”.

<sup>1032</sup> Así, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª edic, Madrid, 1990, p. 310; CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 210. En la misma línea SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª edic, París, 1991, p. 480, señala que la hipótesis prevista en el número tercero del art. 2032 no supone dificultad alguna, puesto que si el deudor se ha obligado a liberar al fiador en un cierto tiempo debe respetar lo pactado.

del acreedor, el deudor sólo podrá liberar al fiador consiguiendo que el acreedor acepte un nuevo garante que sustituya al fiador, que renuncie a la fianza o bien pagando al acreedor, anticipadamente, la totalidad de la deuda (“importe no vencido de la obligación sucesiva”); ello, si el plazo no ha sido pactado en interés del acreedor. También podría consignar el resto de la cantidad, debida y no pagada, a favor del fiador.

Por otro lado, podría pensarse que un pacto del siguiente tenor no sería válido por ser contrario a la naturaleza de la obligación (“obligación de cumplimiento sucesivo”), ya que obliga al deudor, ante la acción de relevación del fiador (art. 1.843.3 del Código civil), a entregar al acreedor la totalidad del resto de la obligación principal antes del vencimiento pactado<sup>1033</sup>. No obstante, dicho pacto entre el fiador y el deudor principal, no produce como efecto el vencimiento anticipado de la obligación ni, en consecuencia, la exigibilidad de la misma. El deudor ha asumido una obligación frente al fiador (“relevarle de la fianza en un plazo determinado”), por lo que deberá liberarle, bien mediante el pago al acreedor de la totalidad de la obligación principal, o bien por cualquier otro medio que satisfaga el interés del acreedor; en consecuencia, la obligación principal se mantiene al margen de la obligación que trae causa de dicho pacto<sup>1034</sup>.

Ante la posibilidad, señalada por la doctrina<sup>1035</sup>, de que dicho pacto, entre el deudor y el fiador, podría propiciar el fraude por haberse realizado para permitir al acreedor exigir anticipadamente la devolución del capital entregado, podría alegarse que, dicha

---

<sup>1033</sup> Esta cuestión fue planteada por POTHIER, *Traité des obligations*, vol. I y II, Barcelona, 1974, p. 283, cuando se preguntaba si en la fianza de una renta podía obligarse al deudor al rescate. Decía que “se puede pensar que tal convención no es válida, por ser contraria a la naturaleza de las rentas constituidas, por cuanto es de su esencia que el deudor no pueda jamás ser obligado a rescatarlas; se añade que tales contratos, si fueran permitidos, abrirían la vía a los fraudes de los acreedores quienes, para tener facultad para obligar al rescate a los deudores de rentas que se constituyan a favor suyo, sólo se constituiría la renta en la que bajo condición secreta se hubiera incluido un contrato en el que el deudor estuviera obligado a rescatar la deuda al cabo de un cierto tiempo; y por ese medio sus acreedores se harían con rentas usurarias. A pesar de estas razones DEMOULIN decide que esta convención es válida, que el fiador puede al cabo de un tiempo convenido exigir el deudor principal que le haga liberar de la fianza y que para este efecto sea obligado a reembolsar la renta. Si se opone frente a la convención que es esencial a la renta que el deudor no puede ser obligado a rescatarlas, la respuesta es que, es verdad que el deudor no puede ser obligado por el acreedor, pero nada impide que pueda ser obligado por un tercero”, citado por ARIJO SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, tirant lo blanch, Valencia, 2001, nota. 251, p. 102.

<sup>1034</sup> Así, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 311.

<sup>1035</sup> ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 102.

posibilidad de fraude, no debería impedir que dicho pacto se considere válido, cuando las partes han actuado de buena fe<sup>1036</sup>.

Si, a pesar de dicho pacto, el deudor no consigue la liberación del fiador, parece que siempre podrá constituir una garantía a su favor, que debería ser aceptada por él, aunque la obligación, referida en este apartado 3º y asumida por el deudor, lo ha sido “... *relevarle de la fianza...*” prestada.

En consecuencia, el incumplimiento de dicha obligación por parte del deudor, producirá una lesión en el derecho del fiador, que verá su obligación *fideiusoria* prolongada en el tiempo por encima del tiempo pactado, por lo que obteniendo una sentencia judicial de condena estimatoria a su favor, y su equivalente pecuniario en la forma establecida en el art. 712 de la LEC (“...*se procederá del modo que ordenan los artículos siguientes siempre que, conforme a esta ley, deba determinarse en la ejecución forzosa el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria...*”) en relación al art. 717 de la LEC (“...*cuando se solicite la determinación del equivalente pecuniario de una prestación que no consista en la entrega de una cantidad de dinero, se expresarán las estimaciones pecuniarias de dicha prestación y las razones que las fundamenten, acompañándose los documentos que el solicitante considere oportunos para fundar su petición, de la que se dará traslado a quien hubiere de pagar para que, en el plazo de 10 días, conteste lo que estime conveniente...*”), podrá, en proceso de ejecución, instar del juez el embargo de bienes del deudor en cantidad suficiente para hacer frente al pago de la deuda afianzada; también podría pedir el fiador la indemnización de los daños y perjuicios que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación de liberación por parte del deudor, con independencia de que luego tenga que hacer frente al pago de la deuda garantizada o no tenga que hacerlo.

Lo anterior viene confirmado por el contenido literal de este supuesto 3º del art. 1.843 del Código civil (“...*cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido...*”), es decir, dicha norma no autoriza a que el deudor quede liberado de su obligación, y por lo tanto cumpla lo pactado con el

---

<sup>1036</sup> En este sentido, FRAGALI, *Della fideiussione, Comentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obbligación, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 427.

fiador, limitándose a prestar una garantía a su favor sin su consentimiento, sino que su obligación consiste en “... *relevarle de la fianza...*”; ello es así, a pesar de lo indicado en el art. 1843 Código civil, “*in fine*” (“...*en todos estos casos la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía...*”)<sup>1037</sup>.

#### **5. El supuesto 4º del art. 1843 del Código civil**

En este supuesto 4º se establece que el fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal, “... *Cuando la deuda ha llegado ha hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse ...*”.

La disposición que se contiene en este apartado 4º del art. 1.843 del Código civil no tiene precedentes en nuestro Derecho histórico, se recoge, generalmente, en los Códigos siguiendo al francés, que la incorpora de su antiguo Derecho<sup>1038</sup>.

La disposición reproduce el núm. 4 art. 2.112 del Anteproyecto belga, que lo efectúa, asimismo, del art. 2032 del Code (“.. *El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor para ser indemnizado por él; 4º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse...*”). Más completa era la regulación contenida en el Proyecto de 1851, en el que vencido el plazo, facultaba al fiador, no sólo a proceder contra el deudor en los términos vistos, sino también a requerir al acreedor para que procediera contra el deudor, o contra el mismo fiador, admitiéndole el beneficio de excusión y, si incurría en morosidad al proceder después del requerimiento, se liberaba el garante de la insolvencia posterior del principal obligado<sup>1039</sup>.

En realidad en este supuesto 4º del art. 1.843 del Código civil debería quedar comprendido también el supuesto 1º (“... *Cuando se ve demandado judicialmente para*

---

<sup>1037</sup> ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 103.

<sup>1038</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Jaén 1980, p. 255.

<sup>1039</sup> GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 914 y 915.

*el pago...*) que responde al mismo presupuesto, es decir, la exigibilidad de la obligación principal fiada, ya que sólo cabe demandar al fiador vencida, exigible e impagada la obligación principal.

En cuanto al supuesto 2º del art. 1.843 del Código civil (“... *En caso de quiebra, concurso e insolvencia...*”), con la interpretación dada al mismo según el derecho vigente con anterioridad a la “Ley Concursal”, especialmente en base al art. 883 del Código de Comercio de 1885 (“... *En virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes del quebrado...*”), así como el art. 1915 del Código civil (“... *Por la declaración de concurso vencen todas las deudas a plazo del concursado...*”), también podía interpretarse que el supuesto 2º quedaba contenido en el supuesto 4º, ya que las situaciones concursales que recogía implicaban el vencimiento de la obligación principal. Ahora, tras la “Ley Concursal”, y especialmente a la vista de su art. 61 (“... *En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa ....*”), la situación ha cambiado, al no implicar la declaración de concurso el vencimiento anticipado de las obligaciones. En cuanto a la situación de “... *insolvencia...*” sobrevenida en el patrimonio del deudor, contenida en el supuesto 2º del art. 1843 del Código civil, la misma no implica el vencimiento de la obligación frente al acreedor, ya que, tal como se establece en el art. 1.129 del Código civil (“... *Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda...*”), la deuda está garantizada.

La razón de facultar, en el presente supuesto, al fiador para que pueda dirigirse frente al deudor, a fin de poder ejercitar las acciones del art. 1.843 del Código civil, una vez la

deuda ha vencido y es exigible, parece clara si se tiene en cuenta que previsiblemente, caso de que el deudor no pague, el riesgo de tener que hacerlo el fiador es inminente. De esta forma, es lógico que se faculte por la ley al fiador a fin de pueda cubrirse del riesgo de insolvencia del deudor en el ejercicio de la futura acción de regreso, máxime teniendo en cuenta que el beneficio de excusión no lo podrá alegar el fiador sino hasta que haya sido requerido de pago.

Este supuesto 4º del art. 1.843 del Código civil (“... *por haber cumplido el plazo ...*”) se refiere a la exigibilidad de la deuda que se produce por el cumplimiento del plazo correspondiente, es decir, se está refiriendo a obligaciones a término en las que, llegado su vencimiento, permite al acreedor exigir al obligado principal el cumplimiento de la misma. No obstante, la situación de peligro para el fiador no se produce por el vencimiento de la obligación principal, sino por el hecho de que una vez vencida, y exigible, el acreedor, manteniéndose inactivo, no reclame el cumplimiento de la obligación al deudor.

Por otro lado, este supuesto también es aplicable cuando el vencimiento de la obligación principal se hace depender de una condición y ésta se cumple, con la consecuencia de que dicho cumplimiento determina el vencimiento y la exigibilidad de la obligación principal<sup>1040</sup>.

