

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988)

Por BEATRIZ ALONSO SANCHEZ

Profesora Ayudante de Derecho civil.

Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha. Albacete

SUMARIO.—I. CONTENIDO DE LA FIANZA. ALCANCE, EXTENSION Y LIMITES DE LA OBLIGACION FIDEIUSORIA.—A) *Consagración jurisprudencial del principio de no presunción de fianza.*—1. Carácter expreso de la fianza.—2. Supuestos de fianza inexistente.—B) *La fianza y otros contratos de garantía atípicos; relación de afinidad entre ellos. Especial consideración de la fianza mercantil y aval cambiario.*—C) *Validez de la obligación afianzada.*—D) *Fianza de obligación futura.*—E) *Obligación fideiusoria sometida a término.*—II. AFIANZAMIENTOS ESPECIALES POR SU OBJETO.—III. CONTRATO DE FIANZA.—A) *Caracteres de la fianza contractual.*—1. Unilateralidad y consensualidad.—2. Accesoriedad y subsidiariedad.—3. Onerosidad y gratuidad.—B) *Interpretación de las cláusulas del contrato de fianza.*—IV. VICISITUDES DE LA OBLIGACION GARANTIZADA.—A) *Prórroga.*—B) *Novación.*—C) *Extinción de la obligación fideiusoria por extinción de obligación principal.*—D) *La dación en pago.*—E) *Cesión del crédito garantizado.*—V. ASPECTOS PROCESALES DE LA FIANZA.—A) *Formas de articular las reclamaciones el acreedor ante el incumplimiento de la obligación afianzada.*—B) La excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—C) La excepción de cosa juzgada.—VI. EXCEPCIONES DEL FIADOR BASADAS EN LA RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR.—A) *Perjuicio en la subrogación.*—B) Negligencia en la excusión.—VII. SUBROGACION DEL FIADOR POR EL PAGO EN LOS DERECHOS DEL ACREEDOR.—VIII. BENEFICIO DE EXCUSION.—IX. CONSECUENCIAS PARA LA OBLIGACION FIDEIUSORIA DE LA DECLARACION DE QUIEBRA O CONCURSO DEL DEUDOR PRINCIPAL.—X. SOLIDARIDAD EN LA FIANZA.—A) *Fianza solidaria.*—B) *Cofianza solidaria.*—XI. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR AFIANZAMIENTO UNILATERAL.

I. CONTENIDO DE LA FIANZA. ALCANCE, EXTENSION Y LIMITES DE LA OBLIGACION FIDEIUSORIA

A) Consagración jurisprudencial del principio de no presunción de fianza

1. *Carácter expreso de la fianza*

Al analizar la jurisprudencia emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo referida a las distintas cuestiones que en materia de fianza ha tenido oportunidad de pronunciarse, se hace obligado comenzar la exposición haciendo referencia a los principios y caracteres que legalmente configuran esta modalidad de garantía personal y de qué forma han ido consagrándose y perfilándose en las resoluciones dictadas por el Alto Tribunal.

De la normativa contenida en el Título XIV del Libro IV del Código civil, artículos 1.822 a 1.856, destinada a la regulación de la relación jurídica de fianza, destaca principalmente, a la hora de determinar su alcance y contenido, lo preceptuado en el párrafo 1.º del artículo 1.827 que, de manera explícita, consagra el principio de no presunción de fianza al declarar que la fianza no se presume y que debe ser expresa, no pudiendo extenderse a más de lo contenido en ella.

Este carácter expreso de la fianza, en mi opinión, es una cuestión que directamente va referida a dos exigencias que necesariamente han de concurrir en la misma, y que son:

a) la necesidad de que conste fehacientemente la voluntad del fiador de garantizar el crédito de que se trate, y

b) la de ser preciso que efectivamente nos encontremos ante un supuesto de fianza, lo que imposibilitaría que se catalogara como tal algunas hipótesis de fianza inexistente que, por la afinidad que pueden tener con la misma, pueden inducir a error.

Aún partiendo de distintos fundamentos, es unánime la doctrina al considerar como presupuesto obligado que las declaraciones emitidas por el presunto garante contengan de manera clara e inequívoca su intención de asegurar el cumplimiento de la obligación a que la fianza vaya referida. Como se observará más adelante, al analizar la doctrina contenida en la sentencia de 23 de marzo de 1988, no sólo debe ser expresa la voluntad de afianzar, sino que también debe ofrecer ese carácter la aceptación por el acreedor de la fianza ofrecida.

Abundan los recursos de casación motivados en una presunta inaplicación al caso del artículo 1.827 del Código civil, al considerar los recurrentes como no producida una fianza de naturaleza civil o como

extendida la responsabilidad del fiador a más de lo contenido en el contrato de fianza. Las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 17 de junio de 1985, 31 de enero de 1986 y 17 de septiembre de 1987 llegan a la misma solución desestimatoria en base a considerar que en los supuestos planteados no concurrió infracción al párrafo primero del artículo 1.827 del repetido Código al constar de manera expresa en los documentos de afianzamiento la intención de los contratantes y la extensión de la responsabilidad asumida por el fiador en los mismos. Así, la citada sentencia de 31 de enero de 1986 afirma como «...no puede dudarse del carácter de fianza de naturaleza civil de la que prestó en el aludido documento el recurrente en favor de su hijo codemandado, en términos concretos que claramente delimitan su extensión y efectos, de modo que puede considerarse una manifestación de voluntad expresa por parte del fiador, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 1.827 del Código civil...».

Especial atención merece en este tema la doctrina consagrada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de diciembre de 1985 que, haciendo un exhaustivo análisis del artículo 1.827 y de las consecuencias que de lo en él preceptuado se derivan, concluye diciendo que «...la declaración constitutiva de fianza ha de ser clara y no puede basarse en expresiones equívocas...». A esta conclusión llega el Tribunal Supremo después de dejar sentada, por un lado, la afirmación de que «...el compromiso del emisor tiene repercusiones sólo en un orden estrictamente moral cuando se trata de expresiones declarativas, sin otro alcance, y como tales limitadas a la afirmación de un hecho o a la manifestación de un parecer...», y de estimar, por otro lado, que «...las declaraciones meramente enunciativas carecen de obligatoriedad, ni aun invocando el elemento de la buena fe...».

Además, en aquellos casos en los que el garante viene a ser una sociedad legalmente constituida, no basta la constancia expresa de la voluntad de afianzar, sino que se precisa, asimismo, que dicha declaración de voluntad sea emitida por aquella persona u órgano societario que estuviere legitimado para ello. De ahí que la sentencia ya analizada de 16 de diciembre de 1985 establezca al respecto que «...a no ser que en el objeto social conste expresamente la posibilidad de afianzar o que el Consejo de Administración tenga conferida en los Estatutos tal facultad, habrá de ser la Junta General de Accionistas de la sociedad el órgano que deba autorizar el afianzamiento...».

2. *Supuestos de fianza inexistente*

Como he señalado anteriormente, el carácter expreso de la fianza como manifestación del principio de no presunción de la misma, obliga a considerar como convenida la fianza sólo en aquellos supuestos

en los que de manera inequívoca pueda catalogarse la situación jurídica creada como generadora de una obligación fideiusoria dependiente y subordinada respecto de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza. Nota de accesoriedad que al no concurrir en los supuestos planteados ante el Tribunal Supremo han dado base a la desestimación de los recursos de casación interpuestos dada la imposibilidad de estimar como producida una relación jurídica de fianza.

Así, la sentencia de 24 de febrero de 1984 concluye señalando que «...la circunstancia de que la sentencia objeto de recurso no tenga su apoyo... en una situación de fianza asumida..., sino en una obligación directa concretada... excluye la mera situación de fiador en lo que se contrae a dichas entidades en orden a la obligación de pago de que se trata, y, por tanto, excluyente de aplicación al caso de los aspectos de no presunción de existencia de fianza y de su no secuencia de solidaridad de ella en cuanto no se convenga expresamente...».

Por su parte, la sentencia de 4 de junio de 1985, de manera tajante, afirma que «...no cabe admitir existente contrato alguno de fianza entre quienes son evidentemente deudores en la misma posición jurídica frente al acreedor, como claramente se deduce del expresado documento privado...».

Finalmente, es de destacar la doctrina contenida en la sentencia de 26 de diciembre de 1986 al estimar que «...el recurrente parte del equívoco de configurar como de contrato de fianza la realización jurídica que liga a las partes y que justifica la reclamación objeto de litis..., no encontrándonos ante una obligación accesoría, sino principal, que tiene existencia por sí propia...».

B) La fianza y otros contratos de garantía atípicos; relación de afinidad entre ellos. Especial consideración de la fianza mercantil y aval cambiario

La doctrina moderna, respondiendo a las exigencias y soluciones aparecidas en el ámbito de la contratación civil y mercantil, ha ido desdibujando nuevas figuras de garantía personal que se escapan en su tratamiento jurídico de la tipicidad de esta clase de garantías constituidas tradicionalmente en torno al aval cambiario y a la fianza.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tomado en consideración las experiencias dadas en el tráfico cambiario y, haciéndose eco de las modernas orientaciones doctrinales, ha ido perfilando o al menos reconociendo en sus resoluciones la aparición de nuevas figuras de garantía personal. De este modo, en la sentencia de 11 de julio

de 1983, tras plantearse la problemática actual de las garantías personales y partiendo de los casos que un estudio sociológico sobre el tema podría mostrar, llega a señalar que «...frente a una visión tradicional que pudiera reconducir las garantías personales a las obligaciones cambiarias o a fianza, ofreciendo nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia..., como son las garantías escritas y prestadas por los Bancos en favor del cliente, o bien las concurrentes en préstamos, aperturas de crédito y otras formas de financiación bancaria, las actividades de garantías prestadas por las sociedades de garantía recíproca o por los terceros garantizando el cumplimiento de los convenios de suspensión de pagos, los establecidos en el campo administrativo, singularmente en los ámbitos fiscal y de aduanas, las garantías denominadas de primera solicitud en el campo internacional, en el aspecto procesal, en que, juntamente con la tradicional fianza, han aparecido las garantías bancarias, como el aval específicamente constatado en el procedimiento penal de urgencia...».

Pero lo importante a destacar del estudio jurisprudencial llevado a cabo en torno a esta cuestión es la acuñación por el Tribunal Supremo de un concepto de «aval en sentido amplio» no sujeto a las normas de la fianza sin ser tampoco aval cambiario. En estos términos se pronuncia la meritada sentencia de 11 de julio de 1983 y la posterior de 17 de junio de 1985 que, reproduciendo literalmente la precedente de 21 de marzo de 1980, precisa que «...no siempre el aval ha de ser considerado como afianzamiento privativo del contrato de cambio, sino en un sentido más amplio, como contrato de garantía, de cumplimiento de otros contratos y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se cree en ese momento, otorgándosele carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, fuera de cuyos supuestos obliga a todo lo que naturalmente se derive del acto o convenio avalado...».

En relación con esto, Delgado Echevarría, comentando la sentencia ya mencionada de 11 de julio de 1983 (Cuadernos *Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 3, pág. 870), plantea el problema crucial de definir en qué consiste este «aval amplio» y en qué se diferencia de la fianza, apuntando el riesgo que supone la utilización retórica del «aval en sentido amplio» o del «contrato atípico de garantía personal» para eludir, sin control posible, las reglas del contrato típico de fianza.

De las diversas figuras de garantía personal que pueden calificarse de afines a la fianza, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las denominadas «cartas de confort» o cartas

de patrocinio en la sentencia de fecha 15 de diciembre de 1985. Parte el Alto Tribunal de la idea de semejanza de esta garantía con la fianza cuando dice que «...las denominadas con diversa terminología, y más usualmente «cartas de confort», responden al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza, mediante la cual el emisor contrae una obligación accesoria de indemnizar en beneficio del acreedor para el evento de que el deudor principal incumpla lo pactado en sus relaciones con el segundo...». De otro lado, sienta la afirmación de que «...la situación propia de sociedad matriz y sociedad filial es el ámbito específico de desarrollo de las «cartas de confort», y esa situación es diferente de la posición de accionista mayoritario...». Finalmente, y respecto de la cuestión que nos ocupa, también destacar que para el Alto Tribunal «...no existe “letter of confort” si el emisor no asume obligaciones sobre apoyo financiero de la sociedad matriz a la filial, ni contrae deberes positivos de cooperación, a fin de que la compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero...».

