

La protección del fiador en el Derecho alemán

(A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19-10-1993) (1)

1. La institución fideiusoria aparece regulada en el título decimoctavo del libro segundo del Código civil alemán (§§ 765-778 *Bürgerliches Gesetzbuch* = BGB). Como dispone el primero de estos parágrafos, por el contrato de fianza se obliga el fiador frente al acreedor de un tercero a responder del cumplimiento de la obligación asumida por éste (2). La responsabilidad fideiusoria puede surgir, sin embargo, por título distinto al contrato de fianza, y, así, el ordenante de una concesión de crédito responde como fiador frente al mandatario (§ 778 BGB) (3).

(1) Este estudio se ha realizado en el Institut für Römisches Recht und Zivilrecht der Universität zu Köln durante una estancia de investigación el año 1998 financiada por la Consejería de Educación y Deportes del Gobierno de Canarias (BOC 98 [1997] pág. 8871). Agradezco al Profesor ANDREAS WACKE su ayuda al facilitarme buena parte del material que ha hecho posible esta investigación.

(2) Cf. El § 765.1 BGB: «Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen». Su equivalente español, el artículo 1.822 del Código Civil, evita, a mi parecer, con gran acierto, cualquier referencia a la fuente que origina la responsabilidad fideiusoria; sin embargo, no destaca con la claridad del homónimo alemán su naturaleza de auténtica y genuina obligación.

(3) La responsabilidad del mandante de crédito no es el único caso de responsabilidad como fiador, fuera del negocio de fianza. Así, conforme al § 566 BGB, el arrendador que enajena la finca a un tercero responde como fiador sin beneficio de excusión de las obligaciones que este tercero asume frente al arrendatario al subrogarse en su posición de arrendador (sólo si el antiguo arrendador notifica al arrendatario la transmisión de la propiedad y, en consecuencia, el cambio de arrendador, queda libre de responsabilidad desde el momento en que el arrendatario tiene oportunidad de resolver y no lo hace). Otro caso tiene lugar cuando el crédito pignoraticio se transmite convencionalmente: el nuevo acreedor prendario se subroga en la posición del anterior, también en lo relativo a las

El principio que preside su regulación es, al igual que en el Derecho común, el de su accesoriedad y dependencia respecto de la obligación garantizada: sigue a ésta como la sombra al cuerpo. Su carácter accesorio se constituye tanto a favor del fiador como del acreedor. A favor del acreedor cabe citar el § 767.1.2 BGB (la agravación legal del crédito repercute en la fianza) y el § 767.2 BGB (el fiador responde de los gastos de persecución judicial del deudor).

En la protección del fiador, la accesoriedad juega un papel determinante, pues no hay fiador sin crédito y su reducción le favorece (§ 767.1.1 BGB). Asimismo, debido a la estrecha dependencia de su obligación con la principal asegurada, el fiador dispone de todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste renuncie a ellas (§ 768 BGB); y le competen otras importantes excepciones, como las de anulabilidad, compensabilidad y previa excusión, que le permiten negar el pago en tanto el deudor pueda anular o compensar su obligación, o disponga de bienes con los que hacer frente a su deuda (§§ 770 y 771 BGB). Finalmente, también por razón de accesoriedad, su obligación se extingue con la extinción de la deuda principal (§ 767.1.1 BGB) y, en general, por cumplimiento del fin de dar seguridad al acreedor (§ 776 BGB).

Sin embargo, este principio no es absoluto, pues la accesoriedad de la fianza se encuentra siempre en función de su objetivo de dar seguridad, de garantizar, y, en todo caso, ha de atenerse al principio de relatividad negocial. Por esto no favorece al fiador el beneficio de inventario (§ 768.1.2 BGB), ni la quita o espera de un convenio concursal (§ 82.2 de la Ley alemana de suspensión de pagos = *Vergleichsordnung* = *VerglO*); pero tampoco le perjudica la ampliación del crédito en virtud de un negocio jurídico (§ 767.1.3 BGB). Por lo demás, la nota de accesoriedad puede derogarse convencionalmente, eso sí, siempre dentro de unos límites (no hay fiador sin crédito).

En todo caso, el contrato de fianza es un negocio jurídico de riesgo (*riskantes Geschäft*), especialmente cuando el fiador no tiene un interés directo en la fianza. Es conocida la máxima popular «*Wer bürgt, der wird gewürgt*» («quien fía se pone una soga al cuello»). Con objeto de proteger al fiador, el Código Civil alemán exige su declaración por escrito; la jurisprudencia viene aplicando un rigor especial en materia de inmoralidad; la fianza se somete con frecuencia a normas especiales de protección (4).

obligaciones que van unidas al derecho de prenda con respecto al pignorante; el anterior acreedor responde de su cumplimiento como un fiador que haya renunciado a la excepción de previa excusión sobre los bienes del deudor (§ 1251 BGB).