La inactividad, antes mencionada, por parte del acreedor en la reclamación de la deuda, una vez vencida y exigible, juega en contra del fiador, ya que dicha inactividad del acreedor puede suponer una prórroga tácita a favor del deudor, prórroga que no ha sido consentida por el fiador, y que, normalmente, le perjudica al mantenerle en una situación de incertidumbre ante la doble amenaza, consistente, por una parte, en la futura reclamación del acreedor al fiador y, por otra, la posible situación de insolvencia del deudor en el momento en el fiador ejercite la correspondiente acción de regreso; situación que se agrava, para el fiador, si se tiene en cuenta que no puede oponer el

---

<sup>1040</sup> Así, FRAGALI, *Della fideiussione, Commentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obbligación, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 428; PACIFI MAZZONI, *Institución di Diritto Civile Italiano*, V, 2º, 511; BO, *Fideiussione, Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, Torino, 1938, p. 1123; SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., París, 1991, p. 481.

beneficio de excusión, con los efectos establecidos en el art. 1.833 del Código civil, hasta que haya sido requerido de pago por el acreedor<sup>1041</sup>.

Es decir, al vencimiento, y por lo tanto exigibilidad, de la obligación principal, el fiador, en virtud del supuesto 4º del art. 1.843 del Código civil, podrá, antes del pago de la deuda afianzada al acreedor, proceder contra el deudor principal a fin de obtener la “*relevación*” de la garantía prestada, lo que, normalmente en este caso, ocurrirá por medio del pago, por parte del deudor al acreedor, de la obligación principal, resultando, en este caso, la acción de “*relevación*” útil como medida de presión frente al deudor; asimismo, el fiador también podrá, junto con la demanda de liberación, interesar que el deudor constituya a su favor una “*garantía*” que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y de la insolvencia del deudor.

En el supuesto de que el acreedor no reclame la deuda, vencida y exigible, al deudor, ¿podría el fiador, en base al art. 1.833 del Código civil (“...*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 aquél descuido resulte...*”), dirigirse al acreedor para ponerle en mora y hacerle responsable de la posterior insolvencia del deudor?. Esta posibilidad sí estaba contemplada en el art. 1.757.5 del Proyecto de 1851, pero en el Código civil no fue recogida, a pesar de que, desde el punto de vista de la seguridad del fiador, quizás hubiera sido acertada adoptarla. Por ello, no parece que el fiador pueda constituir en mora al acreedor cuanto éste no reclame el pago al deudor una vez vencida la obligación; es decir, la pasividad del acreedor en reclamar la deuda al deudor no permite que entre en juego el art. 1.833 del Código civil, precepto que presupone que el fiador ha opuesto al acreedor el beneficio de excusión después de que haya sido requerido de pago y que exige que el acreedor haya sido negligente en la excusión de los bienes señalados por el fiador.

---

<sup>1041</sup> Así, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 312.

Cuestión distinta sería si la actuación del acreedor no se ha limitado sólo a la pasividad aludida sino que también ha concedido una prórroga al deudor, en cuyo caso sería de aplicación el art. 1.851 del Código civil (“..la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza..”), con la consecuencia de la extinción de la fianza. A pesar de que la pasividad del acreedor en la reclamación de la deuda, vencida y exigible, al deudor puede suponer en la práctica una prórroga tácita, el art. 1851 del Código civil únicamente se refiere a la prórroga concedida por el acreedor dando al deudor un nuevo plazo para pagar la deuda, de modo que el acreedor hasta que no transcurra el nuevo término estará imposibilitado de actuar contra el deudor principal, a pesar de haber transcurrido el término inicialmente acordado<sup>1042</sup>. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene negando el carácter de prórroga y, en consecuencia, de efectos liberatorios de la fianza, a la mera tolerancia del acreedor al no reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación vencida, estimando que en tal caso no ha perdido el acreedor su facultad de actuar contra el deudor principal y que no cabe interpretar de tal inactividad una intención alguna de prórroga. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de abril de 1987 (Sala Civil, Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Carretero Pérez, RJ 1987/2545) indica que “..por inaplicación del artículo 1851, también del Código Civil y del quinto, por interpretación errónea de la misma norma legal pues, como se ha razonado, no concedió el acreedor prórroga al deudor liberatoria de los avalistas puesto que no existe declaración, ni actos inequívocos que expresen tal prórroga, sino una dilación de tolerancia, que terminó antes de que se extinguiera, por prescripción, la acción inicial que al tenedor correspondía desde el momento del impago..”, así como la Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de octubre de 1986 (Sala Civil, Ponente Excmo. Sr. José Luis Albacar López, RJ 1986/5333), en la que se indica que “..por lo que se refiere a la extinción de la fianza por prórroga del préstamo es doctrina jurisprudencial, la que cristaliza, entre otras, en la sentencia de 31 de enero de 1980 ([RJ 1980\174](#)), según la cual el artículo 1.851 del Código Civil, siguiendo con fidelidad literal el precedente del artículo 1.755 del Proyecto de 1.851, dispone que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin consentimiento del fiador extingue la fianza, pues no se oculta que tal extinción por vía de consecuencia viene determinada por la mayor onerosidad surgida de la

---

<sup>1042</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al art. 1843 del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, p. 1850.

*prolongación, que afectaría a la obligación del fiador, y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado («res inter alios acta»), sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato (artículo 1.257 del propio Código), así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor, en menoscabo del fiador, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.256 de dicho Cuerpo legal, pero manifiesto resulta que para la aplicación de la norma primeramente citada es menester, según tiene declarado la doctrina de esta Sala, no sólo que exista esa dilación de la deuda por convenio explícito traducido en señalamiento de nuevo plazo con fecha determinada para el pago, no confundible con la mera tolerancia del acreedor que detiene el ejercicio de su derecho a la espera de que el deudor pueda ponerse al corriente en la liberación de sus obligaciones -sentencia de 24 de junio de 1940 ([RJ 1940\674](#)), corroborando criterio ya mantenido por las de 29 de marzo de 1901 y 22 de noviembre de 1916-, sino también la inexistencia de consentimiento por parte del fiador a la concesión de la prórroga por lo que es palmario que tal supuesto faltará cuando la autorizó de modo más o menos explícito pero cierto -sentencia de 7 de abril de 1975 ([RJ 1975\1412](#)), en la misma línea ya sustentada por la de 2 de julio de 1917...”.*

En conclusión, la exigibilidad de la obligación principal faculta al fiador para ejercitar frente al deudor principal las acciones del art. 1.843 del Código civil, “*in fine*”; pero, la pasividad del acreedor, no le permite dirigirse frente al mismo para constituirle en mora “*credendi*” ni alegar la extinción de la fianza, en virtud del art. 1.851 del Código civil (“... *la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza...*”), ya que, aunque dicha pasividad pudiera representar en la práctica una prórroga tácita, dicho precepto parece referirse únicamente a la concesión de un nuevo plazo al deudor para que pague la obligación, de modo que el acreedor quede imposibilitado de actuar contra el deudor, reclamando el cumplimiento de la obligación, hasta que se cumpla el nuevo término, pese a haber transcurrido el inicialmente pactado. De esta forma, el único recurso que tiene el fiador frente a la inactividad del acreedor en

la reclamación de la obligación, vencida, exigible e impagada, es el ejercicio de las acciones del art. 1.843 “*in fine*” del Código civil<sup>1043</sup>.

A este respecto, las soluciones dadas en el Derecho comparado han sido diversas. Así, el art. 2039 establece que “...*prorrogado el término de pago por el acreedor al deudor principal, no queda levantada la fianza; pero puede en este caso el fiador apremiar al deudor para que efectúe el pago...*” y el art. 2.032.4 del Code que “...*El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor para ser indemnizado por él: 4º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse ...*”, apreciándose una identidad entre ambos preceptos, si se admite que la no exigencia del cumplimiento por el acreedor no es más que una forma indirecta de prórroga del término establecido<sup>1044</sup>, en consecuencia, el fiador podrá dirigirse frente al deudor y apremiarle así al pago de la deuda.

Por su parte, en el parágrafo 777 del BGB se establece la liberación del fiador si, vencida la deuda, el acreedor no actúa inmediatamente, y el parágrafo 775 BGB faculta al fiador para exigir la liberación de la fianza después del vencimiento de la obligación, cuando concurren las circunstancias que enumera, y si “...*la obligación principal no está aun vencida el deudor principal puede prestar seguridad para el fiador, en lugar de liberarle...*”.

En el art. 1.857 del Código civil italiano de 1942 se dispone que cuando el fiador haya limitado expresamente su garantía al mismo término que la obligación principal, el acreedor debe exigir el cumplimiento al deudor en el plazo de dos meses; en cualquier otro caso debe hacerlo antes de seis meses. Si estos plazos no son respetados o si la acción, después de iniciada, no se prosigue con diligencia, el fiador queda liberado de su obligación<sup>1045</sup>.

En el art. 652 del Código civil portugués se faculta al fiador, que goza del beneficio de excusión, para que vencida la obligación principal pueda exigir al acreedor que actúe

---

<sup>1043</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p.457, estima que la aplicación del art. 1851 del C.c. se justifica si se entiende aplicable sólo a aquellas prórrogas que implican propiamente novación de la obligación, mientras que aplicado a una simple prórroga del “*terminus solutionis*” concede al fiador un privilegio exorbitante.

<sup>1044</sup> En sentido SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., París, 1991, p. 481.

<sup>1045</sup> FRAGALI, *Della Fideiussione, Comentario del Codice civile*, libro cuarto, Delle obbligación, (art. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 289.

contra el deudor en el plazo de dos meses, bajo la pena de caducidad de la fianza<sup>1046</sup>, modificándose, así, el criterio seguido por el derogado art. 844, en el que, al igual que en supuesto 4º del art. 1.843 del Código civil, se permitía al fiador ejercitar las acciones de relevación cuando la deuda se hacía exigible por el vencimiento del plazo<sup>1047</sup>.

Otra cuestión que puede plantearse, dentro de este supuesto 4º del art. 1843 del Código civil, es si dentro del mismo se incluyen también los vencimientos parciales de una deuda principal cuando aquellos son exigibles, o el supuesto que contiene, sólo se refiere cuando la obligación es vencida y exigible en su totalidad. La cuestión fue tratada por la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia núm. 127/2002 (sección 2ª) de 13 de mayo, Recurso de Apelación 109/2002, indicando que el núm. 4 del art. 1843 afirma que “...cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse..”, y que por ello, cuando se trate de deudas u obligaciones contraídas de cumplimiento periódico, no debe esperarse el vencimiento total de la obligación, pues ello iría en contra del sentido de la norma. Sigue afirmando la Sentencia, que un pago parcial incumplido a la fecha de su vencimiento constituye una deuda exigible de la que ha de responder el fiador y que, por tanto, se haya incluida dentro del supuesto 4º del art. 1.843 del Código civil, ya que el fin de la norma es dispensar protección al fiador, garantizándole “... sus derechos de reintegro ante las particulares situaciones del deudor...”. Así, la amenaza para el fiador provendrá no sólo de la exigibilidad por vencimiento del plazo de la obligación principal sino de los incumplimientos parciales de ésta cuando la forma de pago sea periódica, y los mismos sean exigibles.