Crítica Santiago López Uriel, al comentar la sentencia referida (Cuadernos *Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 10, pág. 3320), el planteamiento realizado por el Tribunal Supremo en lo aquí transcrito, al considerar inadmisibles la semejanza que declara el juzgador. Para dicho autor, hablar de dicha semejanza sería posible si con ello se quiere dar a entender que fianza y carta de patrocinio se comprenden en un sentido amplio de garantía personal, señalando, por otro lado, como es unánime la opinión que califica las cartas de patrocinio de figura cuya naturaleza y función son de garantía, siendo sólo en este sentido y medida «semejante» a la fianza.

Finalmente, vamos a intentar delimitar el concepto de fianza civil de los de *fianza mercantil* y *aval cambiario* partiendo del análisis de aquellos supuestos controvertidos que han sido planteados ante el Tribunal Supremo y de los fundamentos que han servido de apoyo a su Sala Primera a la hora de calificar como fianza de naturaleza civil la garantía convenida entre las partes a pesar de la existencia, en principio, de un aval cambiario suscrito por el garante.

En todos los casos en los que se ha pronunciado el Tribunal Supremo parte éste de considerar como operada una desnaturalización del aval cambiario; desnaturalización del aval que el Alto Tribunal basa en distintas razones que a continuación se exponen. Son las siguientes:

1.º) El aval deja de ser cambiario cuando se priva a la letra de alguna de sus características normales (sentencia de 17 de junio de 1985). El Tribunal Supremo reconoce que el aval puede estar limitado sin dejar por ello de ser cambiario, pero al fundamentar su deci-

sión parte de cual sea la voluntad contractual que en el caso planteado estima dirigida al afianzamiento, no de la letra en sí, sino de la obligación preexistente. Para llegar a esta solución tiene en cuenta, por un lado, el hecho de que en el contrato se prive a la letra de una de sus características normales como es la transmisibilidad, dejándola reducida a mero instrumento o documento garantizador de un aval o fianza personal, y considerando, por otro lado, que al añadirse en el contrato la nota de «no solidaridad» se alejaba de la estricta fianza cambiaria constituida por el aval, en el que no se dan los beneficios de excusión y división.

2.º) Actos posteriores del garante que de manera inequívoca conducen a determinar el verdadero alcance y naturaleza de la garantía prestada. Tanto en la sentencia de 11 de enero de 1983 como en la de 31 de enero de 1986, el Alto Tribunal parte de considerar que las letras de cambio han perdido su carácter cambiario para pasar a ser simples documentos probatorios, y estima que el afianzamiento no iba referido al pago de las letras de cambio, sino al de la deuda a que obedeció su giro. A estas conclusiones llega después de valorar una serie de documentos suscritos por los garantes con posterioridad a la emisión de las cambiales y de los que cabe deducir el verdadero alcance de la responsabilidad asumida. Así, en la sentencia citada de 31 de enero de 1986 afirma como «...no puede dudarse del carácter de fianza de naturaleza civil de la que prestó en el aludido documento el recurrente en favor de su hijo codemandado, en términos concretos que claramente delimitan su extensión y efectos, de modo que puede considerarse una manifestación de voluntad expresa por parte del fiador...».

3.º) Quedar perjudicada la letra de cambio por faltarle alguno de los requisitos que el Código de Comercio exige para que la letra, como tal, pueda surtir efecto en juicio (sentencia de 11 de julio de 1983). El Tribunal Supremo, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 450 del Código de Comercio, señala que al perder la letra su validez como instrumento de crédito mercantil pasa a integrar otra clase de título, siendo una especie de pagaré a favor del tomador y a cargo del librador. Se cuestiona en la mencionada sentencia si extinguida la acción cambiaria frente al avalista subsistirá contra él una acción de Derecho civil, a lo que el Tribunal Supremo contesta de modo afirmativo, pues tras incluir el supuesto planteado dentro del concepto de «aval en sentido amplio» a que hemos hecho referencia, proclama que al omitirse en la cambial la expresión del nombre y apellido, razón social o título de aquél a cuya orden se mandaba hacer el pago, la entidad avalista se obligaba a todo lo que naturalmente se derive del acto o convenio avalado.

C) Validez de la obligación afianzada

Consecuencia lógica de la nota de accesoriedad que acompaña a la fianza es lo preceptuado en el párrafo primero del artículo 1.824 del Código civil al afirmar que «la fianza no puede existir sin una obligación válida». Precepto de interpretación clara cuyo fundamento sin lugar a dudas radica en la propia finalidad perseguida por la fianza de garantizar de forma subsidiaria la satisfacción del interés del acreedor; interés que no sólo ha de ser legítimo, sino que, además, ha de existir realmente en el momento de formalizarse la prestación de esta garantía personal.

En los últimos seis años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo en una ocasión se ha pronunciado éste acerca de la necesaria validez de la obligación principal como presupuesto de eficacia de la obligación fideiusoria. En la sentencia de 17 de septiembre de 1987 el recurrente reprocha la infracción del párrafo 1.º del artículo 1.824 argumentando al efecto que en la fecha de prestación del aval no existía la obligación garantizada al haberse hecho entrega de lo vendido y cobrado su precio con anterioridad. Se desestima el recurso en base a considerar el Tribunal Supremo que «...no hubo infracción al párrafo primero del artículo 1.824 del texto civil, toda vez que al pactarse la entrega y cobro de los cheques en función de garantía de la consecución del aval y devolverse el importe de los mismos al obtenerse y recibirse el aval, resulta evidente que no dejó de subsistir la obligación que garantizaba el precio de la operación de compra-venta...».

D) Fianza de obligación futura

La posibilidad de que puedan ser objeto de afianzamiento obligaciones futuras aparece contemplada en el artículo 1.825 de nuestro texto civil al preceptuar que «puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida». El problema que plantea la interpretación del precepto es el de determinar qué debemos entender por obligaciones futuras, es decir, si se está refiriendo exclusivamente a aquellas obligaciones ya nacidas pero ilíquidas, o si comprende también aquellas obligaciones realmente futuras en las que todavía no está vinculado un deudor principal. Veamos seguidamente cuál es la posición mantenida por nuestro Tribunal Supremo respecto de la cuestión planteada.

Sumamente significativa es la sentencia de fecha 20 de febrero de 1987 en la que explícitamente se plantea la problemática del afianzamiento por deudas futuras y, en concreto, si la obligación del fia-

dor de responder por deudas que puede contraer el afianzado nace en el momento de la prestación de la fianza o si sólo se origina en la fecha en que ya existe una deuda exigible al obligado principal. La solución aportada por el Tribunal Supremo, reiterando la doctrina sancionada en sentencias anteriores, es la de considerar «...que es válida la garantía de una deuda futura de cuantía desconocida e incierta cuando existe la obligación de la que puede derivar, al ser susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones cualquiera que sea su objeto, incluso las deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, aunque, como dispone el citado artículo 1.825, no se puede en tal caso reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, o sea, hasta que la deuda esté completamente determinada...». De la doctrina aquí reflejada cabe deducir las siguientes conclusiones:

1.º) Para el Alto Tribunal es preciso que el nacimiento de la obligación principal preceda a la constitución de la fianza. Aunque admite la posibilidad de afianzar deudas futuras de cuantía desconocida e incierta exige que «exista la obligación de la que puede derivar (la garantía)...».

2.º) Además cabe extraer implícitamente del contenido de la meritada sentencia que para el Tribunal Supremo la obligación futura que se afianza habrá de estar suficientemente determinada, o, al menos, sea determinable sin necesidad de nueva declaración del fiador y del acreedor; conclusión ésta que puede desprenderse del párrafo final transcrito, «hasta que la deuda esté completamente determinada...».

De otro lado, en la sentencia de 31 de octubre de 1984 el Tribunal Supremo estima que en los supuestos de afianzamiento de obligaciones futuras no puede entrar en juego la aplicación del artículo 1.851 del Código civil relativo a la extinción de la fianza por prórroga concedida al deudor sin el consentimiento del fiador, y aquí señala que «...la norma citada, que sin duda hace referencia a la concesión de un nuevo término para el pago de la prestación debida, requiere un inequívoco aplazamiento, que no se producirá cuando la garantía concierne a operaciones indefinidas y futuras...», haciendo mención de sentencias precedentes que, en torno a esta cuestión, se manifiestan en el mismo sentido.

E) Obligación fideiusoria sometida a termino

Es práctica usual en el ámbito de la contratación civil y mercantil el hecho de que un tercero ajeno a la obligación, principalmente una entidad bancaria, preste su aval para responder de manera genérica de todas las operaciones contraídas por el afianzado que pudieran

derivarse de la obligación por él asumida con el acreedor, como sucede, por ejemplo, en un contrato de suministros de mercancías. Este es el supuesto contemplado en la sentencia de 26 de junio de 1986 con la particularidad en este caso de encontrarse fijado en el aval el alcance temporal de la obligación fideiusoria, limitándose la entidad bancaria avalista a responder de los suministros de materiales efectuados en el plazo de un año. Habiendo sido condenado el Banco avalista por su obligación subsidiaria, recurre en casación la sentencia sobre la fundamental argumentación de que, al tiempo de la reclamación judicial, el aval había caducado. El Tribunal Supremo parte de considerar como hechos ciertos y probados que hubo un requerimiento notarial de pago al avalista en fecha anterior al vencimiento de la obligación del Banco, siendo posteriores a dicha fecha tanto la celebración del acto de conciliación como la subsiguiente interposición de la demanda. A pesar de ello, la solución del Alto Tribunal es desestimatoria de la pretensión del recurrente, pues, partiendo de la distinción entre caducidad y prescripción, estima referida la primera al plazo de vigencia de la garantía que cubre operaciones en dicho plazo, aunque la reclamación judicial se haga posteriormente, puesto que, como señala en la mencionada sentencia, «...hasta el término de su vigencia podrían realizarse operaciones que requerirían una reclamación lógicamente posterior...». En base a las razones apuntadas, termina señalando el Tribunal Supremo cómo el supuesto planteado «...no ofrece elementos de interpretación que permitan concluir que, antes de finalizar el período cubierto, hubiese el acreedor de reclamar judicialmente...».

II. AFIANZAMIENTOS ESPECIALES POR SU OBJETO

Hay que partir de la idea de que son susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones cualquiera que sea su objeto, como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en muchas de sus sentencias, entre otras, en la ya mencionada anteriormente de fecha 20 de febrero de 1987.