(4) Antes de la reciente reforma del BGB —conforme a la Ley para la modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001—, estas disposiciones se encontraban recogidas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 9-12-1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*

A partir de la polémica sentencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht* = BverfG), de 19-10-1993, la literatura jurídica alemana se ha dedicado al difícil y complejo reto de coordinar la regulación de la fianza con el principio general del Derecho que rechaza la inmoralidad en las relaciones jurídicas. La consideración de este asunto es el objeto central de este trabajo. Ahora bien, para una cabal comprensión de los esfuerzos realizados por la doctrina alemana y para hacerse una idea sobre la situación del fiador, es preciso hacer una somera referencia a otras dos vías de protección del Derecho alemán: la exigencia legal de forma escrita de la declaración fideiusoria y la aplicación al fiador de normas especiales de protección.

2. Como medida de protección ante posibles precipitaciones, el § 766 BGB dispone que la declaración del fiador conste en forma escrita. El fiador debe ser prevenido ante los peligros de la fianza, no siempre fáciles de ver, pues no sufre, en el momento presente, ningún sacrificio patrimonial y se abandona a una expectativa a menudo engañosa de no ser finalmente reclamado de pago. Cumple, en definitiva, una función preventiva, a fin de que el fiador tome debida conciencia de la obligación que asume (*Warnfunktion*).

La declaración del acreedor, así como la declaración del fiador empresario —que no sea pequeño comerciante (§§ 350, 351 del Código de Comercio alemán = *Handelsgesetzbuch* = HGB)— no requiere, por el contrario, tal forma escrita, pues en estos supuestos no se da necesidad alguna de protección. El defecto de forma es subsanable; el pago por el fiador subsana éste, incluso cuando lo haya hecho por considerar equivocadamente la fianza como eficaz (5).

vom 9-12-1976 = AGBGG), en la Ley sobre Revocación en Negocios a domicilio y análogos de 16-1-1986 (*Gesetz über Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16-1-1986* = HWiG), y en la Ley de Protección al Consumidor de 17-12-1990 (*Verbraucher kreditgesetz vom 17-12-1990* = VerbrKrG). En la actualidad, la parte sustantiva de estas leyes ha sido integrada en el propio BGB: a) las normas sobre condiciones generales de la contratación se contienen sustancialmente en los §§ 305 a 310 BGB; b) la regulación de negocios a domicilio se recoge fundamentalmente en los §§ 312-312f BGB, junto con los negocios celebrados de plaza a plaza; y, c) la normativa en protección al consumidor se encuentra especialmente en los §§ 474-477, 491-505, 655a-655e BGB.

(5) Según el § 766 BGB, «Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Die Erteilung der Bürgschaftserklärung in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt». Siguiendo la orientación doctrinal y jurisprudencial dominante, la reciente reforma del BGB, conforme a la Ley de adaptación al moderno tráfico jurídico de disposiciones de forma de 13 de julio de 2001, en vigor a partir del 1 de enero de 2002, introduce el segundo inciso por el que se excluye la posibilidad de afianzar por medios electrónicos. En efecto, la jurisprudencia venía exigiendo la firma manuscrita de la declaración de fianza por lo que no cabía afianzar mediante telegrama o por fax. Cf. D. REINICKE-K. TIEDTKE, *Kreditsicherung durch Schuldbeitritt, Bürgschaft, Patronatserklärung, Garantie, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pool-Vereinbarungen, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Re-*

Con independencia de la exigencia de forma escrita, la declaración debe contener los datos esenciales de la obligación fideiusoria: designación de las personas del acreedor, del deudor principal y del fiador; indicación del crédito asegurado, y declaración de que lo afianza. La falta de alguno de los extremos expuestos hace nula la obligación de fianza, aunque se haya convenido posteriormente mediante acuerdo oral. En definitiva, aquí no estamos más que ante una aplicación concreta del *principio de determinabilidad* al supuesto fideiusorio.

Otra cosa es que el documento, sin estar perfectamente determinado, sea en todo caso determinable. Nada impide la entrega de un documento de fianza en blanco con autorización para completarlo conforme a lo convenido (no se ha fijado la persona del acreedor o la cantidad asegurada). En contraposición a la fianza indeterminada y nula por defecto de forma, el fiador es consciente de las lagunas y otorga la facultad de completarlo al tenedor del título.