En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba del 15 de mayo de 1992, Rollo de Apelación 78/1992 cuando indica que “... sin que cuando se trate de deudas u obligaciones contraídas de cumplimiento periódico se tenga que esperar al vencimiento total de las obligaciones, pues ello iría en contra del sentido de la norma. Un pago parcial incumplido a la fecha de vencimiento constituye una deuda

---

<sup>1046</sup> Así PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol I, art. 1 a 761, 4ª edic, Coimbra, 1987, p. 670, se estima que se pretende evitar que el fiador, por actos voluntarios o por inercia del acreedor, pueda sufrir el riesgo de una agravación patrimonial del deudor o de una futura insolvencia.

<sup>1047</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 6ª edic., vol II, Coimbra, 1995, p. 506 y ss., indica que la no inclusión de esta causa en el art. 648 del Código civil vigente se debe a que se ha considerado más adecuado que el fiador se dirija frente al acreedor, que es el que se mantiene inactivo y no frente al deudor.

*exigible de la que ha de responder el fiador, garantizándole, en la medida de lo posible, sus derechos de reintegro ante las particulares situaciones del deudor o que puedan surgir de ciertas circunstancias de la obligación principal. Ello justifica la inminente y seria amenaza que de tales situaciones y circunstancias se derivan para los intereses del fiador. Tal amenaza provendrá no sólo de la exhibición por vencimiento el plazo de la obligación principal sino de los incumplimientos parciales de ésta cuando la forma de pago sea periódica, de modo que cada plazo impagado se haga exigible.... Se trataría de poner a cubierto al fiador de la insolvencia del deudor... ”.*

#### **6. El supuesto 5º del art. 1.843 del Código civil**

En este último supuesto del art. 1.843 del Código civil se establece que podrá el fiador, aun antes de haber pagado, proceder contra el deudor principal, “... *al cabo de diez años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que se de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años.....* ”.

Se contiene en este hecho habilitante una causa de actuación anticipada del fiador formada por dos circunstancias; una, la regla general (“... *al cabo de diez años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento ...*”), que es la garantía de una obligación principal de vencimiento indefinido pero que se supone afianzada por un tiempo razonable, y, otra, la excepción (“...*a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los 10 años...* ”)

De esta forma, parece que la norma también se refiere a las obligaciones que no tienen término fijo para su vencimiento<sup>1048</sup> por haber quedado la determinación del plazo a voluntad del deudor, acreedor o de un acuerdo posterior de las partes, y a aquellas obligaciones en las que el término se ha hecho depender de la llegada de un acontecimiento que se sabe que pasará pero que se ignora cuando, por lo que su

---

<sup>1048</sup> La dilación en la exigibilidad y en el vencimiento de las obligaciones sólo existen si se ha establecido expresamente un “*dies solutionis*”; así, el art. 1113 del Código civil establece que “... *será exigible, desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución...*”. En este sentido, ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, tirant lo blanch, Valencia, 2001, nota 256, p. 104, indica que el precepto se refiere a “... *aquellas obligaciones en las que sin haberse señalado plazo queda implícito en la voluntad de las partes y en la naturaleza del negocio...*”.

vencimiento es incierto; también las obligaciones de carácter duradero que objetivamente requieren una determinada duración temporal, para que los derechos y obligaciones de las partes puedan hacerse efectivas, y en las que no se ha fijado la duración del plazo.

Esta causa de actuación anticipada del fiador frente al deudor ya fue contemplada en el Derecho romano y sancionada en nuestro Derecho histórico; así, el Fuero Real y las Partidas la reconocieron, si bien no fijando un término preciso cuyo transcurso permitiera al fiador intentar su liberación frente al deudor; de esta forma, siguiendo el criterio romano, tal facultad se tenía si se había permanecido por largo tiempo en la fianza<sup>1049</sup>.

El legislador en el art. 1.843.5 del Código civil, siguiendo al art. 2.032.5 del Code (“... *Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse antes de un plazo determinado, como una tutela...*”) y apartándose del criterio seguido en las Partidas<sup>1050</sup> y en el Fuero Real<sup>1051</sup>, que indicaban que cuando el fiador hubiese estado largo tiempo en la fianza la duración de la misma debería ser determinada por libre albedrío por el juzgador y que si se hubiere constituido sin plazo fijo podía exigir el fiador su liberación al deudor principal en el transcurso de 1 año, consideró más razonable fijar un plazo, que concretó en 10 años<sup>1052</sup>, habilitante para el ejercicio de las acciones de relevación de la fianza.

La innovación del Código civil, respecto a los antecedentes históricos, estriba en la determinación del plazo de diez años, como mínimo, antes de que el fiador esté en

<sup>1049</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p.255.

<sup>1050</sup> Así la ley 14, título 12, partida 5ª indicaba “*Si oviese estado gran tiempo en la fianza. Este tiempo debe ser determinado según albedrío del juzgador*”.

<sup>1051</sup> Así la Ley 8, título 18 del libro 3 del Fuero Real se indicaba que “*Si la fiadura no fuere fecha a plazo, e la no quitase fasta un año*”.

<sup>1052</sup> Este mismo plazo es el que indicaba el art. 1757 del Proyecto de Código civil de 1851. GARCIA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, reimpresión de la edición de Madrid de 1952, Barcelona, 1973, p. 162, indicaba que en “*la Ley 14 de la quinta partida y en la Ley 38, título 1, libro 17 del Digesto, el tiempo era indefinido y queda al prudente arbitrio del Juez el fijarlo: convenía quitar esta incertidumbre y se fija en el artículo el de 10 años, según la opinión común de los autores*”.

condiciones de ejercitar el remedio del precepto; además de entrar en juego una obligación principal indefinida e ilimitada<sup>1053</sup>.

Por otro lado, de la expresión “ ... *al cabo de diez años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años ...*” se puede deducir que no procederá la actuación del fiador si la obligación fiada es de una duración indefinida pero limitada, aunque tal limitación no venga determinada por el transcurso de un plazo o por la llegada de una fecha concreta, sino por razón de otras circunstancias concurrentes; lo que no sucede en el caso de obligaciones indefinidas e ilimitadas<sup>1054</sup>.

En el Derecho comparado, otros Códigos civiles han optado por disminuir el número de años a cinco; así en el art. 1.953 del Codice, modificando el art. 1919 del Código Albertino, que como el art. 1.843.5 del Código civil señalaba un plazo de 10 años; el mismo sentido, el Código portugués que, siguiendo al Codice, se apartó de su precedente, el art. 844.6 del Código de 1867; también, en este sentido, el art. 2.025 del Código civil argentino optó por señalar un plazo de cinco años.

Ello podría llevar a la conclusión que el plazo de diez años, establecido en el art. 1843.5 del Código civil, es excesivamente largo y no se corresponde con las necesidades actuales del tráfico jurídico, por lo que sería deseable una posterior modificación legislativa a fin de adaptarlo al plazo de 5 años adoptado por el derecho comparado<sup>1055</sup>.

Por otro lado en el art. 1.843.5 del Código civil nada se indica a partir de cuando empieza a correr el plazo de 10 años (“... *Al cabo de diez años...*”), no obstante, parece

---

<sup>1053</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 255.

<sup>1054</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 255.

<sup>1055</sup> En este sentido, ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 106.

que habrá de contarse a partir de la fecha de constitución de la fianza y no desde que nació la obligación principal<sup>1056</sup>.

El fundamento de este supuesto 5º del art. 1.843 del Código civil, se podría encontrar en que la excesiva duración de la obligación principal implica la continuación de una vinculación que es gravosa para el fiador<sup>1057</sup>; en este sentido la finalidad de la norma es evitar una vinculación excesivamente larga para el fiador<sup>1058</sup>. Ahora bien, esta justificación no resulta completamente exacta<sup>1059</sup> si se tiene en cuenta que la acción de cobertura referida en el art. 1.843 “*in fine*” del Código civil (“*..garantía que lo ponga a cubierto..*”) no impide la continuación del vínculo (fianza), ya que con ella sólo se obtiene una garantía para asegurar el buen fin de la futura acción de regreso, una vez satisfecha la deuda por el fiador. En cambio, sí resultaría exacta si se admite que, tanto en este supuesto como en el contenido en el número tercero (“*...cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido...*”), refieren como solución lógica la liberación de la fianza por el deudor, y no la constitución de una garantía; en consecuencia, la acción del fiador debería tender a la liberación de la fianza y el deudor a procurársela<sup>1060</sup>.

También se acude<sup>1061</sup> para justificar el presente supuesto a la necesidad de armonizar la doctrina general de la obligación que no tiene señalado plazo, con las consecuencias

<sup>1056</sup> En este sentido GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Madrid, 1990, p. 314.

<sup>1057</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXVIII, redactado por Eugenio Vázquez Gundin, Madrid, 1953, p. 651, decía que este caso tiene la lógica de evitar una sujeción más larga, indefinida del fiador a una obligación ajena; MANRESA, *Comentario al Código civil Español*, t. XII, sexta edición, revisada por Gómez Isabel, Madrid, 1973, p. 440, indica que “*la razón de dicho precepto estriba en que no puede quedar en lo incierto indefinidamente las obligaciones del fiador, viniendo a constituirle en una permanente dependencia de las estipulaciones del contrato celebrado, y por esto casi todos los Códigos reconocen el transcurso de determinado tiempo como causa bastante para facultar al fiador a promover el procedimiento o a poner de su parte los medios para liberarle él de dicha carga, o para hacer que le libere de ella el deudor, como necesidad impuesta por la naturaleza misma de la fianza, que no autoriza ni puede autorizar que quede permanentemente en suspenso la obligación principal cuando su fin es facilitar la efectividad y cumplimiento de la misma*”.

<sup>1058</sup> ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 104.

<sup>1059</sup> Como observa GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, 2ª ed., Jaén, 1980, p. 256.

<sup>1060</sup> Esta interpretación es defendida por PEREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 266.

<sup>1061</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 256,

derivadas de la propia naturaleza y finalidad de la garantía de la obligación del fiador; en tal sentido, el legislador ha considerado impropia la aplicación del criterio contenido en el art. 1.128 del Código civil (“... *si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor..*”) a la fianza sin plazo. Así, el fiador, por la accesoriedad de la fianza, no estará facultado para acudir a los tribunales a fin que éstos determinen el momento en que el deudor ha de cumplir, fijando el vencimiento de la obligación principal; ello representaría una injerencia del fiador en la relación deudor-acreedor de difícil justificación. Se opta, en cambio, como sucede en otros códigos civiles de Derecho comparado, por la fijación de un plazo en la propia norma, cuyo transcurso habilita para actuar al fiador frente al deudor para obtener la relevación de la fianza.

