

RESUMEN

ADICIÓN DE HERENCIA

*Examen crítico de jurisprudencia
sobre la acción de adición de herencia.
Artículo 1.079 del Código Civil.*

ABSTRACT

ACCEPTANCE OF A LEGACY

*Critical examination of jurisprudence
on action to accept a legacy.
Civil Code, article 1.079.*

1.5. Obligaciones y Contratos

**POR LA FIANZA SE OBLIGA UNO A PAGAR O CUMPLIR POR UN TERCERO
EN EL CASO DE NO HACERLO ÉSTE.**

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. CONCEPTO

La nota más característica a la que se circunscribe la obligación del fiador que hemos definido es la de que será exigible en caso de que no pague el deudor principal. En realidad, el carácter subsidiario de la responsabilidad del fiador es un elemento natural del contrato, pero no es esencial, pues las partes pueden pactar la solidaridad del fiador. Frente a la doctrina clásica que consideraba el caso del fiador como un supuesto de responsabilidad sin deuda, el mismo Código Civil denomina deudor al afianzado como si no lo fuera el fiador, de tal manera que autores como Díez PICAZO y GULLÓN estiman que el fiador es responsable y también deudor desde el mismo momento en que garantiza la obligación contraída por el deudor principal y que hace pensar que también existe otro deudor. Es, también la fianza, una obligación accesorio, pues SSTs como las de 13 de marzo de 1987 y 19 de mayo de 1990, entre otras, presuponen la existencia de una obligación principal de la que depende pues el artículo 1824.I del Código Civil que indica que la fianza no puede existir sin una obligación válida. La accesoriedad es una cualidad derivada necesariamente de la finalidad de la fianza, que es la de garantizar una deuda ajena, sin su existencia no es concebible obviamente la garantía. Esta garantía personal que significa la fianza se sustancia en que el acreedor ve reforzado su poder de exigir, pues puede dirigirse no sólo contra su deudor sino contra otra persona más, dicho de otra manera, con la fianza hay otro patrimonio más objeto de agresión. Además es consensual, es onerosa o gratuita, siendo onerosa cuando se pacta una retribución al prestar la garantía, lo que sucede cuando el fiador es un profesional que realiza un tipo de operaciones, y, en este caso, es también un contrato bilateral y es un contrato causal pues cumple una función de garantía distinta de la que tiene el afianzado.

II. OBJETO

Si la obligación del fiador es la de pagar o cumplir en defecto del deudor, el objeto de la misma se ha de determinar en relación con el de la obligación principal. La regulación legal de la fianza reposa en el presupuesto de que lo debido por el deudor es una suma de dinero (arts. 1.825, 1.826 y 1.838 del Código Civil), pero no hay un precepto que excluya la fianza cuando se trata de objetos distintos, lo que ocurrirá será que el objeto de la obligación del fiador no es idéntico al de la obligación principal, sino el que de ésta derive cuando se incumple (indemnización de daños y perjuicios, art. 1.116 del Código Civil). El que afianza una obligación que no admite la fungibilidad en su cumplimiento debe entenderse que contrae una obligación con aquel alcance.

III. SU DISTINCIÓN

El modelo de fianza que delinea el Código Civil está presidido por los caracteres de subsidiariedad y accesoriedad de la misma, pero la primera característica no es imperativa, puede el fiador obligarse solidariamente con el deudor. La fianza es distinta de:

