

La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor

(Estudio del artículo 1.852 del Código Civil)

SUMARIO: I. EL INTERES DEL ACREEDOR EN LA SUBSISTENCIA DE LAS GARANTIAS DEL CREDITO Y EL DERECHO DE SUBROGACION DEL FIADOR.—II. EL ALCANCE DEL «HECHO DEL ACREEDOR» COMO DETERMINANTE DE LA SANCION DEL ARTICULO 1.852: 2.1. Los PROBLEMAS DEL CONCEPTO «HECHO DEL ACREEDOR» EN EL ARTICULO 1.852: a) *¿Mera relación de causalidad o criterio de imputación subjetiva?*; b) *Grado de culpa del acreedor y deber de diligencia.*—2.2. CAUSAS DE EXONERACIÓN DEL ACREEDOR; 2.3. EL ARTICULO 1.852 Y LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR.—III. DERECHOS, GARANTIAS Y PRIVILEGIOS A LOS QUE HACE REFERENCIA: 3.1. CUESTIÓN PREVIA: LA GENÉRICA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL DEUDOR; 3.2. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS Y TIEMPO DE su CONSTITUCIÓN; 3.3. SUPUESTOS ESPECIALES: a) *Renuncia a una fianza anterior, liberación de un cofiador y perjuicio de las garantías prestadas por un tercero*; b) *Problemas en la solidaridad pasiva*; c) *Perjuicio de las acciones cambiarias*; d) *Cambio de garantía y permuta y posposición del rango hipotecario.*—IV. VALORACION DEL PERJUICIO Y CARGA DE LA PRUEBA.—V. EL ARTICULO 1.852 Y LAS SITUACIONES ANALOGAS A LA DEL FIADOR.—VI. LA RENUNCIA DEL FIADOR Y SU EFICACIA FRENTE AL SUBFIADOR Y RETROFIADOR.

I. EL INTERES DEL ACREEDOR EN LA SUBSISTENCIA DE LAS GARANTIAS Y EL DERECHO DE SUBROGACION DEL FIADOR

El artículo 1.852 establece un supuesto de extinción de la fianza. El fiador queda liberado de la fianza cuando el comportamiento del acreedor determina la pérdida o disminución del derecho de subrogación que al primero correspondería en caso de un eventual pago del crédito. La sanción contenida es de sentido común y responde a la estructura y función propia

de la fianza. La norma, consecuentemente con lo dicho, está ya en los precedentes doctrinales y legislativos del actual artículo 1.852 (1) y se contempla de manera prácticamente uniforme, aunque con matices específicos, en el Derecho comparado (2).

El fiador se obliga por otro y en interés del propio acreedor. Si efectivamente paga la deuda, el ordenamiento le atribuye la posibilidad de colocarse en la misma posición del acreedor, ya que, en definitiva, el fiador más que *real* obligado es un *obligado en garantía* y, por tanto, se ha de evitar que las consecuencias del pago recaigan en su propio patrimonio. Si por «hecho del acreedor» se lesiona dicha facultad, es lógico que el fiador quede liberado en la medida del perjuicio resultante sufrido (3). El artículo 1.852 es una sanción al comportamiento del acreedor.

Los presupuestos para que opere la sanción son fáciles de entender. Se exige, en primer lugar, que el acreedor haya impedido la subrogación del fiador en los derechos, garantías y privilegios específicos del crédito. Se trata de salvaguardar para el fiador la mayor ventaja, protección o situación de privilegio que tenga el acreedor contra el deudor. No se protege la general capacidad económica del deudor, sino el específico derecho de subrogación. Cuando el acreedor contribuya a disminuir la solvencia del deudor también será responsable, pero no por la vía del artículo 1.852.

(1) Proyecto de Código Civil de 1851, artículo 1.766: «Los fiadores, aunque sean mancomunados, quedan libres de su obligación, siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo.» El artículo 32 del Anteproyecto era de idéntica redacción al artículo 1.852 actual.

(2) Artículo 2.037 francés: «El fiador queda liberado cuando no puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor por hecho de éste. Toda cláusula contraria se estima no escrita.»

Artículo 1.955 italiano: «La fianza se extingue cuando por hecho del acreedor no pueda tener efecto la subrogación del fiador en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y en los privilegios del acreedor.»