En cuanto a la excepción (“... *a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años...*”) determina que las acciones del art. 1843 del Código civil “*in fine*” no proceden, ya que se presupone que el fiador se ha obligado con el conocimiento de es probable que la fianza dure más de diez años; como decía POTHIER<sup>1062</sup>, en las que el fiador sabía que la obligación puede tener una duración prolongada y ha consentido la fianza conociendo este dato, o debiendo conocerlo.

Supuesto distinto son las “obligaciones indefinidas en su duración pero limitadas por alguna circunstancia”, ya que en éste la incertidumbre, respecto al vencimiento, es total, mientras que en el supuesto anterior se conoce, al menos, que no podrá producirse antes del transcurso de 10 años; es decir, el fiador sabe que la obligación principal puede tener una duración prolongada (“... *plazo mayor de 10 años..*”) y, no obstante, ha consentido la fianza conociendo este dato.

En este sentido, es evidente que esta excepción (“... *a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años..*”) va referida a la

---

<sup>1062</sup> *Traité des obligations*, Barcelona, 1974, n° 443, p. 420.

obligación principal afianzada, que es la que, previsiblemente, no deberá cumplirse antes de los 10 años.

Tal como se ha indicado, la prolongación en el tiempo de la vinculación del fiador es la causa que le permite proceder, en base al supuesto 5º del art. 1.843 del Código civil, frente al deudor principal, ya que el factor tiempo puede perjudicar al fiador; no porque sea previsible que el deudor no va a ser capaz de cumplir en el futuro con sus obligaciones frente al fiador (derecho reembolso y subrogación), es decir al margen de cualquier consideración a la insolvencia del deudor, sino porque el fiador no le interesa permanecer indefinidamente obligado; en este sentido, al fiador lo que le interesará es ejercitar la acción de liberación del art. 1843 del Código civil, no que se constituya una garantía a su favor, en aseguramiento de la insolvencia del deudor y de los procedimientos del acreedor.

Por otro lado, también el fiador podrá dirigirse frente al deudor cuando la fianza ha sido retribuida; en este sentido, el Código civil no señala ninguna excepción a la aplicación del supuesto 5 del art. 1.843 del Código civil a la fianza retribuida, como si lo hacía el art. 1.757 del Proyecto de 1851 al disponer que “... *el fiador por título oneroso no puede aprovecharse de la disposición de ese número 6 ...*”; GARCIA GOYENA<sup>1063</sup>, justificaba la excepción, que no aparece en otros Códigos del Derecho comparado, en que la fianza gratuita, como acto de beneficencia a favor del deudor, debía ser más favorecida que la onerosa, ya que de ésta última resulta un beneficio o utilidad al fiador.

Este trato diferenciado, entre la fianza gratuita y la onerosa, no se ha plasmado en el Código civil, a pesar de reconocer, expresamente, en el art. 1.823 del Código civil, que la fianza puede ser onerosa y gratuita. En cambio, si se refleja dicha excepción en el art. 442 del Código de comercio al indicar que “... *en los contratos por tiempo indefinido, pactada una retribución al fiador, subsistirá la fianza hasta que, por la terminación completa del contrato principal que se afiance, se cancelen definitivamente las obligaciones que nazcan de él, sea cual fuere su duración, a no ser que por pacto*

---

<sup>1063</sup> GARCIA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, reimpresión de la edición de Madrid de 1952, Barcelona, 1973, pág. 163.

*expreso se hubiere fijado plazo a la fianza...*”; es decir, en la fianza mercantil, en caso de que sea retribuida, habrá que acudir a los términos del contrato de fianza para discernir el derecho que asiste al fiador en orden a la relevación de la fianza antes del pago, ya que dicha retribución hace perder al fiador mercantil el derecho a la relevación del art. 1843 del Código civil, a pesar de que la obligación principal sea indefinida e ilimitada, es decir no tenga término fijo para su vencimiento<sup>1064</sup>.

---

<sup>1064</sup> En este sentido URÍA, *Derecho mercantil*, vigésimo séptima ed. revisada con la colaboración de M<sup>a</sup> Luisa Aparicio, Madrid, 2000, p. 893; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil II, Títulos valores, Contratos mercantiles, Derecho concursal y marítimo*, vigésima primera ed., Madrid, 1998, p. 263.



## CONCLUSIONES

### I

El art. 1843 del Código civil cumple la finalidad de tutelar el interés del fiador consistente en asegurar su indemnidad. A tal fin establece el precepto dos acciones; una que tiende a la relevación de la fianza y otra a que sea prestada a favor del fiador una caución a fin de garantizar el buen fin del derecho de reembolso del fiador, especialmente ante la insolvencia del deudor. Dichas acciones no pueden ser ejecutadas por el fiador en cualquier caso, sino exclusivamente en los supuestos tasados por la norma. A pesar de que las dos acciones mencionadas tienen la misma finalidad, es decir, salvaguardar los intereses del fiador, su naturaleza jurídica es diversa, ostentando sólo naturaleza cautelar la acción de garantía, ya que la acción de relevación a lo que tiende es a no tener que hacer el pago de la obligación garantizada.

Por ello ha sido catalogado el art. 1843 del Código civil como una excepción a la norma general, en el sentido que las acciones a ejercitar por el fiador lo son antes del pago y no con posterioridad al mismo.

### II

Como sea que estas acciones conferidas al fiador antes del pago también se contemplan en el Derecho comparado, en previsión que un determinado Derecho extranjero fuera el aplicable por la remisión expresa de una norma de conflicto, se ha estudiado en el trabajo la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero, especialmente la evolución jurisprudencial de la falta de prueba en el proceso de su contenido y vigencia. Así, en un primer momento el Tribunal Supremo ha sido partidario, ante la falta de prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero, del desistimiento de la pretensión sin entrar en el fondo. Posteriormente ha variado su postura, indicando que la falta de prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero no da lugar al desistimiento de la pretensión sino a la aplicación subsidiaria de la “*lex fori*”, es decir el Derecho

español, argumentando que dicha posición es más respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la Constitución Española. Postura esta última que asimismo ha sido ratificada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2002 de 1 de febrero, bajo los mismos argumentos.

### III

Los supuestos tasados contenidos en el art. 1843 del Código civil facultan al fiador para dirigirse frente al deudor antes de haber satisfecho la obligación garantizada al acreedor. Para ello puede utilizar el fiador dos acciones con un distinto objetivo (relevación fianza y garantía) y con igual finalidad (amparar intereses del fiador); se trata de verdaderos derechos del fiador y correlativas obligaciones del deudor, no obstante ser, en algunos casos, de dudosa virtualidad práctica. De esta forma, la acción de relevación no vincula al acreedor, por lo que el deudor sólo podrá cumplir su obligación de relevación mediante el pago anticipado al acreedor, la renuncia del acreedor a la fianza prestada, el cambio de la persona del fiador aceptada por el acreedor o el compromiso irrevocable del acreedor de no ejecutar la fianza. Ante el incumplimiento de la obligación de relevar por parte del deudor, el fiador siempre podrá solicitar como medida cautelar el embargo preventivo sobre los bienes del deudor. También es de suma dificultad la ejecución coactiva de la acción de garantía, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia proponen como mejor medida ante el incumplimiento por parte del fiador de su obligación de prestar caución también el solicitar la medida cautelar de embargo preventivo.

### IV

Estas acciones anticipadas al pago también han sido objeto de regulación en el Derecho foral. Así, el art. 530 del Fuero Nuevo de Navarra establece que el fiador podrá solicitar judicialmente que se impida la enajenación o gravamen de los bienes del deudor y la anotación preventiva en el Registro correspondiente, salvo que por parte del deudor se preste fianza suficiente en garantía de su futuro derecho de reembolso.

### V

En el art. 1852 del Código civil se regula una causa específica de extinción de la fianza motivada por la pérdida de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” en los que se debía subrogar el fiador tras el pago con causa en un “*hecho del acreedor*”. ¿Queda perjudicada dicha causa de extinción de la fianza por el no ejercicio por parte del fiador de las acciones del art. 1843 del Código civil?. La respuesta a este interrogante exige un análisis profundo del contenido y alcance del citado art. 1852 del Código civil.

La razón jurídica que justifica la liberación del fiador vía art. 1852 del Código civil estriba en el legítimo interés del fiador en la subrogación, es decir, la consagración de la subrogación “*ex lege*” del fiador del art. 1839 del Código civil es la razón básica que justifica el beneficio de liberación del art. 1852 del Código civil; así parece entenderlo la doctrina y la jurisprudencia. Así, el fiador confía que el pago de la obligación garantizada quede reforzado por la subrogación en los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, siendo lógico que su perjuicio traiga como consecuencia que el fiador pueda rechazar el pago de la fianza y descargue las consecuencias perjudiciales de dicha pérdida en el acreedor causante. Este deber del acreedor de no perjudicar la subrogación del fiador tiene la naturaleza de “*carga*” referida a intereses ajenos. En este sentido no es exigible coactivamente al acreedor una actuación concreta en orden al mantenimiento de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” manteniendo, en consecuencia, su libertad de actuar en un sentido u otro, no generando la inobservancia ningún tipo de pretensión de indemnización de daños y perjuicios, sino simplemente el nacimiento de la facultad a favor de fiador en orden a hacer valer judicialmente la extinción de la fianza.

## VI

¿Qué “*hechos del acreedor*”, causantes de la pérdida o deterioro de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, implican la extinción de la fianza vía art. 1852 del Código civil?. Al respecto la doctrina ha estado dividida en el sentido de admitir sólo los hechos positivos o también admitir, junto con los positivos, los negativos. Esta división de opiniones también se ha trasladado a la jurisprudencia, si bien las últimas sentencias del Tribunal Supremo consultadas parecen decantarse por incluir los hechos positivos y negativos dentro del concepto “*hechos del acreedor*”, pero referidos a una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo.