1. Las Leyes de Arrendamientos Urbanos en donde no es un tercero quien sale garante del cumplimiento de una obligación, sino que la fianza está representada por una determinada cantidad que el arrendatario debe depositar para responder de las resultas de los gastos que se produzcan y que se computarán al liquidarse la situación arrendaticia.
2. La asunción de deuda cumulativa porque el asumente es obligado principal, no independiente del otro deudor y solidario junto a éste, mientras que el fiador es obligado accesorio y normalmente subsidiario. La misma divergencia se da frente a los deudores solidarios.
3. Del contrato de garantía autónoma en que la fianza es accesorio y causal mientras que la garantía autónoma es una obligación independiente, personal, principal y no causal (STS de 5 de febrero de 1999), pues supone la desvinculación de la obligación principal, puesto que el garante se compromete a pagar una suma de dinero al beneficiario cuando éste se lo exija, independientemente de que haya o no pagado el deudor principal, es lo que se llama garantía a primer requerimiento.
4. En el seguro de caución, en el que el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro. Aunque también cumple una función de garantía, se trata de un contrato distinto al de fianza puesto que el asegurador podrá poner al acreedor las excepciones inherentes a la relación de cobertura que le vincula al deudor-tomador y, especialmente, la falta de pago de la prima del seguro, lo que liberaría al asegurador. Para la STS de 19 de mayo de 1990, otras diferencias entre ambas figuras consisten en que la fianza es un contrato accesorio y el fiador se obliga cuando incumple el deudor, mien-

tras que la obligación del asegurador de caución es principal y surge cuando del incumplimiento se hayan causado daños y perjuicios.

5. La fianza no es una obligación ni un modo de obligarse sino un título del que surge una obligación fideusoria consistente en obligarse a cumplir por otro, y que se realiza a través de la técnica de la intercesión por la que se asume una deuda propia en consideración de una determinada obligación ajena.
6. Además de las vistas existen otras figuras que cumplen las funciones de garantía personal y que han sido reconocidas por nuestro Tribunal Supremo en sentencias como la ya citada de 5 de febrero de 1999 y en otras como la de 3 de julio de 1999.

En realidad, destacamos que:

- El fiador es un verdadero obligado, no un simple responsable por deuda ajena (STS de 27 de septiembre de 1996). La obligación del fiador es susceptible de subordinarse, en cuanto a su existencia y efectividad, al cumplimiento de una condición (STS de 21 de octubre de 1991).
- El carácter subsidiario de la fianza no tiene otra representación que el beneficio de excusión de orden concedido al fiador (STS de 25 de febrero de 1958).
- El fiador solidario puede ser compelido a pagar sin reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal (SSTS de 3 de febrero de 1990 y 10 de abril de 1995), sin perder el fiador su condición de tal en las relaciones internas con el deudor garantizado (SSTS de 28 de septiembre de 1977, 29 de diciembre de 1987 y 23 de marzo de 1988).
- La fianza mercantil es solidaria (STS de 7 de marzo de 1992).

IV. ELEMENTOS

Partes de la relación de fianza son el *acreedor*, el *deudor principal o afianzado* y el *fiador*, pero el contrato se perfecciona con el consentimiento del acreedor y del fiador, como podemos contemplar en la STS de 3 de julio de 1999, ya que puede constituirse la fianza ignorándola o en contra del deudor principal. En cuanto a la capacidad para ser fiador se aplican las reglas generales, siendo necesaria la capacidad para obligarse, tal y como dispone el artículo 1.828 del Código Civil. Por su parte, el artículo 323 del mismo texto legal, no menciona de forma expresa el supuesto de fianza dentro de los actos para los que el menor emancipado necesita complemento de capacidad, pudiendo ser fiador. En opinión de Díez-PICAZO y GULLÓN, esa fianza podría anularse si con ella se pretende realizar un fraude de ley con respecto a alguna de las actuaciones que contempla el citado artículo 323, por ejemplo, el caso en que el menor quiere obtener un préstamo pero coloca a un testaferro como prestatario asumiendo el emancipado el papel de fiador. Por su parte, el artículo 1824.I del Código Civil indica que la fianza no puede existir sin una obligación válida, pero el artículo 1824.II añade que no puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la del menor de edad, es decir, la obligación principal ha de ser al menos provisionalmente válida y eficaz excluyéndose los supuestos de nulidad e inexistencia. Puede ser anulable, pero la acción de anulabilidad compete a la persona afectada por el vicio