Considerando, por tanto, que el afianzamiento puede comprender todo el complejo contenido contractual a cargo de una de las partes, vamos a analizar seguidamente aquellos supuestos menos corrientes de fianza que merecen ser considerados como especiales en atención al objeto de la obligación garantizada o de la calidad y circunstancias que concurren en el garante de la misma. Entre estos supuestos excepcionales por su casuística, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de conocer y pronunciarse sobre los siguientes que aquí detallamos.

a) *Contrato de fianza por descuento de letras* (sentencia de 11 de junio de 1984). La cuestión que suscita este particular afianza-

miento es la de determinar cuál es la acción que debe de ejercitar el fiador que ha abonado letras no pagadas a la entidad de crédito. La citada sentencia aborda la cuestión manifestando que «...el poseedor físico de una 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 y que garantizaba genéricamente a una entidad bancaria los descubiertos que como consecuencia del descuento de letras u otras operaciones tuviera una entidad a favor de la referida entidad de crédito, por lo que no puede ejercitar las acciones cambiarias contra el aceptante de la letra, sino la derivada del contrato de fianza que corresponde al fiador frente al deudor por quien se ha satisfecho la obligación principal garantizada...». Puntualiza el Tribunal Supremo, al hilo de lo manifestado, que debe entenderse por deudor al tercero por que se obliga a pagar en concepto de fiador, no al deudor de dicho deudor garantizado, puesto que éste es ajeno al contrato de fianza, y de tal negocio jurídico no pueden nacer acciones contra él.

b) *Afianzamiento de un contrato de cesión sobre los derechos y obligaciones derivadas de un contrato de ejecución de obra* (sentencia de 27 de enero de 1984). En este caso, según el Alto Tribunal, la acción ejercitada por el cedente contra los fiadores por incumplimiento de estos últimos de sus obligaciones, no deriva de un contrato de ejecución de obras, no estando sometida, por tanto, al plazo prescriptivo de tres años, como pretenden los recurrentes. Por el contrario, en el considerando cuarto de la sentencia referida, se afirma que «...tal acción no deriva de un contrato de dicha naturaleza, sino de las relaciones obligatorias plasmadas en uno de cesión de derechos y obligaciones, cuyo plazo de prescripción es el de quince años, señalado para las acciones personales en el artículo 1964 del mismo Cuerpo legal...».

c) *Afianzamientos de naturaleza civil suscritos por entidades administrativas* (sentencia de 30 de octubre de 1984). En el primer considerando de la sentencia citada, parte el Tribunal Supremo de considerar que «...la pretensión articulada en la demanda tiende a la efectividad de la fianza solidaria asumida por la Diputación Provincial respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por los prestatarios (personas físicas y jurídicas damnificadas por las inundaciones ocurridas en la provincia de Barcelona), y tal pretensión únicamente podrá estar atribuida al conocimiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos si se entendiese que el contrato de garantía base de la demanda tenía por finalidad la realización de un servicio público, supuesto inaceptable por falta de los requisitos objetivos para ello, ya que la obligación principal es civil y el contrato accesorio de fianza debe participar de la misma naturaleza, aparte de que en ningún caso el defecto de jurisdicción podría fundarse en

el apartado b) del artículo 3 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, pues la cuestión debatida se refiere a responsabilidad contractual, no a la exigencia de responsabilidad patrimonial por el defectuoso funcionamiento de un servicio público...». Continúa señalando el Alto Tribunal que, aun cuando no sea competencia de las Diputaciones Provinciales la posibilidad de avalar créditos a particulares «...se olvida que en este recurso no se trata de decidir si está o no en las atribuciones de las Corporaciones Provinciales el otorgar afianzamiento de obligaciones civiles o mercantiles a personas físicas o jurídicas, sino que lo único trascendente a estos efectos es la realidad de los préstamos y de la correspondiente garantía otorgada por acuerdo de la Diputación, acuerdo administrativo que no consta se haya declarado nulo en vía contencioso-administrativa, única con potestades jurisdiccionales para ello, subsistiendo en consecuencia la fianza y siendo exigible ante los tribunales...».

Resumiendo, el Tribunal Supremo partiendo de la consideración de que la obligación principal asegurada es civil y de que el contrato de fianza, por su carácter accesorio, debe participar de la misma naturaleza, concluye afirmando la competencia de los Tribunales Civiles para conocer y resolver sobre afianzamientos de naturaleza civil suscritos por entidades administrativas, mientras no sean declarados nulos por la jurisdicción contencioso-administrativa.

III. EL CONTRATO DE FIANZA

A) Caracteres de la fianza contractual

1. *Unilateralidad y consensualidad*

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de los presupuestos que necesariamente han de concurrir para que la fianza convencional nazca a la vida jurídica. Entre ellos destacan los derivados del carácter consensual de esta garantía personal, consensualidad que ha sido afirmada con rotundidad por el Alto Tribunal en una sentencia reciente de fecha 23 de marzo de 1988. La doctrina legal que sienta, recogida en el Fundamento 3 de la sentencia referida, precisa que «...al no haber intervenido la sentencia acreedora en el otorgamiento del instrumento (reconocimiento de deuda y afianzamiento), 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 con 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, ha-

llándonos entre tanto ante una mera oferta, que puede ser revocada, de no mediar plazo, al no existir declaraciones de voluntad concurrentes...». Y concluye dicho Fundamento señalando 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, lo que no se produce con una simple manifestación de voluntad recepticia, pues se requiere la conjunción de voluntades...» (sobre esta sentencia, Delgado, *Poder Judicial*, 12, pág. 127, y Guilarte, *CCJC*, 16, pág. 251).

Al señalar el artículo 1.827, en su párrafo primero, que la fianza no se presume y que debe ser expresa, no está exigiendo con ello una forma determinada. Lo que exige es que se haga constar de manera expresa la voluntad de afianzar para que la responsabilidad del fiador quede claramente definida. El problema se plantea a la hora de decidir si, para la perfección del contrato, es preciso que la oferta de afianzamiento realizada por el garante vaya seguida de una aceptación de la misma por parte del acreedor del crédito objeto de afianzamiento y, en caso afirmativo, señalar cuál debe ser la forma que debe revestir dicha aceptación.

Coincide la mayor parte de la doctrina científica en afirmar la necesidad de que el acreedor acepte la garantía personal que se le ofrece y en no considerar preciso ninguna formalidad especial para ello. Algunos autores contraponen la oferta de afianzamiento que debe ser expresa a la aceptación de la misma que consideran puede realizarse de manera tácita, no oponiéndose al ofrecimiento realizado por el garante.

La meritada sentencia, objeto de nuestro análisis, es clara al afirmar que con anterioridad a la aceptación por el acreedor no hay verdadera obligación para el fiador. Estimo, por tanto, que es preciso que la oferta de fianza sea expresa. pero igualmente hay que establecer la conveniencia de una manifestación expresa del acreedor de su voluntad de aceptar la garantía, pudiendo, en consecuencia, ser revocada la oferta en tanto no se haya producido tal aceptación. De ahí que la sentencia que estudiamos no considere materializada la aceptación por lo que se define como «presencia presionante del acreedor», aludiendo al intercambio de correspondencia sobre el hipotético crédito, que no cabe confundir con la aceptación de la garantía (Fundamento 1).

2. *Accesoriedad y subsidiariedad*

En distintos preceptos de nuestro Código civil, entre los que cabe destacar los artículos 1.212 y 1.528, subyace claramente la idea de que las garantías, ya sean reales o personales, son accesorias del cré-

dito. De manera casi unánime viene siendo reconocida por la doctrina científica y por la jurisprudencia esta nota de accesoriedad de la fianza con lo que implica de subordinación o dependencia respecto de la obligación principal a la que garantiza, afectándole de manera directa todas las vicisitudes por las que pudiera atravesar esta última.

Observa Anna Casanovas Mussons cómo la fianza atribuye al acreedor un nuevo derecho de crédito, pero por su función de refuerzo y no de nuevo enriquecimiento, ostentando este nuevo crédito carácter accesorio; accesoriedad, según la autora, que se predica del crédito, no de las obligaciones del fiador, al entender la accesoriedad como función económica entre elementos del activo patrimonial (*La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pág. 10).

También se caracteriza comunmente a la fianza con la nota de la subsidiariedad, aunque atribuyéndolo significados distintos por parte de la doctrina. Para aquellos autores que definen el carácter subsidiario de la fianza en base a la obligación del acreedor de ejecutar al deudor, previamente al fiador (Albaladejo, Puig Peña), la consecuencia que se deriva es la de considerar la subsidiariedad y el beneficio de excusión como una misma cosa. Posición ésta mantenida por el Tribunal Supremo en algunas de sus decisiones al afirmar la incompatibilidad entre subsidiariedad y solidaridad (sentencias de 7 de febrero de 1963 y 28 de septiembre de 1977). Frente a este planteamiento, que ha venido siendo común en la doctrina, otros autores (Guilarte, Delgado) mantienen el criterio de considerar que la subsidiariedad acompaña inseparablemente a la fianza, pueda o no ejercitarse el beneficio de excusión. En este sentido, Ana Casanovas Mussons destaca cómo la subsidiariedad y la solidaridad no son regímenes incompatibles desde el momento en que la solidaridad juega respecto del acreedor y la subsidiariedad se predica frente al deudor afianzado (*La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pág. 16).

Vamos a desgajar ahora la doctrina que, en torno a esta cuestión, ha sentado la Sala Primera del Tribunal Supremo en los últimos seis años. En la sentencia de 13 de marzo de 1987 nos señala el Alto Tribunal una de las posibles consecuencias que se derivan de caracterizar a la fianza con la nota de la accesoriedad, al señalar que «...la naturaleza accesoría del contrato de fianza, al comportar las eventuales consecuencias del cumplimiento de la obligación garantizada en defecto del deudor principal, con los derechos típicos de reembolso y subrogación que determinan los artículos 1.838 y 1.839 del Código civil, impide catalogar el acto de afianzamiento como presidido por un fin de liberalidad y gratuidad...».

Mayor interés, por su relevancia de orden práctico, es la doctrina contenida en la sentencia de 27 de noviembre de 1986, en la que se contempla un supuesto de incumplimiento por el fiador de consti-

tuir depósito, lo que motiva al acreedor a accionar frente al deudor para obtener la resolución del contrato garantizado por incumplimiento del mismo en base a que el deudor se obligó contractualmente a presentar un garante que afianzara el cumplimiento de las obligaciones por él contraídas. Desestima el Tribunal Supremo el recurso argumentando que «...pretender, como la recurrente hace, la resolución del contrato base y principal de compraventa por el cauce de la fianza suscrita..., significaría alterar gravemente en perjuicio de la entidad compradora el sinalagma contractual del contrato base de compraventa..., al tiempo que tal pretensión de la recurrente comportaría la desnaturalización del contrato de fianza, pues con la operatividad que la actora quiere darle a dicho contrato desaparecerían absolutamente las características esenciales y definitorias de toda obligación fideiusoria, que siempre es y ah de ser accesoria y subsidiaria...». Termina señalando la sentencia cómo la acción entablada por el acreedor no puede producir el efecto por él deseado, que ninguna acción o exigencia ha formulado contra el fiador, con relación al cual nunca planteó ni su idoneidad ni su sustitución.

En relación con la doctrina aquí reflejada y en apoyo de la solución ofrecida por el Tribunal Supremo, estimo de interés el planteamiento realizado por Guilarte cuando afirma que hay una dependencia funcional al vínculo fiado, con el que, a diferencia de lo que ocurre en otros casos de accesoriadad, el subordinado no llega nunca a fundirse, siendo posible en todo momento identificar las dos relaciones obligatorias que integran un fenómeno complejo, pero sometidas a un régimen propio y distinto (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pág. 16).

3. *Onerosidad y gratuidad*

Por expresa disposición de lo preceptuado en el artículo 1.823 del Código civil, la fianza podrá ser gratuita o a título oneroso.

Respecto a este tema se pronuncian de manera más o menos directa las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 13 de marzo de 1987 y de 7 de mayo del mismo año, y ambas coinciden en afirmar que la gratuidad u onerosidad puede proceder no sólo de la relación del fiador con el beneficiario, sino también de la relación con el afianzado. Este parece ser el criterio mantenido por el Tribunal Supremo cuando, en la sentencia de 7 de mayo de 1987, precisa «...sin que pueda olvidarse la participación que la Fundación (fiadora) tenía en el capital de la sociedad beneficiaria, ya que ello es revelador del mutuo y doble interés que tanto una como otra tenían que tener en el buen fin del contrato crediticio...».

B) Interpretación de las cláusulas del contrato de fianza

Ante supuestos de falta de claridad, oscuridad e incluso discrepancias habidas o que se deduzcan de las cláusulas de un contrato de afianzamiento surge el problema de cómo llevar a cabo la determinación precisa del alcance y contenido de la fianza. Frente a la opinión más comúnmente admitida que, en base al carácter expreso de la fianza exigido por el artículo 1.827, defienden que la misma es de interpretación restrictiva en beneficio del fiador (Guilarte, Delgado), se alzan voces que afirman, con carácter general, el sometimiento de esta cuestión a los criterios normales de interpretación de los negocios jurídicos (Díez Picazo-Albaladejo).

Para entrar a analizar los criterios de interpretación de que se sirve el Tribunal Supremo en esta materia, es conveniente señalar como base previa lo proclamado en la sentencia de 31 de octubre de 1984 cuando afirma que «...para fijar el alcance de la fianza y determinar su contenido hay que atender, según principio capital del derecho de la contratación, a lo convenido por las partes o a lo manifestado por el fiador en cuanto al significado del negocio accesorio "per relationem" con la obligación principal...». Asimismo, en la sentencia de 4 de junio de 1985 precisa cómo sólo cabe acudir a la normativa contenida en el artículo 1.281 del Código civil si el contrato que se hubiese de interpretar ofreciese alguna duda en el sentido literal de sus cláusulas.