El garante otorga al deudor un documento de fianza en el que declara afianzar al empresario que conceda un determinado crédito a cierto deudor. El fiador no podrá objetar al acreedor, dador del crédito, la nulidad de la fianza por defecto de forma al no haberse mencionado en el documento de fianza la persona del acreedor. Ciertamente que el acreedor no aparece expresamente designado; pero, es igualmente cierto que su determinación tiene lugar con la concesión del crédito. La declaración del fiador no es indeterminada; es simplemente determinable: la determinación de la persona del acreedor depende de la efectiva concesión del crédito. Aquí el fiador resulta debidamente advertido.

La admisión de la fianza en blanco se apoya, además, en que la carga de la prueba corresponde al acreedor y en el argumento *a fortiori* del artículo 10 de la Ley Cambiaria alemana (*Wechselgesetz vom 21-6-1933* = WG), que admite la letra en blanco. El contrato de fianza se considera concluido en el momento en que el acreedor recibe completado el documento y acepta la declaración. En tanto, el fiador dispone de un derecho de revocación (cf. § 172.2 BGB) (6).

El fiador queda obligado frente al acreedor aunque el deudor, a la hora de completar el documento de fianza, se aparte de lo fijado en el convenio o se equivoque en el modo de hacerlo. En estos casos, el fiador debe dejar hacer valer contra sí la declaración jurídica, sin perjuicio de poder exigir responsabilidad al deudor que rebase su facultad para completar.

chten, Hypothek und Grundschuld (Berlin, 1994), pág. 39; K. LARENZ-C. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrecht. Zweiter Band. Besonderer Teil. Zweiter Halbband* (München, 1994), pág. 5.

(6) La declaración de concesión del poder no necesita la forma escrita que exige el contrato de fianza (cf. § 167.2 BGB). Ahora bien, frente a posibles abusos juega un papel importante el *principio de fidelidad y de buena fe* en atención a los usos del tráfico, recogido en el § 242 BGB.

Esta solución se justifica en el principio de responsabilidad por la apariencia jurídica. El acreedor no conoce la relación interna entre el deudor y el garante; concede el crédito sólo en atención a la garantía y confía en el documento que le ha sido entregado. El fiador en blanco no merece, por el contrario, la misma protección que el acreedor, pues es consciente del riesgo de que el deudor rellene el documento contra sus indicaciones.

3. El contrato de fianza puede ser inmoral por las mismas razones que cualquier otro contrato. De especial significación son aquellos casos en los que el fiador no dispone de patrimonio y cuenta con exiguos ingresos (*mittellose Bürge*).

Se trata habitualmente de fianzas de elevada cantidad asumidas por hijos o cónyuges del deudor principal, pese a no disponer de patrimonio y contar con ninguno o muy modestos ingresos; de modo que, si entrase el supuesto de fianza, sería hartó probable que no se encontrasen en situación de poder pagar el préstamo e intereses y, presumiblemente, deberán hacer frente a la deuda con sus ingresos embargables durante el resto de su vida.

La jurisprudencia venía admitiendo este tipo de contratos por causa del principio de autonomía de la voluntad (*Vertrag ist Vertrag*) y en el principio que admite un endeudamiento sin límites. En la última década del pasado siglo ha tenido lugar un cambio de orientación jurisprudencial. Todo empezó con la fundamental sentencia del Tribunal Constitucional de 19-10-1993, que declaró violado el artículo 2.1 de la Constitución alemana (*Grundgesetz* = GG), el cual consagra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (7).

Este es el caso. Una entidad crediticia había concedido a un agente inmobiliario un crédito de 50.000 DM (marcos alemanes); para posibilitar la concesión de nuevo crédito, la hija del agente afianzó en 1982 las deudas del padre con la entidad crediticia en cuantía de 100.000 DM más prestaciones accesorias (intereses). La hija del agente inmobiliario, de veintiún años y madre de dos hijos, no disponía de patrimonio, carecía de formación cualificada y en aquel momento trabajaba en una pescadería con un salario neto mensual de 1.150 DM. Un empleado de la entidad le hizo saber que no incurría en una gran obligación y que, realmente, sólo era necesario para las actas.