o defecto, no al fiador, aunque éste pueda aprovecharse del éxito de esa acción. La obligación garantizada puede consistir en dar cosas fungibles o no fungibles, hacer o no hacer, determinándose la responsabilidad del fiador en la acción de cumplimiento por equivalencia y eventualmente en la acción de indemnización de daños y perjuicios. En cuanto al contenido de la fianza, el artículo 1826.I del Código Civil ordena que el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. El artículo 1826.II, por su parte, establece una nulidad parcial de la fianza para el caso de que el fiador se hubiera obligado a más, pues se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. Cuando la fianza es simple o indefinida, no limitada a una cantidad concreta, comprenderá no sólo la obligación principal sino todos sus accesorios, incluso los gastos de juicio, entendiéndose, respecto de éstos, que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago, según establece el artículo 1827.II del Código Civil. Además, la fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella, tal y como dispone el artículo 1827.I del Código Civil, a este respecto, la jurisprudencia en STS de 28 de julio de 1990 aclara que no tiene que constar necesariamente por escrito, lo fundamental es que en el pacto aparezca claramente la voluntad de afianzar.

V. CLASES

La fianza puede ser *presente* cuando la obligación principal existe desde el primer momento y es líquida. 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 —art. 1.825 del Código Civil—. Y es que la relación de fianza nace, se constituye y existe sin que exista aún la obligación principal, diciendo a este respecto que el fiador está vinculado. Esto sucede, por ejemplo, cuando se afianza un contrato de descuento bancario, en el que al momento de contratar no se sabe a cuánto ascenderá el importe exacto del débito, ya que dependerá de las letras de cambio impagadas, se conoce el importe máximo garantizado. Y es que la vinculación del deudor principal actúa como una condición suspensiva impropia de la fianza y cumplida la condición, es decir, convirtiéndose en deudor el deudor principal, los efectos de la obligación se retrotraen al día de la constitución de la fianza. En este sentido, las SSTs de 29 de marzo de 1979 y 20 de febrero de 1987, entre otras, llegaron a la conclusión de la existencia de la obligación garantizada en el momento en que prestó la fianza con la ineludible consecuencia de responder el fiador desde ese momento. Pero, por el contrario, la STS de 29 de abril de 1992 estimó que extingue la fianza el fallecimiento del fiador con anterioridad a la liquidez de la deuda.

La fianza también puede ser *convencional, legal o judicial* —art. 1823.I del Código Civil—, según que su origen sea un contrato, la ley o una decisión judicial. Respecto a la convencional, señala el artículo 1.828 del Código Civil que el obligado a dar al fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. También es fianza convencional la que presta el fiador, aunque lo ignore el deudor principal, lo que sucede en el caso que prevé el artículo 1838.III del Código Civil. Nadie está obligado a ser fiador ni siquiera en los supuestos de

las fianzas legal y judicial. Indica el artículo 1.854 del Código Civil que el fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial debe tener las cualidades prescritas en el mencionado artículo 1.828. Añade el artículo 1.856 del Código Civil que el fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal.

Desde otro punto de vista puede hablarse de fianza *singular* y fianza *general*, la primera —singular— se constituye para una concreta obligación, la segunda —general— trata de garantizar una relación jurídica continuada como, por ejemplo, una línea de descuento bancario o un crédito en cuenta corriente. La STS de 13 de febrero de 1998 consideró válida la fianza por la que el fiador se comprometió frente al acreedor a garantizar el buen fin y completo pago de cuantas operaciones comerciales y de todo tipo realice con éste el hijo de aquél.