En aquellos casos de difícil determinación concreta de cuál sea la extensión de la fianza convenida, el Tribunal Supremo acude a valorar lo que considera actos significativos de los contratantes y recurre a un criterio sistemático de interpretación de las cláusulas del contrato. De este modo, la sentencia de 17 de julio de 1985, poniendo de manifiesto la complejidad habida en las cláusulas del contrato de fianza, afirma su necesaria interpretación «...no sólo en armonía con lo previsto en el artículo 1.282, sino con lo dispuesto en el 1.285, ambos del Código civil, ateniéndose al conjunto del contrato, no a un aparte del mismo».

En el mismo sentido se pronuncia en la sentencia de 8 de mayo de 1984 que, valorando una serie de actos coetáneos producidos (art. 1.282) y el conjunto de las cláusulas del documento del afianzamiento (art. 1.285), viene a señalar que si bien, a tenor del artículo 1.827 del Código civil, la fianza no se presume, debiendo ser expresa y no pudiendo extenderse a más de lo convenido en ella, tampoco cabe desconocer, en palabras del Alto Tribunal, que, a través de una ponderada interpretación del documento de fianza, puede entenderse que el mismo se refiere, no al aspecto temporal de dos años del contrato garantizado, sino al préstamo en cuestión a que afecta, y en

los términos en que el mismo fue concertado, entre los cuales figura la cláusula de renovación táctica convenida y de la que tenía adecuado y completo conocimiento el fiador dada su condición de Presidente y Director General de la entidad deudora.

Teniendo en cuenta, por un lado, que el documento de fianza que motivó la sentencia referida contenía una cláusula en la que literalmente se establecía «...que por tiempo de dos años a partir de esta fecha...» y que de manera expresa concretaba temporalmente la duración del afianzamiento, y observando, de otro lado, cómo la interpretación llevada a cabo perjudica claramente al fiador, cabe deducir que para nuestro Tribunal Supremo la interpretación a llevar a cabo en los supuestos de fianza ha de ser estricta, no necesariamente restrictiva, lo que para el Alto Tribunal no vulnera los límites y presupuestos contenidos en el artículo 1.827 del texto civil.

IV. VICISITUDES DE LA OBLIGACION GARANTIZADA

A) Prórroga

El Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de octubre de 1986 justifica la eficacia extintiva de la prórroga aduciendo diversos argumentos ya esgrimidos por nuestra doctrina. Así, señala que la extinción de la fianza como consecuencia de la prórroga concedida al deudor sin el consentimiento del fiador «...viene determinada por la mayor onerosidad surgida de la 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, sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato, así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor, en menoscabo del fiador...».

Para que entre en juego la aplicación de esta causa específica de extinción de la fianza, contemplada en el artículo 1.851 del Código civil, es necesario que quede patente la intención del acreedor de conceder una prórroga al deudor, es decir, que efectivamente se trate de la concesión de un nuevo término. De ahí que el Tribunal Supremo no considere como tal a 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 8 de octubre de 1986).

Un supuesto de esta naturaleza, con plenos efectos liberatorios para el fiador, es el que motivó la sentencia de 1 de marzo de 1983 en la que se estima operada una extinción de la fianza por el hecho de aceptar el acreedor, sin intervención del fiador, un talón bancario

en pago del saldo, pues considera concedida implícitamente al deudor una prórroga, con señalamiento de nuevo plazo. Cabe deducir de la doctrina contenida en la sentencia referida cómo es necesario que el aplazamiento que implica la prórroga tenga carácter definitivo, no pudiendo ser revocado por el acreedor una vez concedido. No obstante, ello no significa, en mi opinión, que la prórroga deba quedar reflejada por escrito siempre y cuando quede manifiestamente claro que la intención del acreedor era conceder un nuevo plazo al deudor. Es igualmente imprescindible para la operatividad de esta causa extintiva de la obligación fideiusoria que la prórroga concedida al deudor no sea conocida ni consentida por el fiador y así cabe deducir de la sentencia de 8 de octubre de 1986, ya mencionada, que para no producirse la extinción de la fianza alegada por el fiador no basta acreditar el conocimiento de éste de la prórroga operada, sino que es preciso demostrar que el mismo ha manifestado su consentimiento de modo más o menos explícito, pero cierto.

Finalmente, en la sentencia de 8 de mayo de 1984, ya analizada en materia de interpretación, delimita el alcance de lo preceptuado en el artículo 1.851 cuando precisa que «...tal precepto hay que entenderlo referido exclusivamente al supuesto de que la prórroga se conceda sin contemplación y previsión de ella al tiempo de la creación de la fianza...». Llevando a cabo una interpretación de conjunto de las cláusulas del documento de afianzamiento en el que no se hace referencia a la cláusula de renovación tácita contenida en el contrato base garantizado, hace vinculante para el fiador la prórroga que implicaba la cláusula mencionada por estimarse acreditado el conocimiento y consentimiento por parte del fiador de la prórroga convenida contractualmente desde el momento en que la fianza fue constituida, dado que el fiador era al mismo tiempo Presidente del Consejo de Administración y Director General de la entidad deudora, en cuyo nombre él firmó el contrato base de préstamo con la aludida cláusula de prórroga tácita.

B) Novación

Son frecuentes los recursos de casación, en materia de fianza, fundamentando sus motivos en una infracción del artículo 1.203 del Código civil, estimándose por parte de los recurrentes como producida una novación, bien objetiva o subjetiva, de la obligación principal y una consiguiente extinción de la obligación fideiusoria. A pesar de ello, veremos cómo el Tribunal Supremo no estima producida tal novación en ninguno de los casos ante él planteados en los últimos seis años. Y niega tal posibilidad en base a que en ninguno de los supuestos planteados en materia de fianza se dan los requisitos esenciales

para que la novación produzca sus efectos, a saber: obligación preexistente, creación de otra nueva, disparidad entre ambas y voluntad de llevar a cabo la sustitución.

Analizaremos los distintos supuestos fácticos de las sentencias analizadas generadores de una pretendida novación con eficacia extintiva.

1.º) *Cesión de créditos* (sentencia de 11 de enero de 1983). Señala el párrafo tercero del artículo 1.203 que las obligaciones pueden modificarse subrogando a un tercero en los derechos del acreedor. Ahora bien, como señala Caffarena Laporta al comentar la sentencia (Cuadernos *Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 1), el precepto citado no utiliza el término novación, sino que se refiere a la modificación de las obligaciones sin más, y son los siguientes artículos los que proporcionan los criterios para determinar cuándo esa modificación tendrá o no efectos extintivos. Señalada esta premisa de general consideración en todos los supuestos planteados, vamos a centrarnos en el caso concreto que nos ocupa, la cesión del crédito garantizado con fianza por parte del acreedor a un tercero que se subroga así en los derechos que el mismo tuviera. Y para ello son dos los preceptos básicos de los que se ha de partir para calificar la relación jurídica creada y determinar sus efectos. Nos referimos al artículo 1.212 («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 artículo 1.528 («la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio»). Sobre estas bases y los antecedentes fácticos del caso planteado, el Tribunal Supremo proclama que «...la cesión regulada por los artículos 1.526 y siguientes del Código civil es uno de los casos de subrogación del crédito expresamente mencionados por el Código a que se refiere el artículo 1.209 del mismo. Dicha subrogación de un tercero en los derechos del acreedor operada como consecuencia de la cesión del crédito, lejos de extinguir la obligación primaria, la conserva en su integridad...», llegando en consecuencia a la conclusión final de que la fianza no queda extinguida por la sustitución del acreedor en la obligación principal.

2.º) *Cesión de bienes «pro solvendo»* (Sentencia de 14 de septiembre de 1987). Reprochan los recurrentes en este caso la infracción del artículo 1.203 en su párrafo primero que hace referencia a la variación del objeto o condiciones principales de la obligación garantizada, producida a su entender en virtud de convenio alcanzado en expediente de suspensión de pagos en el que se acordaba un aplazamiento y posterior proceso de liquidación de los bienes de la suspensa.

Se fundamenta el Tribunal Supremo, para rechazar la motivación del recurso, en dos ideas básicas. En primer lugar se considera que la cesión practicada como consecuencia del convenio no supone trans-

misión alguna de los bienes y derechos realizada de forma irrevocable. Por otro lado, sienta la afirmación de que la cesión de bienes «pro solvendo» que estima producida como consecuencia del convenio carece de los efectos liberatorios o extintivos de la obligación propios de la dación en pago o «cesión pro soluto». En base a todo ello concluye manifestando que dicha figura no produce una novación de la obligación preexistente.

3.º *Cesión de obligaciones* (sentencia de 27 de enero de 1984). Estiman los recurrentes como producida una novación de carácter subjetivo (art. 1.203.2.º) al sustituirse la persona del deudor como consecuencia de la cesión practicada y consideran, en consecuencia, no ser el cedente (verdadero obligado ante la entidad acreedora) el titular del crédito reclamado al cesionario.

Desestima el Alto Tribunal el recurso en base a considerar que el crédito reclamado no estaba comprendido en la cesión operada, siendo el cedente afianzado el titular del mismo y ello porque lo reclamado no era la deuda que el cedente tenía contraída con la entidad acreedora, sino el importe de un talón entregado por el cesionario (deudor principal) con el que estaban ligados por vínculos de solidaridad los impugnantes, y que no fue hecho efectivo en su momento.

4.º *Convenios de modificación ajenos a los fiadores* (sentencia de 3 de octubre de 1985). Resultando acreditado como está que acreedor y deudor otorgaron nueva escritura en la que modificaban la contraprestación de este último, los recurrentes argumentan haberse operado una novación total de la obligación inicial que no puede alcanzar a los fiadores. Y ello sería así si no fuera porque queda constatado, en palabras del Tribunal Supremo, el conocimiento y consentimiento de los fiadores respecto de la modificación de las obligaciones contraídas.

5.º *Emisión de cambiales en pago de la deuda* (sentencia de 4 de junio de 1985). No reúne los presupuestos que la novación exige para su operatividad el caso planteado que motivó esta sentencia que hace constar como con posterioridad a haberse contraído la obligación y mediante documento escrito se plasma el reconocimiento de la deuda mediante la puesta en circulación de diversas letras de cambio. Argumenta el Tribunal Supremo que «...en el aludido documento claramente expuesto, consta que existía una deuda de cuantía determinada y que para su pago se pactó la emisión de las cambiales que allí se enumeran, circunstancia que en ningún caso evidencia una novación, sino simplemente el pago de la deuda, sin que en modo alguno conste, según exige el artículo 1.204 del Código civil, la ineludible declaración terminante de que una obligación queda extinguida o modificada por otra, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles...».

Para concluir con este tema y en relación con la cuestión ya planteada de determinar cuándo las modificaciones habidas en la obligación principal tendrán o no eficacia extintiva, ha de apuntarse lo señalado en la sentencia de 8 de octubre de 1986 en el tema de la novación. Dicha sentencia considera incluida dentro del Derecho español no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones (la llamada novación impropia o modificativa), y el deslinde entre una y otra clase ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación, de tal modo que si ésta subsiste, pero no varía alguna de sus condiciones principales, persistiendo el vínculo, aunque modificado, se produce la novación impropia, en virtud del concertado contrato de modificación. Llega la meritada sentencia a la conclusión final de que la reducción de la cuantía de la deuda no implica la novación extintiva de la obligación.

C) Extinción de la obligación fideiusoria por extinción de la obligación principal

Nuestro Código civil, en su artículo 1.847, establece de manera lógica la extinción de la fianza como consecuencia de la extinción producida de la obligación garantizada. Para que se produzca la liberación del fiador por efecto del cumplimiento de la obligación principal es preciso que dicho cumplimiento, en cualquiera de sus formas, produzca la satisfacción del interés del acreedor. No ocurre así en el supuesto de hecho que da lugar a la sentencia de 9 de junio de 1986 que, en consecuencia, desestima el recurso y la motivación del mismo fundamentada en la infracción por inaplicación del artículo 1.847, al no estar liquidadas las deudas derivadas de las relaciones anteriores entre las partes.

Tanto la sentencia citada como la posterior de fecha de 11 de junio de 1987 expresan claramente la carga que sobre el fiador pesa de probar la extinción de la deuda que aducen. En este sentido se pronuncia la última de las sentencias mencionadas, la cual, después de señalar que es al demandado fiador que invoca la extinción de la obligación a quien correspondía la prueba de tal hecho extintivo, deduce cómo no puede presumirse el cumplimiento de la obligación principal «...de la sola circunstancia de que no figure en la relación de acreedores de la quiebra...».