(7) Cf. BverfG Urteil vom 19-10-1993 (*BverfGE* [= *Bundesverfassungsgericht Entscheidungen*] n.89, 1994, págs. 214-236 = *NJW* [= *Neue Juristische Wochenschrift*] 1994, págs. 2749-2750). Según el artículo 2.1 GG, «Jeder hat das recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt». Sobre la doctrina en esta materia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht* = BverfG), cf. S. CEKOVIC-VULETIC, *Schutz des Bürgen. Untersuchung des Vertragsschlusses und der Folgen des Vertrags im geltenden Recht* (München, 1995), págs. 39-46; y N. HAUN, *Die Unwirksamkeit der Bürgschaftsübernahme wegen Sittenwidrigkeit* (Köln, 1995), págs.15-18.

En octubre de 1984, el padre dejó el negocio inmobiliario y se dedicó con escasa fortuna a la industria naviera. La entidad crediticia financió la compra de un barco por 1,3 millones de marcos. En diciembre de 1986, la entidad bancaria rescindió el crédito abierto (que ascendía, aproximadamente, a la cantidad de 2,4 millones de marcos). La fiadora fue demandada al pago de los 100.000 DM e intereses. El Juzgado de Primera Instancia (*Landgericht* = LG) estimó la demanda. La Audiencia Provincial (*Oberlandesgericht* = OLG) y el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof* = BGH) desestimaron el recurso planteado por la fiadora. El BverfG declaró inconstitucionales las sentencias anteriores.

Según los considerandos del Tribunal Constitucional alemán, el principio de autonomía de la voluntad presupone una igualdad estructural de las partes contratantes (8). En el derecho de contratos no puede valer la «ley del más fuerte». Establecer la justicia de un contrato no es asunto privativo de las partes —concepción propia de una cultura individualista—, sino también obligación de un tercero: los tribunales.

Los contratos no pueden utilizarse como medio para introducir disposiciones heterónomas o impuestas por persona ajena («*Verbot der Fremdbestimmung*»), lo que sucede cuando una de las partes tiene una posición en el contrato de tal punto dominante que *de facto* lo determina unilateralmente; para la otra parte contratante, en realidad, no se trata más que de disposiciones ajenas a él impuestas. En sede de contratos y obligaciones, los tribunales deben, pues, observar y prestar especial atención al derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 2.1 GG).

De todas formas, cualquier desequilibrio económico o intelectual no conduce a la violación del artículo 2.1 GG; debe tratarse de un desequilibrio estructural («*strukturelle Unterlegenheit*») que grave de forma inusual a la otra parte («*ungewöhnlich belastend*») (9).

(8) K. ADOMEIT, «Die gestörte Vertragsparität. Ein Trugbild», *NJW* (1994), págs. 2467-2469, critica duramente la llamada «Theorie der gestörten Vertragsparität». Según este autor, la nueva jurisprudencia constitucional provocará inseguridad e inestabilidad en las relaciones jurídicas y traerá graves consecuencias económicas para el país, que han de tenerse en cuenta. Profetiza la salida de dinero del país. En su opinión, la doctrina asentada por el tribunal tiene una clara vertiente político-económica que no puede ni debe resultar obviada y cuestiona que, efectivamente, se constituya en favor de los débiles: «Der Schutz des Schwächeren ist der Ruin des Schwächsten» («la protección de los débiles es la ruina de los más débiles»). En su opinión, el control en el contenido de los contratos debe dejarse, como hasta ahora, a normas sectoriales (derecho del trabajo; derecho del consumidor, etc.). Rechaza, por tanto, una cláusula general de control. En contra, también se ha manifestado H. GRAF LAMBSDORF-B. SKORA, *Handbuch des Bürgschaftsrechts* (München, 1994), págs. 90-98.

(9) Según C. HERRMAN, *Der Schutz des Bürgen. Grenzen eines Risikogeschäfts* (Frankfurt am Main, 1996), pág. 15, el temor de que la nueva jurisprudencia constitucional imposibilite la concesión de créditos a personas con ingresos débiles es un argumento

Si el contenido de un contrato es notoriamente inadecuado o desproporcionado, los tribunales no pueden afirmar sin más que los contratos deben ser cumplidos, sino que deben aclarar si la normativa es consecuencia de la desigualdad estructural de la capacidad negociadora y, por tanto, una de las partes ha soportado una carga desacomodadamente dura y, dado el caso, se deberá intervenir corrigiendo los desequilibrios en el marco de la normativa general del Derecho Civil.

Esta pauta marcada por el BverfG precisa concreción y adaptación a la normativa del Derecho Civil, tarea que corresponde a la jurisprudencia del BGH y a la literatura jurídica (10). De esta forma, se ha elaborado una doctrina acorde con los postulados del Derecho Privado: el fiador sin recursos puede recibir protección, tanto por vía del § 138 del BGB como por vía del § 242 BGB.