Por último, distinguimos entre fianza *en interés ajeno* y fianza *en interés propio del fiador*. La STS de 16 de septiembre de 1998 admitió una fianza en interés propio que, además era solidaria, pero aclaró que ese dato del interés propio es dispar en la accesoriedad de la fianza y desdibuja la silueta de la figura del fiador, pues con ello adquiere caracteres que son propios del deudor principal, dando a entender que estamos fuera de las normas de la fianza. La fianza convencional, como contrato consensual que es, se perfecciona por el concurso de la oferta y de la aceptación, y con anterioridad a ésta no hay verdadera obligación para el fiador, pues constando el fallecimiento del fiador sin aceptación del acreedor, no quedan vinculados sus herederos (STS de 23 de marzo de 1988). El contrato de fianza exige el consentimiento del acreedor, manifestado para la intervención del mismo en el contrato constitutivo, o por la aceptación del contrato celebrado para afianzar al deudor, entre éste y el fiador (STS de 30 de junio de 1966). El afianzamiento prestado por el marido sin consentimiento de la esposa no puede ser conceptuado como acto a título gratuito, cuando tiene por objeto garantizar el crédito obtenido por la sociedad de cuyos beneficios participa la de gananciales por ambos esposos, así lo reflejan las SSTs de 11 de abril de 1972, 11 de mayo de 1984, 7 de mayo y 29 de diciembre de 1987, 18 de noviembre de 1988 y 12 de mayo de 1989 —entre otras—.

VI. EFECTOS

El fiador tiene la obligación de pagar al acreedor si no lo hace el deudor principal. Tiene el beneficio de excusión, pues como su responsabilidad es subsidiaria no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor, tal y como dispone el artículo 1.830 del Código Civil. Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión debe oponerlo al acreedor cuando éste la requiera para el pago y señalarle bienes del deudor realizables y que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. La STS de 20 de enero de 1999 consideró cumplido el trámite de requerimiento de pago por el hecho de haber demandado conjuntamente al deudor principal y fiador. Cumplidas por el fiador todas las condiciones, el acreedor negligente es responsable de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte, así lo señala el artículo 1.833 del Código Civil. El acreedor puede demandar al fiador y también puede citarlo o notificar la existencia del procedimiento cuando demande al deudor principal, pero que-

dará a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos, a este respecto citar el artículo 1.834 del Código Civil. Y a tenor del artículo 1.831 del Código Civil la excusión no tiene lugar: 1) Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella; 2) cuando se haya obligado solidariamente con el deudor; 3) en el caso de quiebra o concurso del deudor, y 4) cuando éste no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino. Además se entiende que hay renuncia expresa al beneficio de excusión cuando se comprueba la existencia de la voluntad de no hacer uso de tal beneficio. Por otra parte, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda pero no las que sean puramente personales del deudor. La STS de 25 de octubre de 1999 estimó que el fiador puede aducir tanto las que afecten a la existencia y validez de la obligación principal como las relativas a su posible extinción e incluso utilizar los remedios defensivos que, fundados en razones objetivas permitan el incumplimiento del deudor principal, como el hecho de que éste recibiera la cantidad prestada de manera irregular, pues uno de sus administradores retiró de la cuenta corriente el importe mediante un cheque que necesitaba la firma del otro administrador, error imputable al acreedor prestamista. Por otro lado decir que, antes del momento del pago, el artículo 1.843 del Código Civil regula la llamada acción de cobertura, acción en la que el fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor, según la STS de 7 de mayo de 1997, dicha acción se dirige exclusivamente contra el deudor y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada, caso que el acreedor no consienta en relevarle de la garantía, pudiendo el fiador proceder contra el deudor principal:

- Cuando se ve demandado judicialmente para el pago.
- Caso de quiebra, concurso o insolvencia.
- Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en plazo determinado y dicho plazo ha vencido.
- Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible.
- Cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento.