Por su parte, la sentencia de 9 de junio de 1986 reprocha el no especificar el fiador recurrente la forma en que estima extinguidas las obligaciones afianzadas, «...ya que el artículo 1.847 del Código civil invocado es una norma que se remite, en cuanto a la obligación

del deudor, a una forma de extinción que no se tiene como probada por las sentencias de instancia, y, en cuanto a las demás causas de extinción de las obligaciones, tampoco se expresa a cuál de ellas se refiere el recurso...».

D) Dación en pago

Según preceptúa el artículo 1.849, «si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre de fiador». Pues bien, examinando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el período de tiempo analizado, observamos que en torno a este tema cabe plantearse dos cuestiones especialmente relevantes.

En primer lugar, la cuestión en sí controvertida del fundamento del precepto señalado que, según Guilarte, radica en impedir que el fiador quede vinculado durante un plazo inconcreto en garantía de una obligación que, extinguida definitivamente o no para el deudor principal, llega a tal incierta situación «por un hecho debido a la exclusiva voluntad del acreedor» (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pág. 305). Otros son los fundamentos esgrimidos por la doctrina y, sin embargo, parece que es el aquí relatado el que ha sido acogido por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de mayo de 1988 al señalar que «...la adhesión (al convenio celebrado en la suspensión de pagos de la deudora) significa haberse producido con posterioridad al juicio un acto del acreedor que, suponiendo pago del crédito viene a exonerar de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, a los fiadores de la deuda...».

La segunda cuestión suscitada del análisis jurisprudencial realizado gira en torno a la delimitación precisa de los supuestos que dan lugar a una verdadera y real extinción de la obligación fideiusoria. Nos referimos a la necesaria distinción entre cesión de bienes o «cesio pro solvendo» y la dación en pago o «cesio pro soluto». De la sentencia de 14 de septiembre de 1987, se desprende cómo «...la cesión de bienes “pro solvendo” no es compatible con la transmisión irrevocable, careciendo de los efectos liberatorios o extintivos propios de la dación en pago...». Al quedar liberado el deudor por la cesión practicada por el importe líquido de los bienes cedidos, lógicamente la fianza no se extingue, sino que seguirá subsistiendo para aquella parte de la deuda no satisfecha. Por ello, la sentencia citada señala que este supuesto puede ser generador en todo caso de una eficacia extintiva parcial.

Otra cosa distinta ocurre con la figura de la dación en pago, verdadera causa extintiva y liberatoria del fiador. Este es el supuesto

contemplado en la sentencia de 26 de mayo de 1988. La «aceptación voluntaria» del acreedor de una cosa distinta a la prestación originaria se produce en el momento en que por escritura pública el acreedor presta su adhesión a los Convenios de acreedores celebrados en la suspensión de pagos de la deudora, encontrándose en este caso ante un supuesto de dación en pago con efectos liberatorios contemplado en el artículo 1.849 del texto civil, ya que como señala la meritada sentencia, «...es evidente que el convenio aprobado judicialmente supone la aceptación del pago verificado por “datio in solutum”, con renuncia del resto no cubierto por los bienes adjudicados “in valorem” o “in género”, lo que viene a exonerar de responsabilidades accesorias a los fiadores de la satisfacción de la deuda...».

E) Cesión del crédito garantizado

Respecto a la cesión del crédito afianzado y a los efectos que por tal hecho pudieran derivarse sobre la fianza prestada queda claro, como he señalado anteriormente en materia de novación, que dicha garantía no se extingue por la cesión operada. Sí plantea, sin embargo, este tema una cuestión que ha sido objeto de polémica doctrinal como es la relativa a la necesidad o no del conocimiento previo del fiador del cambio en la titularidad activa del crédito. Cuestión ésta que ha sido planteada y resuelta por el Alto Tribunal en sentencia de 11 de enero de 1983, donde categóricamente sienta que «...la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimientos previo del deudor (y, por ende, del fiador) y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el de obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento el hecho en favor del cedente...».

V. ASPECTOS PROCESALES DE LA FIANZA

A) Formas de articular las reclamaciones el acreedor ante el incumplimiento de la obligación afianzada

Vencida la obligación afianzada, el acreedor que no ha visto satisfecho su interés dado el incumplimiento de la misma por el deudor principal tiene en sus manos distintos medios o caminos que le pueden conducir a obtener su cumplimiento forzoso. Contando con la garantía personal que representa la fianza, el acreedor puede desenvolver su reclamación tanto contra el principal obligado como contra el fiador como obligado subsidiario.

1.º) *Reclamaciones extrajudiciales.* El acreedor puede requerir de pago extrajudicialmente al deudor principal y al fiador. En el supuesto de que el requerimiento vaya dirigido al fiador, éste debe oponer inmediatamente al acreedor el beneficio de excusión con el riesgo, de no hacerlo, de considerarse renunciado al mismo con la consecuencia de no poder alegarlo en un momento ulterior. Así lo exige el artículo 1.832 del Código civil al ordenar que «debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago». Según cabe desprenderse de la sentencia de 30 de noviembre de 1984, la conciliación tiene a los efectos aquí procedentes el carácter de requerimiento de pago, debiendo formularse por los fiadores el beneficio de excusión en el período de tiempo que transcurre desde la entrega a los mismos de la «papeleta» hasta la celebración del «acto de conciliación».

2.º) *Planteamiento judicial de la contienda.* El acreedor puede accionar sin un previo requerimiento de pago, adoptando la pretensión que dirija alguna de las formas siguientes:

a) Puede *demandar únicamente al deudor principal.* No es obligado que el acreedor notifique al fiador la demanda ni que la cite a juicio dado que la sentencia que se dicte no tiene valor de cosa juzgada frente al fiador que podrá discutir el crédito en un nuevo procedimiento. De esta forma se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de junio de 1985 en la que, interpretando lo preceptuado en el artículo 1.834 del Código civil, afirma que «...esa posibilidad de citación conjunta de deudor y fiador es sólo eso, posibilidad, no imperatividad, y realmente sólo exigible, en su caso y según circunstancias, en los supuestos de acciones cambiarias cuando el acreedor cambiario se dirige contra deudores del mismo grado...».

El planteamiento realizado por el Alto Tribunal es lógico si consideramos que el acreedor no puede proceder a ejecutar los bienes del fiador aunque haya obtenido una sentencia condenatoria en el procedimiento seguido contra el deudor principal, y que el fiador sigue conservando su derecho a oponer el beneficio de excusión en tanto no se le requiera formalmente para el pago por el acreedor.

b) El acreedor puede *demandar conjuntamente al deudor y al fiador.* Dispone el artículo 1.834 del Código civil que «el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». Ya he señalado anteriormente cómo el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de junio de 1985, contempla esa citación conjunta de deudor y fiador como algo facultativo del acreedor. Lógicamente, por la propia naturaleza jurídica de la fianza, la condena que, en su caso, se produjera del fiador sería subsidiaria respecto de la del deudor principal.

c) Finalmente, el acreedor puede *demandar judicialmente sólo al fiador*. La cuestión que aquí se plantea es la de precisar si se requiere que previamente el acreedor haya intentado infructuosamente la ejecución sobre el patrimonio del deudor, acreditándose la insolvencia del mismo, o, al menos, que el acreedor haya dirigido con anterioridad un requerimiento de pago al fiador y éste no le haya opuesto en debida forma el beneficio de orden.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a este tema no es unánime y, sin embargo, parece que las últimas direcciones apuntan a afirmar la posibilidad del acreedor de accionar directa y exclusivamente contra el fiador, quedando al arbitrio de este último oponer o no el beneficio de excusión. Esta es la doctrina que cabe desprender de la sentencia de 30 de noviembre de 1984 que en su quinto considerando precisa que son varias las resoluciones del Tribunal Supremo que establecen el principio de no estimar necesaria demandar al deudor principal y sí, sólo al fiador, citando al efecto sentencias precedentes. De otro lado, estima acertada la resolución del Tribunal sentenciador al señalar que el artículo 1.830 del Código civil, en relación con el artículo 1.832, «sólo significa» que el acreedor podrá dirigirse contra el fiador desde el momento en que el deudor principal haya dejado de cumplir, «voluntariamente», la obligación garantizada, haciendo depender de la facultad exclusiva del fiador el oponer o no el beneficio de orden.

Menos problemas y controversias doctrinales se plantean en el supuesto de que el acreedor demande directamente al fiador una vez realizada la declaración de quiebra o concurso del deudor principal (o de suspensión de pagos, como veremos más adelante). De manera clara y precisa se pronuncia así el Alto Tribunal en la sentencia de 6 de octubre de 1986 al señalar que «...declarado el deudor principal en estado legal de suspensión de pagos, procede la reclamación directa al fiador, ya se trate de fianza solidaria o de fianza simple, por aplicación de lo normado en los artículos 1.831, 1.830 y 1.832 del Código civil...». Consecuencia lógica dado que, por imperativo de lo preceptuado en el artículo 1.831, no tendrá lugar la excusión en el caso de quiebra o concurso del deudor, teniendo en cuenta además que los efectos del convenio no pueden alcanzar a terceros, pudiendo el acreedor accionar frente a los mismos.

Por último, vamos a analizar esta cuestión en el ámbito de la fianza solidaria y las posibilidades del acreedor de accionar frente a los fiadores solidarios. Aquí sí que no se plantean dudas respecto de la forma en la que el acreedor puede dirigirse su pretensión de cobro. Partiendo de que, en la hipótesis de fiador solidario, el párrafo segundo del artículo 1.822 remite su regulación a las normas de las obligaciones solidarias, el Tribunal Supremo considera que el fia-

dor solidario responde como si de un deudor principal se tratara. De este planteamiento se derivan importantes consecuencias para el tema que estamos analizando. Así, en un supuesto de fianza solidaria asumida en garantía de préstamo, la sentencia de 21 de diciembre de 1987 declara que «...en el aspecto externo de la garantía, es decir, en la relación acreedor-fiador son aplicables las disposiciones de las obligaciones solidarias en cuanto a aquél puede dirigirse directamente contra el deudor principal o contra el fiador sin que éste pueda oponerle el beneficio de orden o excusión, respondiendo como si de un deudor principal se tratase...».

En la sentencia de 11 de noviembre de 1987, el Tribunal Supremo define y concreta la acción que ostenta el acreedor frente al fiador solidario y así establece cómo «...en la fianza solidaria la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor; en el supuesto de fianza solidaria desaparece el beneficio de excusión y puede el acreedor dirigir su reclamación, desde luego, contra el fiador, sin perjuicio de que éste pueda reclamar contra el deudor por la totalidad de lo que hubiese satisfecho por él; y que a virtud de la solidaridad pasa el fiador a ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de “in solidum”...».

También se pronuncia la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno a este tema en el ámbito de la fianza cambiaria al proclamar que «...siendo el avalista un deudor solidario que asume la misma posición que el avalado, conduce a que pueda ser demandado tanto antes de éste como después de haberse acreditado su insolvencia, lo que determina la no precisión de levantar protesto contra el avalista cuando haya sido efectuado contra el deudor principal...».

B) La excepción de litisconsorcio pasivo necesario

Desde un punto de vista procesal y en íntima relación con lo expuesto anteriormente vamos a analizar aquellos supuestos judiciales en los que los recurrentes estiman precisa la constitución de una situación litisconsorcial pasiva, y aquellos en los que, por el contrario, consideran no aplicable al caso planteado de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada de contrario.