El § 138 BGB declara la nulidad de los contratos que atentan contra las buenas costumbres, especialmente cuando una de las partes, aprovechando la situación de necesidad o inexperiencia de la otra, procura una prestación en manifiesta desproporción con su propia contraprestación (11). El § 242 BGB recoge el principio general de buena fe, y debe completarse con lo dispuesto en el § 313 BGB, que regula la alteración del negocio por circunstancias sobrevenidas (12).

político que no puede entrar en la interpretación del § 138.1 BGB; y, por otra parte, parece un temor exagerado. H. WIEDEMANN, «Anmerkung. BverfG. Beschluß vom 19-10-1993», *JZ* [= *Juristenzeitung*] (1994), págs. 408-413, recibe calurosamente la nueva jurisprudencia y afirma la necesidad de crear un derecho comprometido con la ética.

(10) Cf. G. FISCHER, «Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt. Teil II», *WM* [= *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen*] (1998), págs. 1750-1761; J. GERNHUBER, «Ruinöse Bürgschaften als Folge familiäre Verbundenheit», *JZ* (1995), págs. 1086-1096; H. HEINRICH, «Willenserklärung», in *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch* (München, 1999), págs. 122-123; N. HORN, «Übermäßige Bürgschaften mittelloser Bürgen: wirksam, unwirksam oder mit eingeschränktem Umfang?», *WM* (1997), págs. 1081-1089; G. PAPE, «Die Entwicklung des Bürgschaftsrechts im Jahre 1996», *NJW* (1997), págs. 980-984; D. REINICKE-K. TIEDTKE, *Bürgschaftsrecht* (Berlin, 1995), págs. 60-72.

(11) Según el § 138 BGB, «Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung stehen». En el Código Civil español se puede apreciar una condena similar de los negocios contrarios a la moral y a las buenas costumbres (art. 1.255 del Código Civil). Sin embargo, se echa de menos un rechazo expreso y general cuando son realizados aprovechando una situación de manifiesta desigualdad entre las partes.

(12) Según este parágrafo, «der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern». Como hace ver M. VOLKKOMMER, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Herausgegeben von Professor Dr. Dr. h.c. Othmar Jauernig* (München, 1997), pág.153, la redacción de este precepto es muy defectuosa, pues, tanto por su tenor literal como por su posición en el BGB, se refiere exclusivamente

La fianza prestada por un fiador sin medios económicos es en principio eficaz —principio de autonomía privada y el principio que permite un endeudamiento sin límites—. Tan sólo será nula por infracción del § 138.1 BGB cuando concurren determinados presupuestos: *a)* onerosidad excesiva e injustificada de la fianza (*ungewöhnlich starke Belastung des Bürgen*); *b)* limitación de la libertad de decisión del fiador (*Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Bürgen*); y *c)* conocimiento por el acreedor de los presupuestos anteriores o desconocimiento motivado por negligencia (*Subjektive Merkmale des Gläubigers*).

No se trata de presupuestos alternativos, sino cumulativos. Así, una fianza excesiva, que sobrepase en mucho la capacidad de prestación del fiador, es en principio plenamente eficaz. Únicamente perderá validez cuando concurren los demás presupuestos (13).

La excesiva onerosidad se determina normalmente mediante la desproporción entre la prestación y la contraprestación; pero, como la fianza es una obligación unilateral, es preciso acudir también a otros criterios. El esfuerzo doctrinal y jurisprudencial ha llegado a concluir que la excesiva onerosidad de la fianza tiene lugar cuando el fiador carece de interés propio en el negocio afianzado y se da una desproporción entre el contenido de la obligación (*Verpflichtungsumfang*) y la capacidad de prestación del fiador (*Leistungsfähigkeit*).

Así pues, una fianza de este tipo no es inmoral por violación del § 138.1 BGB cuando el fiador tiene un interés en el negocio afianzado (14). Como criterio de desproporción, la jurisprudencia del BGH ha llegado a proponer que ésta tendrá lugar cuando el fiador no pueda satisfacer una cuarta parte de la deuda en el plazo de cinco años con sus ingresos inembargables (15). En

a la prestación del deudor. Con mejor formulación, el artículo segundo del Código Civil suizo (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch* = SchwZGB) dice que «Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. - Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz». De modo similar, el artículo 7.1 del Código Civil español dispone que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe».