También existe divergencia doctrinal con respecto a la admisión junto con la imputación objetiva (relación de causalidad) de una imputación subjetiva (dolo y culpa) por parte del acreedor. Del análisis jurisprudencial se desprende que en algunas sentencias sólo se menciona a la imputación objetiva (relación de causalidad), sin hacer referencia a la imputación subjetiva (dolo o culpa), si bien en otras se también se exige, junto con la imputación objetiva, la subjetiva. No obstante si se establece un paralelismo entre los conceptos “*actos propios*” del art. 1129.3 del Código civil y “*hechos del acreedor*” del art. 1852 del Código civil, podría llegar a defenderse que, siguiendo la regla general de la responsabilidad del derecho patrimonial existente en nuestro ordenamiento jurídico, lo exigible sería una imputación objetiva (relación de causalidad) junto con una imputación subjetiva (dolo o culpa) para que entrara en juego la causa extintiva de la fianza del art. 1852 del Código civil.

Ahora bien, admitiéndose la imputación subjetiva, ¿en qué grado sería el exigible?. La jurisprudencia al respecto entiende que la ley exige actividad no cualquier falta de diligencia, de lo que podría deducirse que la diligencia exigible sería la común a cualquier acreedor y no un deber específico de mayor grado que podría convertir la unilateralidad de la fianza en contrato bilateral.

## VII

Este deber impuesto al acreedor con valor de “carga” ¿sólo comprende el mantenimiento jurídico de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” o también integra preservar su valor económico?. Igualmente en este aspecto tanto la doctrina patria como la extranjera se encuentran divididas; no obstante, la doctrina patria mayoritaria se inclina por la inclusión del perjuicio económico junto con el jurídico. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en alguna sentencia también ha estimado incluido el perjuicio económico.

## VIII

Otro interrogante que también plantea el art. 1852 del Código civil consiste en determinar ¿qué “*derechos, hipotecas y privilegios*” cuya no subrogación por hecho del acreedor implica la extinción de la fianza?. En este sentido el Tribunal Supremo ha indicado que ha de tratarse de titularidades específicas y que no existe una garantía general sobre el patrimonio, no siendo competencia del acreedor el preservar la capacidad económica genérica del deudor.

No obstante no detallar el art. 1852 del Código civil el contenido concreto de los “*derechos, hipotecas y privilegios*”, parte de la doctrina lo entiende repetitivo, incluyendo dentro del apartado “*derechos*” los otros dos.

## IX

¿Cuáles son las condiciones exigidas para el efecto extintivo previsto en el art. 1852 del Código civil?. De la simple lectura del citado precepto se desprende la existencia de dos requisitos: la pérdida y/o deterioro de los “*derechos, hipotecas y privilegios*” y la relación de causalidad por un “*hecho del acreedor*”. A estos dos requisitos la jurisprudencia ha añadido otro consistente en la existencia para el fiador de un “perjuicio cierto”.

En cuanto a que debe entenderse por “perjuicio cierto” tampoco existe unanimidad de criterios. Una parte de la doctrina estima suficiente para la aplicación del art. 1852 que, aunque el fiador pueda resarcirse con otros bienes del deudor, las garantías perdidas representen un valor objetivo. Otra, en cambio, partiendo de que el “perjuicio cierto” no está supeditado a la insolvencia del deudor, estima que si perdida una garantía otra es suficiente, no debería ser aplicable la causa extintiva del art. 1852 del Código civil. Por su parte la jurisprudencia parece inclinarse por el criterio de la dificultad en el cobro para estimar dicho requisito; en este sentido en las sentencias consultadas se hace incidencia en que es necesario la utilidad de las garantías perdidas para la aplicación del precepto. Es por ello que parte de la doctrina estima que en virtud de dicho concepto (“*perjuicio cierto*”) debe llegarse a la conclusión que la extinción de la fianza vía art. 1852 del Código civil lo debe ser en la medida del perjuicio realmente causado al fiador.

## X

¿Es aplicable el efecto extintivo del art. 1852 del Código civil si el fiador pudo ejercitar las acciones previas al pago del art. 1843 del Código civil y no lo hizo?. En principio el art. 1843 del Código civil (medida aseguramiento) y el art. 1852 del Código civil (sanción perjuicio subrogación) se mueven en órbitas diferentes. También, en ninguno de los supuestos tasados del art. 1843 del Código civil que facultan al fiador a las acciones antes del pago se encuentra la circunstancia del art. 1852 del Código civil. Asimismo, las acciones del art. 1843 del Código civil se establecen como una facultad del fiador no como una obligación y la subrogación “*ex lege*” (art. 1839 del Código civil) no se haya condicionada a ninguna carga sólo al pago de la obligación fiada por parte del fiador.

No obstante los anteriores argumentos, tanto la doctrina patria como la extranjera se encuentran divididas entre los partidarios a favor de la conmixtión y los partidarios a favor de la no conmixtión entre los art. 1843 y 1852 del Código civil. Por su parte, analizadas las sentencias del Tribunal Supremo al respecto se observa la existencia de alguna sentencia favorable a dicha conmixtión, si bien en sentencias dictadas recientemente se muestra partidario de la desvinculación entre los dos preceptos, es decir, en contra de su conmixtión.

## XI

En el art. 1843 del Código civil se establecen dos tipos de acciones (relevación y garantía) cuyo ejercicio es facultad del fiador; ello siempre que concurran alguno de los supuestos tasados que el precepto. Estos supuestos, con alguna diferencia, también son reproducidos en el Derecho comparado; así en el art. 2032 del Code, art. 1953 del Codice y art. 648 del Código civil portugués.

## XII

El primer supuesto del art. 1843 del Código civil trata de proteger los intereses del fiador que ha sido demandado judicialmente en reclamación de la obligación

garantizada, y que puede resultar perjudicado por la pendencia del proceso, especialmente por la insolvencia sobrevenida del deudor. Al respecto entiende la doctrina que dentro de dicho supuesto no debe entenderse comprendida la reclamación extrajudicial, así como otros actos previos al proceso. Asimismo, se plantea la doctrina si dicho supuesto queda solapado con el supuesto cuarto del art. 1843 del Código civil, indicando que en este supuesto el perjuicio que se quiere evitar es el derivado de la inactividad del acreedor en la reclamación de la deuda y no el derivado de la pendencia del proceso.

### XIII

El segundo supuesto del art. 1843 del Código civil es el que más ampliamente ha sido tratado en la tesis. Por un lado, se ha analizado, en el actual marco concursal creado por la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, como debe ser interpretado dicho supuesto y, por otro lado, partiendo del concepto histórico de “*insolvencia*” llegar a concluir cual es el significado actual que hay que dar a dicho concepto jurídico en el Código civil.

En la normativa concursal derogada (concurso acreedores y quiebra) su declaración llevaba consigo la inhabilitación o incapacitación del deudor para administrar sus bienes. Por ello, a pesar la dicción legal del supuesto segundo, el deudor, ante la acción de relevación y/o garantía interpuesta por el fiador, no podía relevar la fianza, ya que no podía satisfacer anticipadamente la obligación garantizada al acreedor al margen de procedimiento concursal, ni prestar la caución a favor del fiador por el mismo motivo, sino se quería vulnerar el principio de igualdad de trato de los acreedores; sólo parece que podría relevar de la fianza mediante la sustitución del fiador por otro fiador que fuera aceptado por el acreedor. Quizás por ello en el Derecho comparado no se han incluido dichas situaciones concursales en los correspondientes supuestos; así, art. 1953 Códice y art. 6148 Código civil portugués.

En cuanto al concepto “*insolvencia*” la doctrina se haya dividida en cuanto a su amplitud, es decir, si es suficiente una simple dificultad en el pago o es necesario la insuficiencia patrimonial del deudor para satisfacer la totalidad de sus deudas.

Es evidente que una interpretación estricta del concepto de “*insolvencia*” vacía de contenido el supuesto segundo del art. 1843 del Código civil, ya que en tal situación el deudor no podrá nunca constituir una caución a favor del fiador ni relevar la fianza mediante la satisfacción anticipada de la obligación garantizada. Como argumento a favor de una interpretación amplia del concepto ha sido aludido el concepto de “*insolvencia*” contenido en el art. 1129.1 del Código civil, es decir, una “*insolvencia*” tal que permite al deudor prestar la fianza para no perder el beneficio del plazo.

Por su parte, tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales cuando han tratado el concepto de “*insolvencia*” lo han efectuado, básicamente, en el marco de la rescisión por fraude de acreedores, entendiendo que no debe ser total, bastando una notable minoración patrimonial de forma que los bienes disponibles no sean suficientes para satisfacer el derecho de los acreedores. Trasladando dicha interpretación jurisprudencial, parece que tanto ante el supuesto de una simple falta de liquidez como ante una simple disminución patrimonial, pero con bienes suficientes para satisfacer la deudas, no debería entrar en juego el supuesto segundo del art. 1843 del Código civil.

En cuanto a la configuración histórica del concepto de “*insolvencia*” se podría considerar que el tránsito del vínculo personal al “*vinculum iuris*” en el Derecho romano exteriorizó la prioridad de la responsabilidad patrimonial del deudor en el tratamiento de la “*insolvencia*”, presentándose como un perjuicio del derecho de crédito del acreedor.

En el Código civil las vías de expresión de la “*insolvencia*” se dividen en tres bloques: como hecho que refiere a la lesión del derecho de crédito y da lugar a las correspondientes medidas de tutela, como recíproca cobertura del riesgo y como formando parte de la tipicidad de determinados negocios jurídicos; siendo el primer bloque el cauce de expresión de la “*insolvencia*” más significativo en el Código civil. En este sentido se podría considerar que el concepto de “*insolvencia*” del supuesto segundo del art. 1843 del Código civil estaría también integrado en este primer bloque; es decir, que el derecho de crédito lesionado sería el futuro derecho de reembolso del fiador.

No obstante la utilización del concepto jurídico de “insolvencia”, el Código civil no aborda en su articulado su definición, siendo su elaboración de carácter doctrinal. En este sentido la doctrina se encarga de distinguir el concepto de “insolvencia” de los procedimientos concursales; así, la “insolvencia” no requiere como el concurso una previa declaración judicial y la declaración de concurso no entraña “insolvencia”, sino sólo una cesación general de pagos. La “insolvencia” es tratada como un hecho que determina una serie de efectos jurídicos de tutela del derecho de crédito y el concurso, en cambio, puede venir determinado en base a una pluralidad de presupuestos objetivos, como es la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan de manera general al patrimonio o el incumplimiento de un tipo de determinadas obligaciones.

El Tribunal Supremo no ha ocupado de la delimitación general del concepto jurídico de “insolvencia”. La línea general de su doctrina al respecto de la “insolvencia”, en las sentencias cuyo objeto era la rescisión por fraude de acreedores, va encaminada en el sentido que no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito, admitiendo como prueba que el deudor no tiene bienes libres o que están gravados con cargas que disminuyen su valor con relación a lo debido.