En el primero de los supuestos planteados, que motivó la sentencia de 16 de septiembre de 1988, la entidad bancaria acreedora es demandada en exclusividad por el fiador y habiendo recaído sentencia condenatoria de la misma interpone recurso de casación denunciando la infracción de la doctrina jurisprudencial concerniente al litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a los deudores princi-

pales. Para el Alto Tribunal el motivo de la impugnación no puede prosperar porque «...la institución procesal del litisconsorcio pasivo necesario al estar proyectada doctrinalmente con la finalidad de impedir que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio o de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias entre sí y con imposible ejecución, es evidente que para que esos supuestos puedan producirse se precisa la existencia de una relación jurídica material de cualquier índole entre el demandante y el que se estima debió ser llamado al procedimiento, pero con la particularidad de que el resultado pueda afectarle de tal forma que incida en sus intereses particulares, pero no en cualquier circunstancia, es decir, cuando con pronunciamiento condenatorio o sin él, sus derechos no pueden ser condicionados por él mismo...». Después de realizar estas manifestaciones y centrándose en el caso planteado, precisa que «...por mandato de los artículos 1.839, 1.840, 1.841 y 1.842 del Código civil se advierte en forma meridiana e incontestable que los derechos que pueda ostentar el deudor o deudores principales contra los fiadores solidarios quedan inmunes a las consecuencias del pronunciamiento contenido en la sentencia aquí recurrida...».

Otros supuestos generadores de una hipotética situación litisconsorcional son aquellos que se derivan de la existencia de varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda. Hay que tener en cuenta en este caso lo preceptuado en el artículo 1.844, al disponer que «el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente les corresponde satisfacer». Pues bien, tanto en la sentencia de 7 de julio como en la de 27 de diciembre, ambas de 1988, el Tribunal Supremo, valorando conjuntamente los artículos 1.844 y 1.845 del Código civil, proclama que «...no puede obligarse entre cofiadores a la previa o simultánea reclamación al deudor principal por no exigirlo el artículo 1.844 del texto civil, según se deduce de su interpretación sistemática en relación con el artículo 1.845, porque si los cofiadores pueden oponer a quien de ellos pagó las mismas excepciones que habría podido esgrimir frente al deudor principal es porque se admite la vía directa del fiador que pagó contra los cofiadores sin demandar al deudor principal...».

Relacionada también con reclamaciones entre cofiadores es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1987. En el caso planteado, los actores reclaman a los firmantes del compromiso de garantía la parte del préstamo que como fiadores solidarios habían pagado. El Alto Tribunal, contrariamente a lo resuelto por la Audiencia Territorial, excluye la necesidad de demandar a los otros fiadores restantes que también avalaron el préstamo y respecto de los cuales se ignoraba si habían satisfecho su parte correspondiente del préstamo. Llega a esta conclusión al considerar que «...no se dan los presupuestos de hecho necesarios para la existencia de una situación de litiscon-

sorcio pasivo necesario, ya que ni la sentencia que se dicte en este procedimiento afecta a los que aquí no son parte, ni se da el riesgo de sentencias contradictorias, procediendo, en consecuencia, estimar el recurso...». Observa Pérez Alvarez, al comentar esta sentencia (*Cuadernos Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 16, pág. 65), que la única razón que podría justificar una intervención necesaria en el proceso de los avalistas no demandados radica en el hecho de que la determinación de la cuantía de condena a imponer requería de una previa interpretación del documento suscrito por los demandados; interpretación que desde luego afecta a demandantes y demandado, pero que indirectamente podría afectar también, en su caso, a los avalistas que no fueron parte en el proceso. Con todo, concluye el autor, se habrá de retener que en el ámbito jurisprudencial se excluye la existencia de litisconsorcio cuando los efectos de la cosa juzgada se producen respecto a terceros con carácter reflejo.

C) La excepción de cosa juzgada

Para analizar esta cuestión hay que tener en cuenta, y así lo hace nuestro Tribunal Supremo, lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1.479, en el que taxativamente se declara que «las sentencias dictadas en juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo sus derechos a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión».

Sobre esta base legal se apoya el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de octubre de 1986 para proclamar que «...dado que la resolución que se alega como productora de cosa juzgada recayó en un juicio ejecutivo, es obvio que no puede ser apreciada como tal...».

Del mismo modo se pronuncia el Alto Tribunal sobre la excepción que nos ocupa referida a un juicio ejecutivo previo al declarativo en la sentencia de 26 de mayo de 1988 en la que declara que «...la virtualidad de la cosa juzgada de las sentencias de los procesos ejecutivos no podría predicarse, para hacer inoperante el declarativo, ni aun con el criterio interpretativo más restrictivo del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que con posterioridad a ellas se ha producido un acto propio del acreedor aceptando y asumiendo una fórmula de pago cuyo análisis y discernimiento entraña una cuestión que si de existir al tiempo de la citación de remate hubiera podido y debido ser materia de debate dentro del cauce de esos procesos privilegiados, ciertamente que, por su acaecimiento posterior y por acto vinculante y eficaz de la ejecutante, hace necesario e imprescindible el declarativo...». En el mismo sentido, aunque en términos distintos, se manifiesta en la sentencia de 16 de diciembre de 1988 fundamentando su fallo en la doctrina contenida en la sentencia de 26 de mayo del mismo año que expresamente invoca.

VI. EXCEPCIONES DEL FIADOR BASADAS EN LA RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR

A) Perjuicio en la subrogación

El acreedor titular del crédito garantizado ha de observar ciertos deberes en la relación jurídica de fianza cuya inobservancia puede determinar la pérdida de su derecho. Además de la conducta negligente del acreedor en la excusión, a la que haremos referencia más adelante, y que por disposición expresa del artículo 1.833 trae consigo la responsabilidad del acreedor de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte, aparece, asimismo, regulada en el Código civil otra hipótesis determinante de responsabilidad del acreedor por un hecho suyo. Tal hipótesis es la contemplada en el artículo 1.852 al preceptuar 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». Contempla, por tanto, el precepto citado una causa específica de extinción de la fianza motivada por una determinada conducta del acreedor.

La cuestión que pudiera plantearse en este tema sería la de delimitar el alcance que debemos darle a la expresión «por algún hecho del acreedor», es decir, si va referida a las posibles conductas positivas y negativas del acreedor, o sólo a las primeras, como defiende cierto sector de la doctrina patria.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, llevando a cabo una interpretación restrictiva del artículo 1.852, se orienta en el sentido de estimar el comportamiento positivo del acreedor como único al que se refiere el precepto. De esta manera se pronuncia en la sentencia de 1 de marzo de 1983 en la que proclama que «...la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia...». A esta conclusión llega después de considerar que el fiador, avalista también de las letras de cambio, 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 cual, según el Alto Tribunal, 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.

Igualmente, es objeto de destacadas polémicas la determinación concreta de cuales sean los supuestos que pudieran generar este perjuicio para el fiador en la subrogación de los derechos que tuviera el acreedor garantizado. Acerca de uno de estos hipotéticos casos se

ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 28 de febrero de 1985 en la que señala cómo «...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..., ni como cuestión de hecho está acreditado que los fiadores se hayan visto privado de su derecho a resarcirse en los bienes del deudor principal...».

B) Negligencia en la excusión

Un supuesto evidente de responsabilidad del acreedor en la relación jurídica de fianza viene determinado, según se desprende del tenor literal del artículo 1.833 del texto civil, por la conducta negligente del acreedor a la hora de realizar los bienes del deudor principal que le han sido señalados por el fiador reclamado al oponerle el beneficio de excusión.

El único supuesto fáctico generador de una hipotética conducta negligente del acreedor en la excusión de los bienes señalados por el fiador es el que motivó la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 17 de junio de 1985; sentencia, por otro lado, que no entra a pronunciarse acerca de cuál sea la responsabilidad que se deriva para el acreedor de su conducta negligente, dado que la motivación del recurrente, basada en la infracción del artículo 1.833, es desestimada por el Tribunal Supremo al partir del hecho fundamental de que «...la declaración de quiebra del deudor hacía innecesaria la excusión, a tenor del artículo 1.831, párrafo tercero, del Código civil...».

Lo que sí se desprende claramente de la meritada sentencia es que la negligencia en la excusión, como cuestión esencialmente de hecho, es de la incumbencia de los Tribunales de Instancia y que su impugnación en casación debe encauzarse por la vía adecuada al efecto constituida por el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VII. SUBROGACION DEL FIADOR POR EL PAGO EN LOS DERECHOS DEL ACREEDOR

En la relación jurídica de fianza y en el punto concreto de las relaciones entre fiador y deudor cobra especial relieve y significación el tema, por otra parte, muy controvertido de las facultades, acciones o remedios que se derivan para el fiador que ha cumplido por el deudor la obligación que fue objeto de afianzamiento.

La polémica doctrinal se centra en determinar si el fiador que paga dispone de una única acción de regreso para cuyo ejercicio se

subroga en los derechos del acreedor, o bien de dos acciones, una de regreso y otra de subrogación, de contenido diverso.

Esta última parece ser la postura mantenida por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 13 de febrero de 1988 al señalar que «...conforme con lo dispuesto en el artículo 1.839 del Código civil, cuando virtud de dicho artículo, esto es “ministerio legis”, 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 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 artículo 1.838 del propio Código, y que, éste sí, nace por efecto de dicho pago, que nada tiene que ver con la subrogación, ello lo sanciona explícitamente el artículo 1.212 del meritado Código...».

VIII. BENEFICIO DE EXCUSION

Por expresa disposición del artículo 1.830 del Código civil el fiador puede demorar el cumplimiento de su obligación, aun habiendo incumplido el deudor principal la suya, cuando después de ser requerido para el pago por el acreedor señale a éste bienes del deudor principal que puedan ser objeto de ejecución forzosa.

Como señala Guilarte, el beneficio de excusión hay que concebirlo no sólo como un derecho o ventaja del fiador, sino también como una carga del mismo al tener un deber de cooperación con el acreedor en la ejecución de bienes del deudor (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pág. 127). En este sentido se pronuncia la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de noviembre de 1984, que en su cuarto considerando afirma como «...la finalidad del artículo 1.830 no es en realidad otra que garantizar en la medida de lo posible la satisfacción del interés del acreedor...».

Ahora bien, para que el beneficio de orden pueda aprovechar al fiador, es preciso que concurren una serie de requisitos o presupuestos de eficacia que, como es sabido, aparecen contenidos en el artículo 1.832, y que son los siguientes:

- a) Que se oponga al acreedor, «luego que éste le requiera para el pago».
- b) Que se señalen bienes del deudor realizables dentro del territorio español.

Requisitos éstos de tiempo y forma de formularse la oposición que han sido perfilados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

entre otras, en varias sentencias recaídas durante el período de tiempo objeto de nuestro estudio.

La sentencia de 30 de noviembre de 1984 nos ofrece, en su quinto considerando, el sentido dado por nuestro más Alto Tribunal a la normativa contenida en el artículo 1.832, al precisar que:

«a) El citado beneficio de orden concedido al fiador por el artículo 1.830 del Código civil no constituye obstáculo para que el acreedor pueda demandar al fiador vencida y no cumplida la obligación principal, siempre que éste no cumpla los requisitos establecidos en el artículo 1.832 de dicho texto legal.

»b) Consiguientemente, es preciso para que la excusión surta efectos que se oponga en tiempo y forma y que se designen bienes suficientes para cubrir adecuadamente el importe de la deuda...»

Por su parte, en la sentencia de 3 de octubre de 1985, interpretando también el artículo 1.832 del Código civil, se nos dice que «...el precepto no determina la forma del requerimiento de pago, por lo que es claro que puede ser hecho por demanda judicial, que quedará enervada de hacer uso el fiador de ese beneficio en la forma ordenada...»

En relación a esta cuestión de la forma que debe revestir el requerimiento de pago hecho por el acreedor a los efectos oportunos de oposición por el fiador del beneficio de excusión, nos señala la sentencia de 30 de noviembre de 1984 que «...la conciliación, instituto de naturaleza jurídica muy discutida, tiene a los efectos aquí procedentes el carácter de requerimiento de pago siempre que en la llamada «papeleta» se consigne adecuadamente la pretensión o pretensiones que se deduzcan, esto es, lo que se pide y la razón de pedir...».

Centrándonos en cuál sea el momento oportuno de oposición del beneficio, el artículo 1.832 utiliza la expresión «luego que éste le requiera para el pago». Sobre esta base y al hilo de lo señalado anteriormente en relación a la conciliación, sienta la sentencia anteriormente citada que «...formulada, por tanto, la reclamación pertinente a los fiadores en referida «papeleta», es obvio que éstos debieron en el período de tiempo transcurrido desde la entrega a los mismos hasta el «acto de conciliación», formular la oportuna oposición y hacer la designación de bienes del deudor principal, nada de lo cual hicieron hasta el momento de contestar a la demanda...».