(13) Cf. BGH. Urteil vom 5-12-1996 (*NJW* 1997, págs. 940-941): a petición de su padre, un hijo, estudiante de veinticinco años de edad, garantiza solidariamente la relación negocial de éste con la entidad crediticia en cuantía máxima de 1,4 millones de marcos; el padre entra en concurso y el Banco reclama el pago al hijo. El tribunal declaró la nulidad de la fianza conforme al § 138 BGB e hizo referencia expresa al § 1618 a BGB, relativo a la recíproca obligación de asistencia y respeto mutuo entre padres e hijos.

(14) Un indicio del propio interés del fiador tendrá lugar cuando el fiador sea cónyuge del deudor y el negocio afianzado deba servir a la construcción o seguridad de la existencia familiar; o bien, cuando el fiador sea administrador o, incluso, socio de la empresa deudora. Cf. N. HORN, *o.c.*, nota 10, pág. 1083.

(15) Aunque la jurisprudencia se refería en el caso concreto al § 242 BGB, nada obsta su aplicación en el marco del § 138.1 BGB. La excesiva onerosidad de una obliga-

cualquier caso, la desproporción llega a un extremo tal que, económicamente, la fianza carece en realidad de sentido.

La limitación en la libertad de decisión del fiador resulta de la situación de desequilibrio estructural —y no meramente económico— entre las partes negociadoras. Circunstancias que traen como consecuencia una limitación semejante son: la inexperiencia negocial, la presión psicológica, y el aprovechamiento en propio beneficio, por parte del acreedor, de la inexperiencia negociadora y de la situación de presión psicológica (actitudes minimizadoras del riesgo asumido, como la declaración de que la obligación asumida es una cuestión «sólo para las actas»; ocultamiento de información o del riesgo pese a su carácter inusual).

La presión psicológica no tiene por qué darse sólo entre parientes (hijos y cónyuges), sino que puede tratarse de otras circunstancias que impidan la reflexión (*Überrumpelung*), como la presión para una pronta decisión o la amenaza de despido (16).

Por último, el acreedor debe haber conocido los presupuestos anteriores o haberlos desconocido por causa de negligencia. En caso contrario, la fianza será perfectamente válida.

La fianza asumida eficazmente por un fiador sin recursos —al no concurrir todos los presupuestos del § 138 BGB— puede decaer posteriormente por frustración del fin negocial (§§ 242, 313-314 BGB), o por incumplimiento de la condición bajo la cual se asume la fianza (§§ 158-162 BGB). Tal sucederá cuando haya sido asumida por un fiador sin recursos en atención o bajo condición de una adquisición futura de patrimonio (*Einschränkung des Sicherungszwecks auf den Fall künftigen Vermögenserwerbs*).

De este modo, el Tribunal Supremo alemán ha rechazado la aplicación del § 138 BGB a determinados afianzamientos por garantes sin recursos, a la vez que ha hecho depender la existencia y contenido de la obligación fideiusoria de la evolución futura del patrimonio del fiador. Así, por ejemplo, cuando la fianza se contrae ante la expectativa de una herencia futura, para prevenir

ción, es decir, que el obligado asuma una carga desacomodadamente dura, se determina normalmente mediante la desproporción entre la prestación y la contraprestación. Como la fianza es una obligación unilateral es preciso acudir a otro criterio; éste sería la relación entre el contenido de la obligación y la capacidad de prestación del fiador. En cualquier caso, para determinar la capacidad de prestación hay que tomar en consideración tanto el patrimonio actual como los ingresos en curso. Cf. N. HORN, *o.c.*, nota 10, pág. 1082.

(16) Cf. BGH. Urteil vom 16-1-1997 (*WM* 1997, pág. 511). Esta sentencia nos recuerda que los criterios del § 138 o del § 242 BGB no se limitan a los negocios de un determinado círculo de personas (familiares) y que la doctrina de la jurisprudencia sobre fianzas entre familiares también pueden resultar de aplicación entre otras personas, en su caso, con las debidas adaptaciones. Como dice N. HORN, *o.c.*, nota 10: «Das Problem der Bürgschaft des mittellosen Bürgen beschäftigt weiterhin den BGH und löst sich dabei teilweise aus der engeren Fallgruppe der Angehörigenbürgschaft» (pág. 1081).

la posibilidad de desplazamiento patrimonial entre cónyuges, o con vistas a futuras ganancias derivadas del negocio afianzado. En tales circunstancias, el fiador sólo puede ser demandado cuando el aumento en el patrimonio haya acaecido efectivamente. El incremento patrimonial es considerado como condición o base del negocio (17).