La jurisprudencia, en SSTs como la de 6 de octubre de 1995, no considera aplicable este precepto a quien otorga garantía real en aseguramiento de una obligación ajena y tampoco se aplica a los avales por tener naturaleza de garantía autónoma como también aduce la STS de 5 de febrero de 1999. Si paga el fiador establece una acción de subrogación por pago que permite conservar los privilegios y las garantías que tenía el acreedor contra el deudor principal. Además, se le concede al deudor una acción de reembolso al indicar que el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste, comprendiendo tal indemnización: La cantidad total 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 haya sido requerido para el pago y los daños y perjuicios cuando procedan. Un sector de la doctrina a la que se acogen autores como ALBALADEJO, LASARTE, DÍEZ-PICAZO, entre otros, opina que los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil le conceden dos acciones que no son acumulativas sino que le permiten optar entre una y otra: la de reintegro y la de subrogación: las SSTs de 13 de febrero de 1988

y 15 de diciembre de 1997 se inclinan por lo expuesto. Pero, sin embargo, otro sector doctrinal —entre los que se encuentran PUIG BRUTAU y PÉREZ ÁLVAREZ— dispone que los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil conceden una única acción al fiador que paga al acreedor, la acción de reembolso, no pudiendo el acreedor pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado. Puede ocurrir que el fiador pague sin ponerlo en conocimiento del deudor, pudiendo éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago, tal y como nos dice el artículo 1.840 del Código Civil. Y si el deudor principal, ignorando el pago del fiador, lo repite, no le queda al fiador recurso alguno contra el deudor principal, pero sí contra el acreedor, se trata de una acción de reembolso que trata de evitar el enriquecimiento injusto del acreedor. Cuando el fiador paga antes del vencimiento de la deuda a plazo, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza —art. 1.841 del Código Civil—. En este orden de cosas, el fiador que pague cuando la fianza se haya creado en su interés propio, no es de afianzamiento, carecerá de la acción de reembolso y si la fianza se ha contraído en interés común del afianzado y fiador, tampoco jugarán las normas del reembolso, así lo establece la STS de 2 de diciembre de 1988.

Entre los *efectos* de la fianza entre *el fiador y el acreedor* destacamos lo siguiente: La oposición del beneficio de excusión requiere que se designen bienes determinados, realizables suficientemente para el completo pago y con garantía de existencia real y efectiva, tal y como disponen las SSTS de 25 de febrero de 1968, 31 de enero de 1986 y 29 de octubre de 1991. El artículo 1.832 del Código Civil no se cumple con una simple referencia al activo que el deudor haya presentado en una suspensión de pagos (STS de 7 de abril de 1975). Puede, además, ejercitarse conjuntamente y en evitación de la duplicidad de procedimientos con idéntica finalidad la acción del acreedor contra el deudor y subsidiariamente contra el fiador con beneficio de excusión, que ha de quedar a salvo en la sentencia, declarando en consecuencia y previamente la insolvencia total o parcial del primero para que pueda compelerse al fiador a que haga efectivo con sus propios bienes el pago por aquél (STS de 22 de noviembre de 1916). La posibilidad de citación conjunta al deudor y fiador demuestra que es una facultad que se concede al acreedor, que puede o no ejercitar (STS de 17 de junio de 1985). El requerimiento ordenado por el artículo 1.832 —ya mencionado— puede ser hecho por demanda judicial (SSTS de 25 de febrero de 1958 y 3 de octubre de 1985).

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 regulan los artículos 524, 540 y 548 de la LEC, y mucho menos en los que se presenten después de constituida la relación jurídico-procesal (STS de 7 de abril de 1975).

Ahora, entre los *efectos* de la fianza entre *el deudor y el fiador* vemos:

El artículo 1.843 del Código Civil no es de aplicación en las relaciones internas entre cofiadores (STS de 7 de mayo de 1977). Los efectos del citado artículo 1.843 no se producen automáticamente sino que requieren el ejercicio de la correspondiente acción (STS de 31 de octubre de 1994). El artículo 1.843 no se aplica cuando la fianza no es una garantía personal, como cuando se halla constituida por valores públicos (STS de 26 de mayo de 1950), tampoco se aplica cuando un tercero hipoteca un bien de su propiedad en garantía de una deuda ajena, al no ser deudor, no puede ser considerado garante análogo

al fiador (STS de 6 de octubre de 1995) y tal precepto no fundamenta ninguna acción de reembolso contra el deudor sobre unos hipotéticos pagos al acreedor, ni exigidos ni efectuados (SSTS de 17 de octubre de 1990 y de 31 de octubre de 1994).