Parágrafo 776 BGB: «Si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el parágrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza».

De semejante contenido son el artículo 653 del Código portugués y el 503 del Código federal de las Obligaciones suizo.

(3) Confirma la práctica totalidad de la doctrina que la sanción del artículo 1.852 es una consecuencia inherente al derecho de subrogación atribuido legalmente al fiador (art. 1.839). Ver, por todos, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en ENNECERUS, KIPP Y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, II-2.², v. 2.³; *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1966, pág. 839; Díez-Piçazo: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, págs. 618-619; PÉREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, pág. 250; DELGADO ECHEVARRÍA: *Elementos de Derecho civil*, II-3.², Barcelona, 1986, págs. 528-529; GUILARTE: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigi. por M. ALBALADEJO, t. XXIII, Madrid, 1990, pág. 407.

Igualmente, si el acreedor disminuye o pierde el propio crédito, la fianza se extinguirá correlativamente. Pero, en estos casos, la liberación del fiador tiene su origen en la extinción total o parcial (v. gr. prescripción de la acción contra el deudor, condonación total o parcial) de la obligación principal (cfr. art. 1.847) y no caen bajo la órbita del artículo 1.852. El ámbito de protección de esta norma se ciñe a los derechos, garantías y privilegios específicos del crédito.

En segundo lugar, es necesario que la imposibilidad en la subrogación implique un perjuicio efectivo para el fiador. No sucederá cuando el privilegio renunciado o la hipoteca total o parcialmente cancelada fueran inútiles o ineficaces, es decir, cuando no propiciaran una real y mayor protección del crédito. Ahora bien, siendo útiles para el cobro del crédito el privilegio, derecho o garantía lesionados da lo mismo para que opere la sanción del artículo 1.852 que fueran los únicos de los que gozara el crédito o que además tuviera éste otros suficientemente amplios y bastantes para garantizar la totalidad de la obligación.

Dados los dos presupuestos anteriores, la fianza se extingue en la medida del perjuicio resultante. Esta conclusión no se desprende de la simple literalidad del precepto, pero así es unánimemente destacada por la doctrina y jurisprudencia y responde a la lógica sancionatoria contenida en la norma. La extinción, sin embargo, no opera automáticamente. Es más, aun cuando se hable en general de extinción, el artículo 1.852 lo que establece en realidad es un supuesto de pérdida de acción del acreedor contra el fiador. Sólo juega como excepción que corresponde oponer al fiador frente a la reclamación del acreedor (excepción de subrogación o *exceptio cedendarum actionum*). Como tal excepción, en principio, es renunciable por el propio fiador beneficiario (4).

El problema central del artículo 1.852 es determinar su alcance y extensión o, de otra forma, delimitar con cierta precisión los supuestos que van a dar lugar a la liberación del fiador. ¿Cualquier pérdida o lesión del derecho de subrogación del fiador imputable al acreedor conduce a la extinción de la fianza? Quedará centrado, pues, en la interpretación que haya de darse al «hecho del acreedor» como elemento determinante de la extinción. Esta cuestión está íntimamente relacionada con el fundamento de la norma. Si la liberación del fiador se funda en la culpa del acreedor, el «hecho del acreedor» exigirá un comportamiento negligente o doloso para que la extinción tenga lugar. Por contra, si se ve en la norma una especie

(4) No obstante la modificación sufrida por el artículo 2.037 francés, según la Ley de 1 de marzo de 1984, por la cual se añade al precepto que «Toda cláusula contraria se estima no escrita», la doctrina admite la renuncia parcial y limitada a derechos concretos o si es *a posteriori*, una vez que el fiador pudo oponer el 2.037 al acreedor. Cfr. SIMLER, voz «Cautionnement»: *Juris-Classeur civil*, actualización 1990, págs. 9-12.

de promesa tácita por parte del acreedor en la conservación de las garantías del crédito, el «hecho del acreedor» se convierte en una circunstancia prácticamente objetiva, que producirá la extinción de la fianza ante el mero incumplimiento de la promesa.