En el primer supuesto, cuando la previsión de aumento patrimonial es considerada como condición del negocio, se trata de una obligación de fianza asumida bajo condición. Una condición que limite la responsabilidad del fiador puede determinarse tácitamente o bien asumirse en acuerdos posteriores; en cualquier caso, no precisa forma escrita, pues no se da la función de prevención del § 766 BGB.

El otro camino, la frustración del fin negocial, íntimamente ligado al anterior, suele tomarse en consideración con la disolución del matrimonio, pues el peligro temido de un desplazamiento patrimonial del deudor principal al cónyuge no puede realizarse en adelante. Esta vía presupone un acuerdo sobre el objetivo limitado de garantía, que radica en que la continuidad del matrimonio es fundamento o base del negocio.

Ahora bien, la frustración de la expectativa de ampliación patrimonial del fiador sin recursos no trae automáticamente como consecuencia la ineficacia de la obligación fideiusoria. El efecto jurídico es, más bien, la adaptación del contrato (*Anpassungsvertrag*) (18).

(17) Cf. BGH. Urteil vom 5-12-1996 (*NJW* 1997, págs. 467-470 = *NJW* 1997, págs. 1003-1005): aquí el cónyuge fiador garantiza todos los créditos de la entidad bancaria contra el deudor principal, derivados de la relación negocial; el Banco acepta la relación negocial garantizada ante la expectativa de herencia de una casa por parte de la fiadora. La fiadora, pese a estar cualificada profesionalmente, se encontraba inactiva en el momento de asunción de la fianza, pues debía cuidar de sus dos hijos y en el momento de ser demandada estaba pendiente un proceso de separación. La sentencia del BGH desestimó la demanda en espera de la efectiva herencia. Cf. también BGH Urteil vom 18-9-1997 (*NJW* 1997, págs. 3372-3374): el cónyuge sin recursos garantiza el crédito concedido a su marido, siendo tales circunstancias conocidas por la entidad bancaria; cinco años después de la concesión del crédito se separan. La mujer fiadora no recibe pensión compensatoria por razón del concurso del marido y debe procurarse el sustento por sí misma. El BGH declaró la frustración del fin negocial en virtud del § 242 BGB.

(18) Cf. § 313 BGB: «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerverhältnisse das Recht zur Kündigung». Este precepto —que recoge la doctrina sobre la alteración sobrevenida de circunstancias en el negocio

Por otro lado, que el incremento patrimonial tenga lugar por causa distinta a la prevista, no libera al fiador de responsabilidad, pues sólo el fiador sin recursos es merecedor de protección. Por lo demás, esta causa de resolución es de carácter excepcional. Así, la separación matrimonial no conduce automáticamente a la frustración de la fianza asumida por un cónyuge. Esto iría contra los intereses del acreedor, a quien no concierne la subsistencia del matrimonio. El cónyuge fiador tan sólo dispone de un derecho de liberación contra el deudor principal cuando las ventajas del negocio principal no le favoreciesen y no se alcanzara ningún otro compromiso.

Para que la disolución del matrimonio determine la extinción de la fianza por frustración del fin negocial es necesario, en primer lugar, que el fiador no tenga recursos en el momento de conclusión de la fianza ni tampoco en el momento de ser demandado; pero también es necesario que las partes (acreedor y fiador) hayan previsto la capacidad defectuosa del fiador. La jurisprudencia entiende que el fiador no está en condiciones de hacer frente a su obligación cuando, al asumir la fianza, se pudiera prever que, en el plazo de cinco años a partir del vencimiento de la deuda de fianza, no estaría en situación de extinguir siquiera un cuarto de la deuda principal con sus ingresos libres de cargas.

Se precisa, en segundo lugar, que la fianza se haya concluido en atención a una expectativa de incremento patrimonial del fiador (por ejemplo, por desplazamiento patrimonial o por herencia) y éste no haya tenido lugar, aunque no sea por la causa prevista. El fiador permanece obligado cuando, pese a no suceder el desplazamiento previsto o no recibir la herencia esperada, obtenga por otras vías fondos suficientes (por ejemplo, ser premiado en la lotería).

Por último, en tercer lugar, el fiador ha de carecer de interés alguno en el negocio afianzado. De este modo, tras la separación, el fiador responderá también de la promesa de pensión de su cónyuge a favor de su padre, quien en su momento financió parcialmente el domicilio conyugal.