Y, finalmente, entre los *efectos* de la fianza entre los *cofiadores* destacamos:

El cofiador que paga puede ejercitar de forma acumulada sus acciones contra el deudor y cofiadores, de forma alternativa o subsidiaria. La suma acreedora, por el juego del ejercicio de las dos acciones, nunca puede ser superada, pues ello llevaría al enriquecimiento injusto (STS de 3 de julio de 1998). La acción de regreso que tiene el cofiador que paga no exige que previa o simultáneamente se haya demandado al deudor (SSTS de 29 de noviembre de 1997 y 30 de marzo de 2001). Basta la situación de insolvencia notoria, sin necesidad de esperar a declaración formal de quiebra o concurso para que el cofiador que paga puede accionar de regreso (SSTS de 4 de mayo de 1993 y de 28 de septiembre de 1997). No debe exigirse el estricto cumplimiento del párrafo tercero del artículo 1.844 en los supuestos de pago por el cofiador solidario que a todos beneficie, sólo en aquellos en que el pago entero y espontáneo del cofiador se produzcan por móviles torcidos, buscando propio beneficio o en perjuicio de los demás fiadores (SSTS de 27 de febrero, 18 de septiembre y 29 de noviembre de 1997, 4 de mayo de 1993, 2 de diciembre de 1988, 16 de julio de 1999 y 20 de marzo de 2001). No es absolutamente indispensable para repetir contra los fiadores que se le haya demandado judicialmente al cofiador que pagó si el pago es beneficioso para todos (SSTS de 24 de mayo de 1994 y 29 de noviembre de 1977). Y es que el artículo 1.844 del Código Civil excluye la fianza múltiple, esto es, la de tantas fianzas y fiadores como porciones concretas de la demanda garantizada (STS de 4 de mayo de 1993, y además la acción de regreso del dicho precepto no procede respecto del cofiador que deja de serlo por haber asumido la deuda garantizada (STS de 27 de febrero de 1990). Si uno de los cofiadores solidarios afectó con hipoteca un bien, sobre el cual el acreedor se satisfizo, está legitimado para accionar de regreso en base al artículo 1.145 del Código Civil en relación con el artículo 1.822, párrafo segundo (STS de 29 de noviembre de 1997).

VII. EXTINCIÓN

La regla general se recoge en el artículo 1.847 del Código Civil, que dispone que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que las del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones, sin embargo, se establecen reglas particulares de extinción de la fianza en artículos posteriores:

- Cuando por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados los fiadores en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo (art. 1.852 del Código Civil). Ha de tratarse de hechos, es decir, de una conducta activa del acreedor. La STS de 25 de octubre de 1999 consideró que el acreedor entregó indebidamente a la sociedad afianzada la cantidad prestada, al pagar un cheque al administrador de ésta que carecía de poderes suficientes para cobrarlo.
- Cuando el acreedor concede una prórroga al deudor principal sin el consentimiento del fiador (art. 1.851 del Código Civil) o, lo que es lo mismo, cuando transcurre el plazo pactado de vigencia de la fianza.

Cabe que el fiador se comprometa sin sujetarse a un plazo determinado, en cuyo caso no es aplicable esta causa de extinción, así lo establecen SSTs de 30 de diciembre de 1997 y de 13 de febrero de 1998. Y es que el plazo indefinido no significa que sea ilimitado en el tiempo, la STS de 3 de julio de 1999, referida a un aval, entendió que la garantía se extinguió cuando la sociedad afianzada se fusionó con otra.