La “insolvencia” como lesión del derecho de crédito, y las correspondientes medidas de tutela, constituye la principal vía de expresión en el Código civil. De esta forma, el otorgamiento de una garantía exceptúa, en los diferentes preceptos en que se contempla, la correspondiente medida de tutela, excluyendo, en consecuencia, la calificación jurídica de “insolvencia” al no quedar constatado la lesión del derecho de crédito. De esta forma, los efectos jurídicos de la “insolvencia” son determinados por la norma, excluyendo así la autonomía de la voluntad; ésta sólo juega de cara la oportunidad del ejercicio de las facultades y/o acciones que el ordenamiento jurídico confiere.

#### XIV

Tres son los cauces de la tipicidad de la “insolvencia” en el Código civil: la lesión del derecho de crédito, la recíproca cobertura del riesgo y como parte integrante de un negocio jurídico.

En cuanto al primer cauce se establecen una serie de medidas de tutela o protección, concretadas en facultades y/o acciones, que tienden a facilitar el valor de realización del derecho de crédito ante determinados supuestos en donde la garantía patrimonial del deudor resulta vulnerada. Así, el vencimiento anticipado del art. 1129 del Código civil, las acciones pauliana y subrogatoria del art. 1111 del Código civil, el pago anticipado en estado de insolvencia del art. 1292 del Código civil, la delegación pasiva de la deuda del art. 1206 del Código civil y la facultad del vendedor de suspender la entrega de la cosa ante insolvencia comprador del art. 1467 del Código civil.

El segundo cauce, o vía de expresión, no refiere a la tutela o valor de realización del derecho de crédito, sino que representa una excepción a la regla general, que individualiza el riesgo de la “*insolvencia*” en el titular del crédito, consistente en la recíproca cobertura del riesgo de “*insolvencia*” con un fundamento de corte comunitario. Así, la obligación recíproca de los coherederos a la evicción del art. 1071 del Código civil, la “*insolvencia*” de un codeudor solidario ante el “*solvens*” del art. 1145 del Código civil y la “*insolvencia*” de un cofiador solidario ante el “*solvens*” del art. 1844 del Código civil.

En cuanto al tercer cauce, o vía de expresión, refiere a la tipicidad de la “*insolvencia*” como hecho integrado en el marco contractual. Así, en cuanto a no responsabilidad del vendedor de un crédito con respecto a la solvencia deudor, salvo pacto, del art. 1529 del Código civil y la extinción de la relación contractual en los contratos de sociedad (art. 1700 Código civil) y mandato (art. 1732 Código civil)

## XV

En la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, es referida objetivamente la “*insolvencia*” como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; es decir, si transitoriamente falta liquidez pero recuperable a corto plazo parece que no habría “*insolvencia*” al haber posibilidades de cumplimiento regular. En este sentido el Tribunal Supremo con respecto al sobreseimiento de pagos de la anterior situación concursal derogada ya indicaba que el ligero retraso no es

sobreseimiento general, ya que éste ha de ser definitivo, general y completo. Es decir, el concepto de “*insolvencia*” referido en la Ley Concursal no es estático, sino funcional, es decir, no se refiere a una situación patrimonial sino a la capacidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles.

## XVI

Con la situación concursal anterior a la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, eran nulos los actos de administración y disposición del concursado y/o quebrado y, por ello, a pesar de la dicción legal del segundo supuesto del art. 1843 del Código civil, las acciones de relevación y garantía tenían escasa virtualidad práctica al estar el deudor quebrado inhabilitado para administrar sus bienes; no obstante la doctrina era unánime en admitir que el fiador si podía incluir en la masa pasiva su derecho condicional de reembolso.

Con la nueva Ley Concursal se mantiene la no efectividad de las acciones de relevación y/o garantía al tener el concursado intervenidas y/o suspendidas sus facultades de administración y disposición, siendo el único remedio que parece ostentar el fiador el de insinuar su derecho de reembolso condicional en el concurso del deudor; el art. 87.3 de la Ley Concursal admite expresamente la insinuación en concurso como contingentes de los créditos bajo condición suspensiva. En este sentido el art. 87.6 de la Ley Concursal admite el reconocimiento de los créditos afianzados y la sustitución del titular tras el pago por el fiador.

Este recurso del fiador a la insinuación de su derecho condicional de reembolso ante la imposibilidad práctica de ejercicio de las acciones de relevación y garantía frente al deudor concursado, ha motivado que en este trabajo sean tratadas algunas cuestiones relevantes a cerca de la mencionada insinuación. En este sentido el art. 87.7 de la Ley Concursal, con respecto a los pagos parciales efectuados por el fiador con anterioridad a la declaración de concurso, indica que se incluyen a favor del acreedor, a efectos concursales, tanto el resto no satisfecho como el que correspondan al fiador por derecho de reembolso. Derecho que no opera “*ope legis*” sino que es facultad del acreedor; el derecho en suspenso del fiador se activa una vez el acreedor perciba su crédito remanente.

¿Qué comunica realmente el fiador al concurso?. Lo que es insinuado por el fiador en el concurso es su derecho de reembolso (art. 1838 del Código civil) sometido a la condición suspensiva del pago. En cuanto al derecho a la subrogación (art. 1839 del Código civil) al no ser un derecho propio, sino un derivado del pago, parece que el fiador, aunque no haya insinuado su derecho de reembolso, siempre podrá ejercitar la subrogación tras el pago.

¿Qué calificación se dará en el concurso a los créditos de reembolso del fiador y al crédito principal del acreedor?. En este sentido el art. 87.6 de la Ley Concursal establece una misma calificación para el fiador y acreedor que será la menos gravosa para el concurso. El alcance práctico de precepto ha sido objeto de un amplio debate doctrinal y jurisprudencial. Así, parece claro que dicho precepto está pensando para la situación típica consistente en fiador subordinado, por especial relación personal con el deudor (art. 92.5 Ley Concursal) de un acreedor ordinario o privilegiado, tratando de evitar que por medio de la subrogación se burle la subordinación del fiador. En el supuesto inverso, es decir fiador ordinario o privilegiado de un acreedor subordinado, la subrogación lo colocará en la posición del acreedor, y por lo tanto se convertirá en subordinado. En cambio no despeja el precepto el caso consistente en que el fiador no opte por la subrogación sino por el derecho de reembolso y su crédito no sea subordinado y si el del acreedor, ya que parece que el art. 87.6 de la Ley Cambiaria sólo contempla la calificación del crédito del acreedor; una solución en base a la literalidad de la ley sería igualmente dar a los dos la misma calificación a la baja.

Las sentencias del Tribunal Supremo consultadas al respecto confirman que para el Alto Tribunal el supuesto típico al que va referido el precepto es el del fiador subordinado de un crédito principal ordinario o privilegiado, que el fin del precepto es evitar que el fiador, por medio de la subrogación, se convierta en ordinario o privilegiado y resulte perjudicada la masa pasiva, y que esta calificación a la baja debe retrasarse al momento del pago y subrogación por parte del fiador, ostentando antes cada crédito la calificación que corresponda.

## XVII

En el supuesto en el que el crédito del acreedor fuese calificado de subordinado debido a la no insinuación en el concurso o su comunicación tardía, dicha actuación del acreedor, con la consecuencia de la calificación de su crédito como subordinado, será causa de un perjuicio al derecho de subrogación del fiador ordinario o privilegiado que por vía de la subrogación verá su crédito calificado de subordinado, por lo que en este caso podría ser de aplicación el perjuicio a la subrogación del art. 1852 del Código civil con la consecuencia de la extinción de la fianza.

### **XVIII**

En cuanto al supuesto tercero en el que el deudor se obliga a relevar al fiador tras el transcurso de un plazo determinado es de destacar que dicha obligación no vincula al acreedor, salvo que se haya adherido a dicho pacto, en cuyo caso el aval pasaría a ser de caducidad. En este supuesto parece que la acción más apropiada será la de relevación de la fianza que parece ser la buscada por el fiador.

### **XIX**

En el supuesto cuarto se contempla como hecho que el crédito principal devenga exigible por vencimiento del plazo. En este caso la situación de peligro para el fiador viene dada por la tardanza del acreedor en la reclamación del crédito al deudor, especialmente por el riesgo de su insolvencia sobrevenida.

En este sentido la acción del art. 1843 del Código civil puede también servir como medida de presión a fin de que el deudor satisfaga la deuda al acreedor. En cuando a la imputación al acreedor de la insolvencia sobrevenida del deudor por su tardanza o mora en la reclamación, a pesar de ser mencionada en el Proyecto de 1851, no es contemplada en el Código civil, por lo que el único remedio a utilizar por el fiador serán las acciones del art. 1843 del Código civil.

### **XX**

Finalmente, contempla el supuesto quinto el hecho consistente en una fianza de una obligación que no tiene término fijo de vencimiento pero supuestamente afianzada por un tiempo razonable. Así, se establece como término el de 10 años, salvo que la naturaleza de la obligación conste que su duración lo era por más tiempo. El fin perseguido en este supuesto por la norma es evitar el perjuicio que supone para el fiador la vinculación excesivamente larga; como consecuencia parece que la acción más adecuada será la de relevación de la fianza.