En general, las teorías que doctrinalmente se han elaborado para explicar el fundamento de la norma son insatisfactorias y siempre dejan aspectos criticables y poco coherentes (5). Como idea aproximada me parece correcto partir de la concepción de FRAGALI, seguida por un importante sector doctrinal, quien encuentra el fundamento del precepto en un genérico deber o carga impuesta legalmente al acreedor (6). Carga que supone un cierto deber de diligencia en la conservación de las garantías. La carga sería la respuesta a la integridad del derecho de subrogación del fiador, que correspondería a éste si efectivamente paga.

Pero, aun entendido con esta amplitud, el problema no queda resuelto. Habrá de precisarse, y este es uno de los objetivos del presente estudio, si efectivamente el artículo 1.852 establece un estricto y específico deber de diligencia para el acreedor garantizado o más bien este deber de diligencia no puede ir mucho más allá de la carga genérica de diligencia que le es exigible a todo acreedor en la conservación y gestión del propio crédito (7).

(5) Las explicaciones más destacables sobre el fundamento de la norma pueden resumirse en: 1.º supuesto de *responsabilidad por culpa* del acreedor (BO, antigua jurisprudencia francesa); 2.º *promesa tácita* del acreedor de conservación de las garantías (AUBRY Y RAU, DELSOL, PLANIOL, BEUDANT); 3.º ineficacia sobrevenida de la *causa de la obligación* del fiador (COLÍN Y CAPITANT), participando bien de la naturaleza de la resolución (JOSSELAND, parece ser también la opinión de MANRESA), bien de la excepción de incumplimiento (BAUDRY-LACANTINERIE); 4.º *condición resolutoria implícita* (SAVATIER); 5.º supuesto de *decadencia de la acción* (MOULY); 6.º *ejecución del contrato conforme a la buena fe* (BETANT-ROBET). En general, la crítica a estas construcciones doctrinales puede verse en FRAGALI: «Delle obbligazioni. Fideiussione-mandato di credito», en *Commentario del Codice civile*, Scialoja-Branca, artículos 1936-1959, Bologna-Roma, 1957, pág. 468, y SIMLER, *ob. cit.*, págs. 4-6.

(6) *Ob. cit.*, págs. 466-468. Comparten esta posición RAVAZZONI: *La fideiussione*, Milano, 1957, pág. 53; SIMONETTO: *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, pág. 95; Bozzi: «La fideiussiones, le figuri affini e l'anticresi», en *Trattato di Diritto privato*, t. 13, dirig. por P. RESCIGNO, Torino, 1986, pág. 268. Entre nosotros puede verse Díez-Picazo, *ob. cit.*, págs. 618-619; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 408; DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, pág. 529.

(7) Aceptar sin matices la idea de que el artículo 1.852 impone un deber o carga de diligencia al acreedor creo que lleva a un callejón sin salida. En primer lugar, parece configurarse al acreedor como un auténtico obligado frente al fiador. Lógicamente, entonces, la obligación del fiador persistirá mientras subsista la relación crédito-deuda originariamente contemplada, y la sanción del artículo 1.852 sólo afectará a aquellos privilegios y garantías del crédito constituidos anterior o simultáneamente a la perfección de la fianza. Y en segundo lugar, si el artículo 1.852 establece una auténtica obligación de conservación de las garantías para el acreedor, esto supone que el acreedor no debe velar sólo por sus propios intereses, sino también por los del fiador, resultando la fianza más una carga que un alivio del crédito.

Se comprenderá el problema si atendemos a una doble reflexión, que estimo ha de presidir el análisis de la norma. De un lado, la fianza se constituye en interés del acreedor y en principio ha de subsistir mientras se mantenga vivo este interés. La fianza no sólo otorga al acreedor una protección reforzada de su crédito, sino que lo garantiza frente a cierta negligencia o descuido, ya que precisamente para esto tiene un *segundo* obligado. De otro, es necesario limitar las actuaciones del acreedor que cercenen las posibilidades de reintegro del fiador, o sea, proteger eficazmente su derecho de subrogación. Entre estos dos parámetros creo que ha de encontrar respuesta la pregunta sobre el alcance y extensión del artículo 1.852.