- Cuando el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda aunque después los pierda por evicción (art. 1.849 del Código Civil). Se trata, en realidad, ahora de una alteración objetiva convencional que precede a la dación en pago. Efectuada la entrega se produce la extinción de la obligación y de la fianza que es accesoria. La STS de 25 de mayo de 1999 aclaró que el precepto se refiere a entrega de efectos librados contra terceros, lo que no produce el efecto suspensivo previsto en el artículo 1.170 del Código Civil, pues este precepto se refiere a la entrega de efectos pagaderos por el propio deudor. Y es que la extinción de la fianza por resolución de la obligación principal no queda impedida por las acciones ejercitadas en el pleito derivadas de esa resolución y que afecta a la devolución de las prestaciones efectuadas, que en modo alguno puede verse garantizada por la finca (STS de 28 de febrero de 1991). En materia de préstamos usurarios, la nulidad del contrato no afecta a la fianza constituida para la devolución de lo prestado, si bien queda reducida a lo que según la Ley tenga que restituir el préstamo afianzado (STS de 14 de junio de 1984). En contra la STS de 20 de junio de 2001.

La *cessio pro solvendo* por parte de la deudora en suspensión de pagos, en el convenio acordado con sus acreedores dentro de ella no entraña la extinción de la fianza, ni la renuncia de dichos acreedores a la diferencia entre el nominal de sus créditos y lo percibido en la liquidación, pues no se trata propiamente de una condonación de deuda, además de que la renuncia sólo podría ser efectiva cuando, por haberse cumplido en pago la liquidación exista verdaderamente la diferencia (STS de 14 de septiembre de 1987).

La reducción de la cuantía de la deuda afianzada no implica novación (STS de 8 de octubre de 1986).

Ni la suspensión de pagos ni el concurso ni la quiebra del deudor principal extingue la fianza (STS de 19 de diciembre de 1989).

El convenio en una suspensión de pagos entre el deudor y sus acreedores no impide al afianzado proceder contra los fiadores, sin que éstos puedan aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al deudor, salvo que el acreedor hubiese renunciado expresamente a su garantía, en cuyo caso no podrá proceder contra los fiadores (STS de 16 de noviembre de 1991).

La jurisprudencia se inclina por el criterio de que en los supuestos de concurso de acreedores, quiebra y suspensión de pagos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser incardinable el convenio de suspensión de pagos en el concepto de transacción según el sentido del artículo 1.835 del Código Civil, ya que el convenio se impone por una determinada mayoría del acreedores, y no tiene por qué eliminar la garantía adicional de la fianza para el acreedor que, pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía (STS de 22 de julio de 2000).

VIII. CONCLUSIONES

Analizada la figura de la fianza hemos de concluir diciendo que el fiador debe pagar o cumplir por el deudor en caso de que éste no lo haga, por tanto, no es sólo un responsable sino también un deudor; su obligación es subsidiaria, no condicional; no nace cuando el deudor no cumpla sino desde que se obliga por el afianzamiento, la subsidiariedad indica que el acreedor debe exigir al fiador después que al deudor en defecto de obtener satisfacción del mismo, la subsidiariedad representa el beneficio de excusión o de orden concedido al fiador, y además de la subsidiariedad la otra característica que delinea la fianza es la accesoriedad, es un accesorio del crédito que garantiza por lo que se transmite y extingue con el mismo, pero en sí misma tiene vida jurídica propia, y es que la fianza puede ser un contrato pactado entre el garante y el acreedor que es el contrato típico del que nace la obligación fideusoria disciplinada en el Código Civil, según hemos visto, pero también puede ser una descripción de dicha obligación fideusoria del garante, cuya fuente no se halla en el contrato típico de fianza, como sucede en la solidaridad pasiva, en el mandato de crédito, en el seguro de caución, en la comisión de garantía o en el endoso. Por otro lado, dentro de esta alusión a la fianza, son dos los conceptos que debemos distinguir para poder completar el estudio de la misma: cofianza, que se produce cuando por una misma obligación hay dos o más fiadores que están en el mismo plano o nivel y a este respecto podemos citar la STS de 14 de octubre de 1996, que estimó que no estaba aún perfeccionado un contrato de fianza, pues en la póliza de afianzamiento mercantil sólo habían firmado dos de las siete personas que figuraban como fiadores y la subfianza, que es la denominación que recibe la garantía de la solvencia del fiador y se produce cuando por una misma obligación hay dos o más fiadores que no están en el mismo plano o nivel, actuando unos en calidad de fiadores del fiador o cofiadores. Es en este lugar dónde podríamos preguntarnos por qué el fiador se constituye como garante, pues puede ocurrir que obre espontáneamente en beneficio del deudor, y también puede que lo haga para cumplir obligaciones que con él haya contraído, es decir, que se haya obligado a afianzarlo y si así sucediese, las vicisitudes de las relaciones entre ambos no pueden serles opuestas al acreedor pues no son derivadas de las relaciones acreedor-deudor, por eso es común el que afirmemos el carácter abstracto de la fianza pero entendida en aquel sentido, no en que el contrato carezca de causa, pues siempre la tiene y es el de garantizar la satisfacción del acreedor. La fianza puede nacer también de un convenio entre acreedor y tercero por el que éste se constituya en garante de deuda ajena; además, el fiador puede constituirse en esa condición como consecuencia de un pacto entre acreedor y deudor por el que éste se obliga a darle un fiador. Finalmente, concluir diciendo que el fiador es un verdadero obligado, no un simple responsable por deuda ajena y esa obligación del fiador es susceptible de subordinarse en cuanto a su existencia y efectividad al cumplimiento de una condición.