En torno a este tema y en el supuesto de que el acreedor hubiese demandado judicialmente al fiador, la sentencia de 3 de octubre de 1985 es rotunda al afirmar que «...el beneficio de excusión ha de ser opuesto oportunamente en el pleito, durante el período expositivo del mismo y no en escritos distintos a los que se regulan en los artícu-

los 524 (demanda), 540 (contestación) y 548 (réplica y dúplica) de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mucho menos en los que se presenten después de constituida la relación jurídico-procesal...».

El perjuicio que se deriva para el fiador que no ha opuesto en tiempo el beneficio, de manera inmediata tras el requerimiento de pago por el acreedor, radica en que no podrá alegarlo eficazmente con posterioridad al momento en que tuvo que hacerlo y deberá, por tanto, cumplir su obligación aunque acredite la solvencia del deudor principal y señale bienes suficientes para cubrir el importe de la deuda. Es importante señalar en esta materia que en el supuesto que el fiador haya opuesto en debida forma el beneficio tras un requerimiento extrajudicial de pago por el acreedor y éste, sin hacer excusión previa de los bienes designados, demande el fiador es preciso y conveniente que se reitere por parte del garante la alegación del beneficio y la designación de bienes del deudor a la hora de contestar a la demanda, pues, en caso contrario, se supondría habida por parte del fiador una renuncia tácita al beneficio de orden opuesto con anterioridad.

Como señalé anteriormente, son dos los requisitos que vienen exigidos por el artículo 1.832 para una plena operatividad del beneficio de excusión. No basta, por tanto, con la mera alegación del beneficio, sino que es preciso además que se señalen bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.

La sentencia de fecha 31 de enero de 1986 concreta, de manera clara y precisa, cuál debe ser la forma de llevar a cabo la designación de bienes del deudor realizada por el fiador que ha opuesto el beneficio de excusión en tiempo oportuno. De los antecedentes fácticos de la mencionada sentencia y de los motivos de casación esgrimidos por el recurrente fiador se observa cómo este último considera realizada en debida forma la designación de bienes suficientes del deudor principal mediante una carta por él suscrita y remitida al acreedor en la que literalmente exponía «mi hijo dispone de bienes más que suficientes para atender la citada cantidad». El Tribunal Supremo considera, en este caso, que no se ha realizado de manera correcta el señalamiento de bienes, no teniendo lugar, por consiguiente, el beneficio de orden pretendido por el fiador, sentando expresamente que «...tal beneficio no puede entenderse ejercitado como se deduce de la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1915, con la mera referencia a unos bienes indeterminados, sino que exige la designación de bienes determinados, realizables suficientes para el completo pago y con garantía de una existencia real y efectiva...». Cabe deducir de lo aquí expuesto que los bienes designados por el fiador deben pertenecer al deudor, ser «especificados» de manera clara, tener la entidad sufi-

ciente para cubrir el total importe de la deuda y no hallarse afectados por alguna traba que impida la ejecución forzosa de los mismos.

IX. CONSECUENCIAS PARA LA OBLIGACION FIDEUSORIA DE LA DECLARACION DE QUIEBRA O CONCURSO DEL DEUDOR PRINCIPAL

La accesoriedad y subsidiariedad que la fianza implica determinan, como lógica consecuencia, el cumplimiento por parte del fiador de la obligación garantizada en defecto de tal cumplimiento por el deudor principal. En los supuestos de quiebra o concurso es evidente que dicho incumplimiento se producirá.

Aquí vamos a referirnos a los efectos, positivos o negativos, que para el garante pueden derivarse de los convenios aprobados judicialmente y celebrados entre la masa de acreedores y el titular pasivo, entre otros, del crédito garantizado.

Antes de analizar la posición que al respecto mantiene nuestro Tribunal Supremo conviene hacer dos matizaciones previas:

1.º) Por un lado, los convenios a que estamos haciendo referencia, para que tengan relevancia jurídica a estos efectos deben ser de los contemplados en los casos y en la forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.912 Cc), pues, en caso contrario, normalmente nos encontraríamos ante una mera transacción entre acreedor y deudor principal que, por expresa disposición del artículo 1.835 no puede producir efecto alguno para el fiador, contra su voluntad.

2.º) Por otro lado, si bien por mandato expreso tanto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.172) como del Código civil (art. 1.915), por la declaración del concurso se tienen por vencidas todas las deudas a plazo del concursado, no puede hacerse extensiva dicha anticipación a la obligación del fiador, no pudiendo el acreedor reclamarle el cumplimiento hasta que no llegue el término inicialmente convenido de vencimiento de la obligación afianzada.

Entrando de lleno en el tema que nos ocupa, interesa destacar en primer lugar la doctrina legal que a tal efecto se haya contenida en la sentencia de 11 de julio de 1983 en orden a determinar la facultad que al acreedor ampara de dirigirse contra el fiador en reclamación de la deuda garantizada, no obstante, el convenio celebrado con el deudor principal, precisando que «...el alcance de los efectos del convenio en procesos de suspensión de pagos y quiebra..., en manera alguna puede perjudicar ni beneficiar a deudor distinto al que dio lugar al expediente, ni coartar o interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito...».

En igual sentido se manifiesta la sentencia de 6 de octubre de 1986 en la que, de manera concisa y clara, se nos dice que «...declarando el deudor principal en estado legal de suspensión de pagos, procede la reclamación directa al fiador, ya se trate de fianza solidaria o de fianza simple, por aplicación de lo normado en los artículos 1.831, 1.830 y 1.832 del Código civil...».

Cuando de lo acordado en el convenio de suspensión de pagos se infiera que los acreedores renuncian a la parte del crédito no cobrada tras la enajenación y liquidación del total activo de la suspen-sa, sienta el Alto Tribunal en su sentencia de fecha 14 de septiembre de 1987, que contempla este supuesto fáctico, dos conclusiones referidas la primera a negar que de tal convenio puede derivarse como producido una dación en pago con efectos liberatorios o extintivos de la obligación, sino que lo propuesto por la suspen-sa y aprobada por los acreedores fue una simple cesión de bienes «pro solvendo», carente como es sabido de los efectos extintivos antes mencionados. Por otro lado, concluye el Tribunal Supremo señalando cómo «...la condonación o renuncia por los acreedores de la suspen-sa a la parte del crédito no cobrado, solamente puede tener eficacia extintiva parcial cuando, por haberse cumplido en parte la obligación, exista ver-daderamente esa diferencia entre lo debido y lo pagado y puedan cuantificarse los porcentajes remitidos y subsistentes de la deuda...».

Cuestión que merece especial atención en este tema es la repercusión que la declaración de quiebra o concurso puede tener en cuanto al ejercicio por parte del fiador del beneficio de excusión una vez compelido al pago por parte del acreedor afianzado. No da el supuesto planteado lugar a dudas o interpretaciones, pues la redacción del artículo 1.831 del texto civil es clara al preceptuar en su párrafo tercero, la exclusión del beneficio de orden, entre otros casos, en el supuesto de declaración de quiebra o concurso del deudor principal. De ahí que el Tribunal Supremo, de manera rotunda, en sentencia de 17 de junio de 1985 manifieste que «...la declaración de quiebra del deudor hacía innecesaria la excusión, a tenor del artículo 1.831.3.º del Código civil...». Es de interés resaltar en relación con este tema la solución contenida en la mencionada sentencia respecto a un pre-tendido fraude de ley que el recurrente estima haberse producido al considerar como un subterfugio del acreedor el instar la declaración de quiebra del deudor para evitarse la excusión y con ello dirigirse libremente contra el fiador. El Alto Tribunal no niega que tal posibilidad pueda darse en la práctica, pero estima «...necesario acreditar cumplidamente esa relación, esa maniobra dolosa o conducta fraudu-lenta del acreedor con el fin claro de eludir la aplicación de la norma que se cita (art. 1.830 Cc)...».

Se puede afirmar, por consiguiente, en base a las razones aducidas y a lo preceptuado en el párrafo tercero del artículo 1.831, que sólo

la declaración de quiebra o concurso determinan la pérdida del beneficio, sin que pueda equipararse a tal efecto una insolvencia más o menos notoria del deudor principal. De esta manera lo plantea Guilarte, que al hilo de lo aquí relatado se cuestiona el supuesto no contemplado por el Código civil de la suspensión de pagos; ausencia de mención expresa en el artículo 1.831 debida a que la regulación actual de la suspensión de pagos es posterior a la entrada en vigor de nuestro Código civil. Así, ante el dilema de si la declaración de suspensión de pagos del deudor principal puede equipararse a las declaraciones de la quiebra o del concurso a los efectos de determinar para el fiador la pérdida del beneficio de excusión, Guilarte distingue la situación de suspensión de pagos caracterizada por tener el suspenso bienes suficientes para cubrir el importe de todas sus deudas, no habiendo propia insolvencia, en cuyo caso se puede admitir la actuación del beneficio de orden por el fiador, y la situación, por el contrario, en que los bienes del patrimonio del suspenso quedan intervenidos y fuera de la disponibilidad del deudor, en cuyo caso es difícil admitir que el fiador pueda señalar bienes realizables susceptibles de inmediata ejecución, por lo que en la práctica el ejercicio devendrá ineficaz al no poder observarse uno de los requisitos básicos que lo condicionan (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pág. 136).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en este punto, hace extensivo a la declaración de suspensión de pagos lo preceptuado para la declaración de quiebra y concurso, y así, de manera explícita, en sentencia de 6 de octubre de 1986, estima de aplicación al estado legal de suspensión de pagos lo normado en los artículos 1.831, 1.830 y 1.832 del texto civil, normativa en la que se subsumen de forma expresa los supuestos de quiebra o concurso.

X. SOLIDARIDAD EN LA FIANZA

La fianza, figura típica de garantía personal caracterizada por su accesoriedad y subsidiariedad, puede asumir el carácter de «solidaria» sin desvirtuar por ello su propia naturaleza, pero modificando, eso sí, su régimen jurídico, que varía en algunos aspectos del establecido genéricamente para la fianza simple o indefinida.

La solidaridad puede hacer su aparición en el ámbito de la relación jurídica de fianza en dos supuestos completamente distintos entre sí, no sólo respecto a su configuración jurídica, sino también en lo referente a los efectos que pudieran derivarse en cada caso de la solidaridad asumida. Puede tratarse, de un lado, de solidaridad entre el deudor y el fiador que dé lugar a la denominada comúnmente «fianza solidaria», o bien, tratándose de una cofianza asumida por los

garantes solidariamente, encontrándonos en este caso ante la llamada «cofianza solidaria».

Vamos a analizar seguidamente y de manera separada el régimen jurídico asignado por la jurisprudencia a cada una de las situaciones planteadas.

A) Fianza solidaria

Análisis de la acción contra el fiador solidario y de la posterior reclamación de éste al deudor principal.

Nos hallamos ante una fianza solidaria en el supuesto previsto en el párrafo segundo del artículo 1.822 al preceptuar que «si el fiador se obligase solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4.^a, capítulo 3.^o, título 1.^o de este libro». En la práctica, la fianza se pacta en la mayoría de los casos con el carácter de solidaria para vincular con mayor intensidad al fiador, proporcionando al acreedor más expedita satisfacción de su derecho.

De manera expresa, el precepto legal citado, en las hipótesis de fiador solidario, remite su regulación a las normas de las obligaciones solidarias. Pues bien, el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de diciembre de 1987 precisa que tal remisión debe tomarse con las necesarias cautelas al proclamar que «...así como en el aspecto externo de la garantía, es decir, en la relación acreedor-fiador, son aplicables las disposiciones de las obligaciones solidarias en cuanto aquél puede dirigirse directamente contra el deudor principal o contra el fiador, sin que éste pueda oponerle el beneficio de orden o excusión, respondiendo como si de un deudor principal se tratase, sin embargo, en el aspecto interno de la garantía, es decir, en la relación fiador-deudor, se aplican las normas propias de la fianza, y así en caso de pago de la deuda por el fiador, éste puede reclamar del deudor principal, según el artículo 1.838, la totalidad de la deuda, los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago y los daños y perjuicios cuando procedan, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones solidarias en las que el deudor que paga sólo puede reclamar de los codeudores la parte que a cada uno corresponda con los intereses del anticipo...».