## LISTA DE SENTENCIAS CITADAS

*(orden cronológico)*

### 1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

<u>Fecha</u>	<u>Ref<sup>a</sup></u>	<u>Sala</u>	<u>Magistrado ponente</u>
11.2.2002	33	2 <sup>a</sup>	Guillermo Jiménez Sánchez

### 2. TRIBUNAL SUPREMO

<u>Fecha</u>	<u>Ref<sup>a</sup></u>	<u>Sala</u>	<u>Magistrado ponente</u>
1.3.1983	RJ 1412	Civil	Antonio Sánchez Jáuregui
11.3.1984	RJ 3227	Civil	Rafael Pérez Gimeno
11.6.1984		Civil	Rafael Pérez Gimeno
28.2.1985	RJ 778	Civil	José Beltrán de Heredia y Castaño
30.1.1986	RJ 338	Civil	Jaime Santos Briz
8.10.1986	RJ 5333	Civil	José Luis Albacar López
10.4.1987	RJ 2545	Civil	Adolfo Carretero Pérez
11.6.1987	RJ 4277	Civil	Rafael Pérez Gimeno
13.2.1988	RJ 1985	Civil	Manuel González Alegre Bernardo
23.3.1988	RJ 2422	Civil	Eduardo Fernández Cid de Temes
7.7.1988	RJ 5581	Civil	Francisco Morales Morales
2.12.1988	RJ 9287	Civil	Matias Malpica González Elipe
30.12.1988	RJ 10075	Civil	Adolfo Carretero Pérez
20.6.1989	RJ 4710	Civil	Manuel González Alegre
7.10.1989	RJ 6895	Civil	Pedro González Poveda
10.3.1990	RJ 1686	Civil	Pedro González Poveda
17.10.1990	RJ 7976	Civil	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
6.4.1992	RJ 2942	Civil	Alfonso Villagómez Rodil
20.10.1993	980	Civil	Teófico Ortega Torre
31.10.1994	958	Civil	Francisco Morales Morales
6.10.1995	858	Civil	Jesús Marina Martínez Pardo
7.5.1997	RJ 3872	Civil	Antonio Gullón Ballesteros
29.11.1997	RJ 8436	Civil	Alfonso Villagómez Rodil
31.12.1997	RJ 9194	Civil	Antonio Gullón Ballesteros
12.2.1998	135	Civil	Jose Luis Albácar López
5.2.1999	66	Civil	Francisco Morales Morales

14.4.1998	RJ1998/2321	Civil	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
25.10.1999	898	Civil	José Almagro Nosete
27.6.2000	639	Civil	Francisco Marín Castán
13.12.2000	1142	Civil	Alfonso Villagómez Rodil
29.3.2001	322	Civil	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
11.4.2001	367	Civil	Antonio Gullón Ballesteros
25.5.2001	RC 556	Social	Juan Francisco García Sánchez
11.12.2001	1150	Civil	Luis Martínez Calcerrada y Gómez
11.3.2002	227	Civil	José de Asís Garrote
8.5.2002	409	Civil	Jesús Corbal Fernández
14.6.2002	577	Civil	Francisco Marín Castán
17.7.2002	752	Civil	Luis Martínez Calcerrada y Gómez
22.7.2002	770	Civil	Francisco Marín Castán
31.10.2002	1019	Civil	Jesús Corbal Fernández
4.12.2002	1174	Civil	Alfonso Villagómez Rodil
12.12.2002	1220	Civil	Antonio Gullón Ballesteros
31.12.2002	1257	Civil	Ramón García Varela
1.4.2003	309	Civil	Luis Martínez Calcerrada y Gómez
30.5.2003	535	Civil	José de Asís Garrote
21.7.2003	803	Civil	Pedro González Poveda
21.10.2003	966	Civil	Xavier O'callaghan Muñoz
30.1.2004	25	Civil	Jesús Corbal Fernández
27.2.2004	118	Civil	Francisco Marín Castán
21.4.2004	303	Civil	Alfonso Villagómez Rodil
3.6.2004	457	Civil	Luis Martínez Calcerrada y Gómez
14.6.2004	502	Civil	Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares
4.11.2004	RC 2652	Social	Jesús Gullón Rodríguez
21.1.2005	10	Civil	Alfonso Villagómez Rodil
19.5.2005	403	Civil	Clemente Auger Liñan
19.7.2005	657	Civil	Clemente Auger Liñan
4.5.2007	470	Civil	Xavier O'Callaghan Muñoz
20.7.2007	RJ2007/6961	Social	Aurelio Desdentado Bonete

### 3. AUDIENCIAS PROVINCIALES

<u>Fecha</u>	<u>Audiencia Provincial</u>	<u>Refª</u>	<u>Jurisdicción</u>	<u>Sección</u>
15.5.1992	Córdoba	78	civil	
29.11.1995	Asturias	555	civil	5ª
14.10.1996	Burgos	507	civil	3ª
10.9.1998	Las Palmas	267	civil	4ª

26.9.1998	Las Palmas	96	civil	2ª
26.11.1998	Las Palmas	396	civil	2ª
13.7.1999	Las Palmas	197	civil	2ª
25.11.1999	Sevilla	1431	civil	5ª
5.2.2000	Madrid	848	civil	12ª
9.3.2000	Sevilla		civil	5ª
8.11.2000	Asturias	301	civil	7ª
29.12.2000	Sevilla		civil	5ª
23.5.2001	Burgos	261	civil	3ª
8.11.2001	La Rioja	520	civil	
29.4.2002	Barcelona	RA 802	civil	17ª
13.5.2002	Córdoba	127	civil	2ª
20.9.2002	Madrid		civil	13ª
19.11.2002	Asturias	543	civil	4ª
31.12.2002	Baleares	783	civil	4ª
28.2.2003	Asturias	134	civil	7ª
21.3.2003	Cádiz	103	civil	8ª
1.4.2003	Málaga	204	civil	4ª
14.4.2003	Navarra	76	civil	2ª
17.7.2003	Vizcaya	428	civil	3ª
27.9.2003	Castellón	256	civil	2ª
12.2.2004	Cantabria	63	civil	1ª
30.4.2004	Baleares	183	civil	3ª
30.6.2004	Madrid	617	civil	12ª
16.7.2004	Madrid	525	civil	19ª
27.12.2004	Tarragona	18	civil	3ª
8.3.2005	Asturias	109	civil	7ª
10.1.2006	Cádiz	5	civil	6ª
27.2.2006	Sevilla	72	civil	1ª
14.11.2005	Madrid	593	civil	25ª
29.6.2006	Barcelona	AC/2007775	civil	15ª
15.12.2006	La Coruña	539	civil	4ª
30.11.2006	Murcia	289	civil	3ª

#### 4. JUZGADOS DE LO MERCANTIL

<u>Fecha</u>	<u>Refª</u>	<u>Juzgado</u>	<u>número</u>
8.6.2005	30	Oviefo	1
27.6.2005	AC/2006/266	Barcelona	3
5.7.2005	AC/2005/1148	Madrid	1

14.7.2005	65	Sevilla	1
13.6.2007	158	Palma de Mallorca	1

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II, vol 2ª, 7ª ed., Barcelona, 1982.
- *Derecho civil*, t. II, vol. 1º, 2ª ed., Barcelona, 1989.
- ALONSO SÁNCHEZ, B., *La protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993.
- *Derecho concursal y fianza*, Poder judicial, núm. 31, septiembre, 1993
  - *Comentario a la STS de 24 de enero de 1989*, CCJC, núm. 19, 1989.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derechos reales*, t. II, Madrid, 1987.
- AMORÓS GUARDIA, *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990.
- ANTONIO LEDESMA, *Los privilegios marítimos*, Madrid, 1995.
- ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 6ª ed. vol. II, Coimbra, 1995.
- *Código civil anotado*, vol. I, art. 1 a 761, Coimbra, 1987.
- ARCOS VIEIRA, M.L., *Comentario al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho foral civil de Navarra*, Pamplona, 2002.
- ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- ARNAU RAVENTOS, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el art. 1213 del Código civil*, Barcelona, 2000.
- ARTHOZOUL, V., *Le cautionement dans le redressement*,
- AUBRY / RAU, *Droit civil français*, t. VI, 7ª ed., por PONSARD / DEJEAN DE LA BATIE, 1975.
- BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bologna, 1987.
- BADENAS CARPIO, J.M. / BOLDÓ RODA, C., *Comentario al art. 59 LC*, en *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004.
- BAUDRY-LACANTINERIE/WAHL, *Trattato teorico-practico di Diritto civile*, t. XXIV, *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, Milano, s.d.
- BELLIDO ASPAS, M., *Acciones de relevación y cobertura de la fianza en los supuestos de quiebra, concurso e insolvencia del deudor garantizado*, Cuadernos de Derecho judicial, Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal, 1991.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La reforma del Derecho concursal*, Cuadernos de Derecho y Comercio, Madrid, 1997.

BEQUE / CABRILLAC, *Revue trimestrielle du Droit commercial*, 1967.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigido por Manuel Albaladejo, t. XVI, 1ª ed., Madrid, 1980.

BERMEJO GUTIERREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002.

BEUDANT / LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de Droit civil française*, t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, por VOIRIN, 1948.

BETANT ROBET, *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, *Reveu trimestrielle de Droit civil*, 1974.

BIANCHI D'ESPINOSA, *Sull'art. 1957 CC, e sulla applicabilità all'avallo, en Banca, Borsa e titoli di credito*, 1950.

BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de Derecho mercantil*, Madrid, 1917.

BO, Voz "Fideiussione" en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V., Torino, 1938.

BONAFONTE, P., *Corso di Dirritto romano*, vol. 4º, Milano, 1979.

BONELLI, G., *Del fallimento*, t. VIII del *Comentario al Codice di Commercio*, v. I, Milán, 1938.

BONET RAMÓN, F., *Q. Mucius Scaevola, código civil comentado y concordado*, t. XXVI, vol. 2º, Madrid, 1951.

BOZZI, *Trattato di Diritto privato*, t. V, Torino, 1985.

BRASILEO, *Obligazione en Novísimo Digesto italiano*, t. XI,

BROCA Y MAJADA, *Práctica procesal civil*, t. IV.

BRUNETTI, G., *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932.

CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Madrid, 1988.

CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûrestés*, París, 1990.

CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores, excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980.

CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984.

CAMPOGRANDE, *Fideiussione, Digesto italiano*, XI, 2, Torino, 1926.

- *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993.
- CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación*, Madrid, 1996.
- CARBONNIER, *Droit civil IV*, 10ª ed., París, 1979.
- CARPIN MARTIN, R., *Estudios de Derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.
- *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARTÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002.
- CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.
- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. IV, 9ª ed., Madrid, 1969.
- *Derecho civil español común y foral*, t. III, 12ª ed., Madrid, 1978.
- *Derecho civil español común y foral*, 15ª ed., Madrid, 1993.
- CERDÁ ALVERO, F., *El presupuesto objetivo del concurso*, Revista jurídica de Catalunya, monogràfic Llei Concursal, núm. 4, 2004.
- CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. II, 2ª ed., Madrid, 1989
- CIAN, G. y TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile*, Pádova. 1989.
- CLEMENTE MEORO, *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991.
- COLIN – CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1987.
- *Curso elemental de Derecho civil. Garantías personales y reales*, anotado por DE BUEN, t. V, 3ª ed. revisada por MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1982.
- CORDERO LOBATO, E., Cuadernos civitas de jurisprudencia, núm. 40, 1996.
- *Sentencia de 6 de octubre de 1996. Hipoteca en garantía de obligación ajena; inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes*, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia, núm. 40, enero/marzo, 1996.
- *Comentario al art. 87, Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004.

CORSI, La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile con i principi del Diritto romano, con la dottrina e la giurisprudenza, Catania 1891.

COSSIO, *Instituciones del Derecho civil*, t. I, Madrid, 1975.

COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

CHEVALLIER, *Revue trimestrielle de Droit*, 1965.

DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930.