RESUMEN

FIANZA

La fianza puede ser un contrato pactado entre el garante y el acreedor

ABSTRACT

THE DEPOSIT

A deposit can be a contract between the guarantor and the lender (the type

—contrato típico del que nace la obligación fideusoria disciplinada en el Código Civil—, pero también puede ser una descripción de la obligación fideusoria del garante, cuya fuente no se halla en el contrato típico de fianza, como sucede en la solidaridad pasiva, en el mandato de crédito, en el seguro de caución, en la comisión de garantía o en el endoso.

of contract which gives rise to the deposit obligations addressed in the Civil Code), but a deposit can also be a description of the guarantor's deposit obligation, whose source does not lie in a deposit contract. This happens in several liability, orders for credit, surety bonds, guarantee commissions and endorsements.

**ESTUDIO DEL LEASING FINANCIERO Y DEL LEASE-BACK A PROPÓSITO
DE LA RDGRN DE 29-1-2005 Y DE LA SENTENCIA DEL TS DE 2-2-2006.**

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Licenciada en Derecho

I. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

El denominado leasing financiero es un contrato de procedencia anglosajona a través del cual se ofrecía a los empresarios la posibilidad de disponer de los bienes que necesitaban para el ejercicio de su actividad económica, sin necesidad de proceder a su adquisición durante un determinado período de tiempo; transcurrido el cual el usuario podía adquirir los bienes por un precio residual, devolverlos o renovar el contrato por un nuevo plazo. En un primer momento, esta nueva técnica de financiación se entendió exclusivamente aplicable a bienes muebles y más específicamente a aquellos de uso empresarial o profesional, pero posteriormente se consagra expresamente su aplicabilidad tanto a muebles como a inmuebles.

La diferencia objetiva entre ambos repercute en su significación jurídica, como señala COILLOT en frase muy gráfica, en el leasing de bienes muebles, el uso aventaja a la propiedad, mientras que en el de bienes inmuebles, la propiedad vence siempre al uso.

Se consolida el contrato de leasing financiero desde el momento en que los empresarios, tradicionalmente apegados al dominio de los bienes de producción, descubren que lo importante no es el capital sino el valor en uso.

El contrato de leasing, en un principio carecía de regulación en nuestro ordenamiento jurídico y se admitía al amparo del principio de autonomía de la voluntad tipificado en el artículo 1.255 del Código Civil, idea también recogida con criterio jurisprudencial en sentencia del TS de 10-4-1981.

La primera normativa reguladora del leasing reviste carácter fiscal; en la actualidad se encuentra regulado en:

- La Disposición Adicional 7.^a de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, define los contratos de arrendamiento financiero como aquellos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según