El mismo planteamiento se nos ofrece en la sentencia de 11 de noviembre de 1987 en la que, a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable al caso planteado, parte el Alto Tribunal de considerar dividida la fianza solidaria en dos situaciones o momentos de diversa eficacia jurídica según se haya producido o no el pago al

acreedor. Comienza analizando lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.822 y sostiene que dicho precepto «...da paso, en realidad, a una situación autónoma, distinta y perfectamente asimilable, hasta el momento del pago, a la relación jurídica que se establece entre el acreedor y los deudores solidarios...». A continuación, proclama que «...en la fianza solidaria la acción contra el fiador es autónoma, y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor; en el supuesto de fianzas solidarias desaparece el beneficio de excusión, y puede el acreedor dirigir su reclamación, desde luego, contra el fiador, sin perjuicio de que éste pueda reclamar contra el deudor por la totalidad de lo que hubiese satisfecho por él; y que a virtud de la solidaridad pasa el fiador a ser considerado como si de un deudor principal se tratara...».

B) Cofianza solidaria

Reclamaciones entre cofiadores.

La definición que debemos darle al término «cofianza» nos la ofrece el propio Código civil en su artículo 1.844, «cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda». Ahora bien, si tratamos de relacionar este concepto con el de la solidaridad hemos de observar estrictamente lo preceptuado en el artículo 1.837 cuando dispone que «el acreedor no puede reclamar a cada fiador, sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se halla estipulado expresamente la solidaridad». El precepto citado está sancionado expresamente el principio de no presunción de solidaridad en la cofianza.

En el supuesto de que expresamente se halla pactado la solidaridad entre los cofiadores también habrá que remitirse en su regulación a la normativa de las obligaciones solidarias permitiéndose, por tanto, al acreedor el accionar contra cualquiera de ellos para resarcirse del reintegro del saldo resultante. De esta manera lo reconoce el Tribunal Supremo en las sentencias de fecha 2 de febrero de 1983 y 4 de junio de 1984.

En el aspecto interno de la cofianza solidaria, es decir, en las relaciones entre los cofiadores, vamos a analizar el régimen jurídico que la jurisprudencia estima aplicable. Es claro que cualquiera de los cofiadores solidarios, haya pagado él o no la deuda, podrá dirigirse contra el deudor principal reclamándole la totalidad pagada y no solamente la parte que el cofiador demandante hubiera satisfecho.

Estudiaremos aquí aquellos supuestos en los que el cofiador que pagó acciona en vía de regreso frente a los demás cofiadores. De

la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo pronunciándose sobre esta hipótesis, cabe deducir las siguientes conclusiones:

1.º) Para que el cofiador que pagó toda la deuda pueda reclamar a los otros cofiadores la parte que proporcionalmente les corresponda, no se exige la previa o simultánea reclamación al deudor principal, puesto que no sólo no aparece mencionado tal requisito en el artículo 1.844, sino que, además, estimar lo contrario chocaría con lo preceptuado en el artículo 1.845 que faculta a los cofiadores a oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor (sentencias de 7 de julio y de 27 de diciembre de 1988).

2.º) Deberá justificarse fehacientemente por los cofiadores demandados que pretendan oponerse a la reclamación del cofiador que pagó el hecho de que este último haya sido íntegramente reintegrado de todos los pagos efectuados subsidiariamente por cuenta del deudor (sentencia de 13 de octubre de 1987).

3.º) Cuando el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código civil exige que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra, ha de interpretarse en el sentido de que sólo concede acción de reintegro contra los cofiadores al fiador que realizó un abono justificado, para evitar a dichos cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, unilateral, caprichosa o, incluso, maliciosa, por parte del fiador que pagó. En consecuencia, estima suficiente para cubrir dicha finalidad cualquier requerimiento de pago por el acreedor realizado de manera expresa y fehaciente como, por ejemplo, un requerimiento notarial (sentencia de 7 de julio de 1988).

XI. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR AFIANZAMIENTO UNILATERAL

A la hora de analizar la jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo referida a la importante cuestión de determinar el alcance de la responsabilidad derivada del afianzamiento unilateral llevado a cabo por uno sólo de los cónyuges, sorprende de manera evidente la contradicción entre dos sentencias, en que cae el Alto Tribunal al conocer y decidir sobre un mismo caso.

Las mismas partes y la misma cuestión es la debatida en las sentencias de fecha 19 de enero de 1987 y de 16 de febrero del mismo año, referidas a determinar si los bienes de la sociedad de conquistas responden por una deuda derivada de afianzamiento otorgado por

uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, y distintas por completo son las decisiones a las que llega el Tribunal Supremo en cada una de ellas. La esposa, navarra y casada en régimen de sociedad de conquistas, argumentando las demandas en base a la ausencia de consentimiento expreso por su parte del afianzamiento que de manera unilateral suscribe su esposo, pretende obtener la nulidad de la póliza y el consiguiente levantamiento del embargo trabado sobre un piso de la sociedad de conquistas.

Antes de entrar en el análisis de las posibles razones y fundamentos, si los hubiera, que han conducido al Tribunal Supremo a pronunciarse de manera contradictoria ante el mismo supuesto de hecho planteado, vamos a reseñar por separado los pronunciamientos más destacados en ambas sentencias que apoyan las distintas soluciones ofrecidas.

En la sentencia de fecha 19 de enero de 1987 se declara nulo el afianzamiento constituido unilateralmente por el esposo, sin conocimiento de la esposa, a favor de un ente jurídico extraño a la sociedad conyugal de conquistas, con perfiles de onerosidad bien cualificados. Esta es la conclusión que parece deducirse de la doctrina contenida en la sentencia que interesa resaltar los siguientes párrafos:

1.º) «...de acuerdo con la Compilación del Derecho civil de Navarra, sin el consentimiento del otro cónyuge no puede transmitirse al patrimonio de la sociedad conyugal de conquistas las responsabilidades por los actos que realice uno solo de los cónyuges en el cumplimiento de las obligaciones voluntariamente aceptadas...» (Fundamento 4).

2.º) «...es obvio que la garantía prestada por el marido lo ha sido a favor de una persona jurídica que respecto del matrimonio y de la sociedad de conquistas, de la que es titular, no tiene otra cualidad que la de tercero, por más que el marido sea miembro de la sociedad, incluso órgano personal representativo de la misma, por lo que es requisito "sine qua non" para que el afianzamiento prestado por el marido pueda afectar a los bienes comunes o de conquista el pleno consentimiento —no simple conocimiento— de ambos cónyuges...» (Fundamento 4).

3.º) «...debiendo subrayarse que los términos de las Leyes 53, segundo párrafo; 61, segundo párrafo, y 86 (de la Compilación de Derecho civil de Navarra), en buena hermenéutica no admiten otra interpretación, no siendo lícito ni traer a colación principios de otras legislaciones aunque sean de carácter común o general, ni tampoco razones teleológicas de resultados a larga distancia, de tipo económico en beneficio de la Sociedad común, pues, insistimos, todo lo que en la actividad de cónyuges exceda de la administración ordinaria o

disposición gratuita y moderada conforme al uso común en el discurrir cotidiano de la vida familiar, requiere el consentimiento del cónyuge copartícipe para poder afectar al patrimonio común...» (Fundamento 5).

4.º) «...lo que tampoco queda desvirtuado por el dato de que el afianzamiento que se contempla merezca el calificativo de mercantil, a tenor del artículo 439 del Código de Comercio por lo dispuesto en forma específica y particular por la Ley 61, sin distinciones de clase alguna para toda clase de afianzamientos, sean o no mercantiles, y sean o no comerciantes los que prestaren esta clase de garantía, sin que pueda invocarse ninguna norma general o específica de la legislación común general que pueda suponer merma del dispositivo de dicha Ley 61...» (Fundamento 4).

Basándose, entre otras, en las argumentaciones aquí señaladas, el Alto Tribunal considera que el negocio contraído por uno de los cónyuges no es nulo ni anulable en su esencia intrínseca negocial, sino que las responsabilidades derivadas de los mismos, cuando carecieron del consentimiento del cónyuge cotitular, se constreñirán al patrimonio privativo del cónyuge comprometido, que es en el que se harán efectivas aquéllas.

De manera radicalmente opuesta, como he señalado anteriormente, se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dada el 16 de febrero de 1987, pocos días después del anterior, en la que fundamentándose en argumentos de otra índole hace extensivo a los bienes conquistados de la responsabilidad asumida unilateralmente por el marido. En este caso, es decisivo destacar de la mencionada sentencia las siguientes afirmaciones contenidas en los Fundamentos de Derecho de la misma, y que son:

1.º) «...los bienes conquistados (como los gananciales del Código civil) cuyo origen se hallen en esa actividad profesional única del marido, responden, probablemente con carácter necesario, de deudas como la de mérito (afianzamiento). En cuanto a los demás bienes conquistados o gananciales, la responsabilidad también les alcanzan a través del consentimiento expreso o, más generalmente, presunto de la mujer y ello en el bien entendido de que la presunción de consentimiento en los términos de los artículos 7 y 8 se mantiene viva mientras o en tanto no es expresamente revocada desde el Registro Mercantil...».

2.º) «...la expresión final del artículo 6 (“para que los demás bienes comunes queden obligados se hará necesario el consentimiento de ambos cónyuges”); expresión que alcanza a los conquistados, habida cuenta de hallarse en un precepto de general aplicación en el Reino) ha de entenderse refiriendo el consentimiento, no a la responsabi-

alidad de los bienes, sino al ejercicio del comercio, expreso o, más generalmente, presunto...».

3.º) «...no obsta a lo razonado el contenido de las Leyes 59 y 61 del Fuero Nuevo de Navarra..., resultaría perturbado admitir peculiaridades que afectarían inevitablemente a las “bases de las obligaciones contractuales”, apareciendo patente la aspiración hacia la unidad de mercado...».

En un estudio comparativo y detallado de las dos sentencias aquí mencionadas, Delgado Echevarría (Cuadernos *Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 13, págs. 4329-4344) pone de manifiesto cómo la contradicción entre las dos sentencias del Supremo es frontal, total e insalvable, impidiendo toda excusa o explicación benévola de esta índole. Señala este autor que las peculiaridades procesales que han dado ocasión a la emisión de fallos contradictorios por el Tribunal Supremo vienen motivadas, en buena medida, por anteriores contradicciones del mismo Tribunal y la inseguridad consiguiente sobre qué cauces se le permitirá utilizar a una mujer casada para proteger eficazmente sus derechos sobre bienes comunes frente a su embargo por deudas de las que no debe responder. Observa, asimismo, cómo resulta irónico que se diga a la mujer que lo que debió hacer para que las deudas de su marido no perjudicaran su derecho en los bienes de conquistas era acudir al registro mercantil, porque ni su marido podría constar en él inscrito como comerciante ni, consecuentemente, podría el registro recibir ninguna declaración de la mujer relacionada con el supuesto ejercicio del comercio por su marido. En opinión de este autor es la Ley 61 de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra la que debió aplicarse en la sentencia de 16 de febrero de 1987, con la ineludible consecuencia del levantamiento del embargo trabado sobre el bien de conquista. Opinión que, con notable énfasis expresa también la sentencia de 19 de enero en su Fundamento 4. Concluye Delgado señalando que en el fondo lo que hace la sentencia de 16 de febrero es aplicar el Código civil a un caso sujeto al Derecho navarro, violando una norma clara de este Ordenamiento.

Tan sólo cuatro días después, por sentencia de 20 de febrero de 1987, la Sala Primera del Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre este tema aunque de manera más superficial al no constituir el objeto principal de la litis. Siendo en este caso, sin lugar a dudas, de aplicación el Derecho común y estar vigentes en los matrimonios el régimen económico de gananciales al tiempo de asumirse por los respectivos cónyuges de las recurrentes la obligación de afianzamiento, llega el Alto Tribunal a la misma solución ofrecida en la sentencia ya mencionada de 17 de febrero de 1987. Así, tomando en consideración el hecho de que se afianzaban operaciones de una sociedad de

la que los cuatro cónyuges implicados eran los únicos socios, entiende aplicable al caso la doctrina contenida en la sentencia de 6 de octubre de 1980 y, de este modo, determina que al estar la fianza constituida en interés y beneficio de ambas familias, la responsabilidad asumida, aunque unilateralmente por los maridos, está inmersa y redundante, haciéndola extensiva al patrimonio ganancial.