DE LA CÁMARA, *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como Derecho real*, RPD, 1949.

DE LA RICA, *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca*, AAMN, 1948.

DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. VI, Bruselles, 1953.

DEL OLMO GARCÍA, *Pago del tercero y subrogación*, Madrid, 1998.

DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ BERDEJO, t. II, vol. II, Barcelona, 1979.

- *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ BERDEJO, t. II. vol. III, 2ª ed., Barcelona, 1986.

DERRIDA, *Encyclopédie Jurídique Dalloz. Droit civil*, VI, 2ª ed., París, 1975.

DERRIDA / GODÉ / SORTAIS, *Redressement et liquidation*, 3ª ed., nº 541.

DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1950.

DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Madrid, 1993.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol 1º, 2ª ed., Madrid, 1983.

- *El pago anticipado*, Revista de Derecho mercantil, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre, 1959.

- *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4ª ed., Madrid, 1984

DIEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1995.

DISTASO, N., *Il mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Azione surrogatoria. Azione revocatoria. Sequestro conservativo*, Turín, 1973.

ENNECCERUS / LEHMAN, *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol. 1º y 2º, Barcelona, 1966.

FALCON, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 5ª ed., Barcelona, 1897.

FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974.

FINEZ RATÓN, J.M., *La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (estudio del art. 1852 del C.c.)*, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 614, enero-febrero, 1993.

FRAGALI, “*Della Fideiussione*” *Comentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto – Delle obbligazioni, (art. 1936 a 1959), Bologna-Roma, 1968.

- *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII, 1968.

- *Comentario del Codice civile*, Roma, 1968.

FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Le garanzie personali*, vol. I, Pádova, 1962.

GALÁN CORONA, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1984*, CCJC, núm 6.

GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, reimpresión de la edición de Madrid 1952, Barcelona, 1973, Zaragoza, 1974.

- *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, 1852.

GIL RODRÍGUEZ, J., *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, Madrid, 1988.

GONZALO DE LAS CASAS, *Diccionario General del Notariado de España*, t. II, Madrid, 1953.

GORLA, G., *Comentario del Codice civile, tutela dei diritti*, libro 6ª, art. 2470-2899, Bologna, 1954.

- *Le garanzie reali dell obbligaciones*, Parte generales, Milán, 1935

GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980.

- *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990.

- *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV-2º, Madrid, 1983.

- “*Comentario al art. 1843*”, en, *comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- *Comentario al art. 87 de la Ley Concursal*, Comentarios a la legislación concursal, Valladolid, 2004.

GUILLOUARD, *Traité du cautionnement et des transactions*, París, 1894.

GULLON BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968.

- *Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional*, La Ley, 1989.

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, Madrid, 1984.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. V, reimpresión de la 1ª ed., Madrid, 1869.

HEDEMANN, J.W., *Tratado de Derecho civil*, III, Madrid, 1958.

HERNÁNDEZ GIL, *La solidaridad en las obligaciones*, RDP, 1946.

HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983.

JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif française*, t. II, 2ª ed., París, 1993.

JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2ª ed., París, 1987.

- *Cautionnement en Encyclopedie Juridique Dalloz. Droit civil*, II, 1ª ed., París, 1970.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *La causa en los contratos de garantía*, RCDI, 1981, vol. 1.

- *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1º, Barcelona, 1977

- *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1º, 3ª ed., Barcelona, 1994.

- *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, 2ª ed., Barcelona, 1986.

LALAGUNA DOMINGUEZ, *Los sujetos del pago*, Madrid, 1985.

LAMBERET, *Du bénéfice de cession d'actions en droit romain*, París, 1881.

LARENZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid, 1958.

LAURENT, *Principii di Diritto civile*, 2ª edi., vol. XXVIII, Milano.

LE CANNU, P., *Enterprises en difficulté. Prevention, redressement et liquidation judiciaires*, París, 1994.

LÓPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Desarrollo práctico del procedimiento tras su reforma por la Ley 14 de mayo de 1986*, Barcelona, 1987.

MACHADO PLAZAS, J., *Convenio concursal y fianza*, Madrid, 2001.

MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Papua, 1970.

MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, ed. 6ª, revisada por Gómez Isabel, Madrid, 1973.

- *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Madrid, 1967.

- *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 1º, 6ª ed., Madrid, 1967.

- *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, Madrid, 1950.
  - *Comentarios al Código civil español*, t. VII, Madrid, 1901.
- MARTY-RAYNAUD / JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2ª ed., París, 1987.
- MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. 3º, vol. 1, Sûretés-publicité foncière, 5ª ed., París, 1977.
- MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1979.
- MESTRE, *La subrogation personnelle*, París, 1979.
- MONTES PENADES, *De las obligaciones a plazo. Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XV, vol. 1º y 2º, Madrid, 1981, Madrid, 1989.
- MONTES, V., *El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal*, Anuario de Derecho concursal 1, 2004.
- MORENO QUESADA, L., *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987.
- *De la rescisión de los contratos*, en *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCIA, t. XVII, vol. 2ª, Madrid, 1981.
- MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979.
- MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código civil*, t. XXVIII, redactado por Eugenio Vázquez Gundín, Madrid, 1953.
- *Código civil comentado y concordado*, t. XIX, Madrid, 1957.
- MUÑOZ PLANAS, V., / MUÑOZ PAREDES, *RDM*, 250, 2003.
- ORDUÑA MORENO, *La insolvencia: análisis de su concepto jurídico y concreción de su régimen jurídico*, Valencia, 1994.
- PACIFI MAZZIONI, *Instituzioni di Diritto Civile italiano*, t. V, vol 2º.
- PALUMBO, *La concessione d'ipoteca da parte del terzo*,
- PECHER, *Münchener Kommentar BGB*, München, 1984.
- PELLEGRINI, *Comentario del Codice civile*, diretto AMELIO/FINCI/BARBERA, I, *Obligazione*, Firenze, 1940-1947.
- PELLEGRINO, F., *Lo stato di insolvenza*, Papua, 1980.

PENDON MENDEZ, *Estudios sobre la ley concursal, libro homenaje a Manuel Olivenza*, t. III, Madrid, 2005.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, t. II, 3ª ed., Madrid, 1999.

PERDICES HUETOS, A.B, *Fianza y concurso. Las garantías personales en la ley concursal*, Estudios de Derecho concursal, 1ª ed., Navarra, 2005.

PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985.

PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Traducción y notas al *tratado de Derecho civil de ENNECCERUS /LEHMAN*, t. II, vol. 1º y 2º, Barcelona, 1966.

PIGEONNIÈRE, *Cours de Droit civil français*, t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, 1948.

PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. I, art. 1 a 761, 4ª ed., Coimbra, 1987.

PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2ª ed., « Cautionnement », por SAVATIER, París, 1954.

- *Tratado práctico del Derecho civil francés*, t. XI, La Habana, 1946.

POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, t. I. vol 2º, Barcelona, 1878.

- *Tratado de las obligaciones*, t. II, Barcelona, 1978.

- *Traité des obligations*, vol. I y II, Barcelona, 1974.

- *Oeuvres de POTHIER. Traité des obligations*, anotées et mises en corrélation par M. BURNET, t. 12º, París, 1848.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol II, 2ª ed., Barcelona, 1982.

- *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, Barcelona, 1989.

PUIG FERRIOL, *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, vol. II, Madrid, 1976.

PUIG PEÑA, *Instituciones de Derecho civil I*, Madrid, 1975.

- *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. II, Madrid, 1946

RAMÍREZ LÓPEZ, J.A., *Derecho concursal Español. La quiebra*, t. II, Barcelona, 1959.

RAVAZZONI, *La fideiussione*, 3ª edición, Milano, 1975.

- *Novissimo Digesto italiano*, VII, Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, Torino, 1961.

- *Le ipoteche. Trattato di Diritto privato*, t. XX, Turín, 1985.

- Voz “Fideiussione” en *Nuovo Digesto italiano*, 1957
- REDENTI, *Dizionario pratico del Diritto privato*, diretto da MARIOI, vol. III, parte I, Milano, 1923.
- REYES LÓPEZ, *Algunas consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 del Cc, ADC*, t. XLI, fascículo I, enero-marzo, 1988.
- ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IV, vol. 1º, 7ª ed., Barcelona, 1979.
- RODRÍGUEZ ALTUNAGA, R., *Derecho mercantil*, Madrid, 1917.
- ROJO FERNÁNDEZ-RIO, *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1986.
- RUBINO, D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare; en Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol XIX, Milano, 1956.
- SAGREGA TIZÓN, J.M., *Alcance de la fianza prestada al acreedor incluido en la relación definitiva de acreedores de la suspensión de pagos*, en *Estudios de Derecho concursal*, Barcelona, 1988.
- SALA REIXACHS, *La terminación de la quiebra y el convenio concursal. Impugnación. Tramitación. Efectos. Rescisión*, Barcelona, 2000.
- SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil II. Títulos valores. Contratos mercantiles. Derecho concursal y marítimo*, 20ª ed., Madrid, 1998.
- SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. IV, Madrid, 1973.
- SANTAMARIA, *Comentarios al Código civil II*, Madrid, 1958.
- SATTA, *Diritto Fallimentare*, 2ª ed., Padova, 1990.
- SIGALAS, *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale, et changeaire*, Aix, 1959.
- SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., París, 1991.
- Voz “Cautionnement”, en *Juris Classeur civil*, art. 2034-2039, fasc. J.
- Voz, «Cautionnement», en *Juris Classeur civil*, actualización, 1990.
- SIMONETO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985.
- SUSO VIDAL, *El Derecho de regreso entre coavalistas de créditos bancarios: especial consideración del supuesto de pago voluntario al acreedor por parte de uno de ellos*, RDM, 1980.
- STAUDINGER-BRÄNDL, *kommentar zum BGB*, 11ª ed., 1959.

- STEIN, *El conocimiento privado del juez*, (traducción de Andrés de la Oliva Santos), editorial Temis, Bogotá, 1988
- VATTIER FUENZALIDA, *Notas sobre la subrogación personal*, R.P.D., 1985.
- VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1934.
- URIA, *Derecho mercantil*, 27ª ed., revisada con la colaboración Mª Luisa Aparicio, Madrid, 2000.
- UMLER, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Besonderer Teil 2*, Halbband (657-853), München, 1980.
- TATO PLAZA, *La subrogación del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Valencia, 2002.
- TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad del cedente por la insolvencia anterior y pública del deudor cedido, en estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Tejerio*, t.II, Valencia, 1994.
- TRABUCCI, *Comentario breve al Codice civile*, Milano, 1981.