En suma, pues, se puede afirmar que lo definitivo no es la onerosidad excesiva del fiador, sino la disminución de libertad en el momento de perfeccionarse el contrato de fianza, así como la frustración del fin perseguido por las partes al concluir el contrato de fianza. Naturalmente la excesiva onerosidad no puede dejar de tomarse en consideración. Ambos aspectos, la obligación desproporcionada del fiador, de un lado, y la falta de libertad en la perfección del contrato o la frustración del fin buscado en el negocio, de otro, constituyen criterios necesarios para determinar si la eficacia del contrato se ha de negar conforme al §138 BGB o se ha de limitar conforme al § 242 BGB.

y que ha sido introducido recientemente en el BGB— presenta la resolución del negocio como una medida subsidiaria, aplicable sólo de no ser posible su adaptación.

4. Determinados fiadores gozan además de la protección dispensada por normas especiales. De singular importancia resultan los negocios concertados en condiciones generales, y los realizados a domicilio.

Las entidades crediticias hacen depender con frecuencia la concesión de un crédito de que el fiador firme el formulario de fianza por ellos preparado. Los formularios contienen disposiciones que pueden fortalecer la posición del acreedor a costa del fiador, que pierde la protección dispensada por el Código Civil. Los contratos de fianza redactados por la parte acreedora bajo condiciones generales quedan sometidos, como no podía ser menos, a los §§ 305c 1 y 307.1 BGB (*ex* §§ 3 y 9 de la AGBG); de este modo son ineficaces las cláusulas sorpresivas y las que, contrariamente al principio de buena fe, perjudiquen de forma desproporcionada al usuario.

En un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán negó al fiador, apoyándose en el carácter unilateral y no remuneratorio de su obligación, la facultad de revocar su declaración conforme al § 312 BGB (*ex* § 1 HWiG). Sin embargo, la literatura jurídica es unánime en aceptar la aplicabilidad de estos preceptos al fiador y aduce fundamentalmente razones teleológicas: el fiador por causa de la unilateralidad de su obligación precisa de especial protección frente a «posibles ataques por sorpresa en la puerta de su casa».

Un ejemplo ayudará a comprender esta posición doctrinal (19). La dueña de una boutique solicita un préstamo bancario de 30.000 DM; en varios plazos de pago, incurre en mora. Un empleado del Banco se presenta en casa de la prestataria con objeto de discutir sobre el futuro de la relación negocial e introduce en la conversación al cónyuge de ésta, profesor de instituto, y finalmente, comenta que una declaración de fianza podría aliviar la situación y evitar la resolución del préstamo.

Ante la pregunta de en qué medida la fianza aliviaría la situación, responde que no puede prometer nada, pero que en la situación actual cualquier mejoría podría ser eventualmente de utilidad; tras algunas reflexiones, el profesor asume eficazmente una fianza solidaria en garantía del préstamo. La prestataria sigue sin poder hacer frente a los plazos; el Banco resuelve el préstamo y reclama al cónyuge fiador el pago de los 30.000 marcos.

Parece claro que el fiador no puede alegar la nulidad de su contrato por causa de error. Se trata de una persona formada y tuvo tiempo para reflexionar. Tampoco cabe alegar inmoralidad por razón del § 138 BGB: no puede hablarse de inexperiencia o presión familiar, y el fiador se encontraba en condiciones de amortizar la fianza con su sueldo. Lógicamente, tampoco tiene cabida el beneficio de excusión, pues renunció a tal posibilidad.

(19) El caso está tomado de C. BALDUS, «Der praktische Fall - Europarecht: Der gewürzte Bürge und der EuGH», *JuS* 12 (1995), págs. 1103-1108, quien realiza un exhaustivo análisis a partir de los distintos criterios de interpretación de normas jurídicas.

Sin embargo, por tratarse de un negocio a domicilio, le queda la posibilidad de revocar. Su declaración es ineficaz si revoca en el plazo de dos semanas desde la advertencia de su facultad (que no se le hizo), o de seis meses desde la entrega de la contraprestación —que no hubo, por tratarse de una obligación unilateral— (§ 312 en relación con el § 355 BGB) (20).

PABLO GÓMEZ BLANES
 Doctor en Derecho.
 Abogado

(20) Cf. C. BALDUS, *o.c.*, nota 19, pág. 1105. En cualquier caso, la doctrina parece unánime respecto a su aplicación al supuesto fideiusorio. Cf. por todos, K. LARENZ, *o.c.*, nota 5, págs. 8-9; y V. EMMERICH, *Schuldrecht. Besonderer Teil* (Heidelberg, 1999), págs. 156-157.