Además de este problema específico, en el análisis del precepto se han de abordar, entre otras, las cuestiones referentes al concepto de «derechos, privilegios y garantías» a las que se refiere el artículo, su posible extensión a figuras análogas a la fianza y la eficacia de la renuncia del fiador a valerse de la excepción frente a otros obligados (subfiador, retrofiador).

II. EL ALCANCE DEL «HECHO DEL ACREEDOR» COMO DETERMINANTE DE LA SANCION DEL ARTICULO 1.852

2.1. LOS PROBLEMAS DEL CONCEPTO «HECHO DEL ACREEDOR» EN EL ARTÍCULO 1.852

La liberación del fiador es producto, como se ha dicho, de la inobservancia por el acreedor del deber legal impuesto por el 1.852. Y este deber se ciñe a impedir toda conducta del acreedor que implique la pérdida de los derechos, garantía y privilegios del crédito. Si por acción, por ejemplo alzamiento de embargos (S. TS de 30 de diciembre de 1988), u omisión, por ejemplo falta de notificación por escrito al deudor de la cesión del crédito garantizado con prenda sin desplazamiento (S. TS de 10 de junio de 1966), se perjudica el derecho de subrogación del fiador, éste podrá prevalerse de la excepción consagrada en el 1.852. Ahora bien, los términos del precepto para que se produzca la liberación han de ser interpretados en sentido riguroso. Conviene hacer al respecto algunas precisiones y acotar sucesivamente su ámbito de actuación.

El deber legal no implica que el acreedor deba observar un comportamiento tal que mejore notoriamente la utilidad y efectividad del derecho de subrogación del fiador. Como se ha señalado, la carga supone la omisión de aquella conducta del acreedor que impida el derecho de subrogación del fiador. No ha de extenderse, sin embargo, a aquellas situaciones en que teniendo el acreedor la posibilidad de mejorar su posición o constituir una nueva garantía no lo haga, salvo cuando la conducta debida fuera impuesta

por la ley o resultado del previo contrato. Desde otro punto de vista, la carga no conlleva un deber de diligencia del acreedor al efecto de actuar en el sentido que sea más favorable al fiador (8). Sin embargo, en todo caso debe responder cuando bien por hecho propio, bien por hecho de su mandatario (9), no conserve el derecho de subrogación del fiador.

Estos límites sitúan el problema interpretativo del artículo 1.852 en el sentido y alcance que haya de darse a la expresión «hecho del acreedor». Hay un importante, y parece que en la actualidad mayoritario, sector doctrinal en España que, siguiendo a FRAGALI, señala que lo determinante para que se produzca la sanción prevista en el precepto es que pueda establecerse una relación de causalidad entre el hecho y la imposibilidad de la subrogación, al margen de toda idea de culpa del acreedor o hecho ilícito (10). El «hecho del acreedor» sería, por tanto, un criterio de imputación objetiva. El interés protegido es el derecho de subrogación del fiador y éste puede resultar perjudicado tanto por un comportamiento culposo o no del acreedor. Si el acreedor conviene con un tercero la permuta del rango hipotecario, de forma que resulta perjudicada la utilidad de la garantía, la liberación del fiador, total o parcial según el perjuicio efectivo resultante, se impondrá, independientemente de la calificación que merezca la conducta del acreedor. En este sentido, se puede afirmar que el 1.852 opera objetivamente: perjuicio causado por imposibilidad de la subrogación, al margen de toda búsqueda de imputabilidad culpable (11).

Pero una interpretación como la que se propugna no deja de conducir a resultados de cierta complejidad. Propongo que se piense en estos dos casos: a) ¿el no ejercicio de la acción de devastación frente al perjuicio causado por el propio deudor en el bien hipotecado debe conducir a la liberación del fiador?; b) ¿se extingue la fianza cuando el acreedor no interpone la tercería correspondiente ante el embargo de uno de los bienes del deudor sujetos a reserva de dominio? La contestación afirmativa a estas dos preguntas parece que exige la previa imposición de una carga o deber de diligencia al acreedor. Esto significa, para ser más claros, que el acree-

(8) Cfr. FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 469.

(9) Cfr. PLANIOL Y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. XI (trad. por M. Díaz Cruz), La Habana, 1946, pág. 917; BEUDANT: *Cours de Droit civil français* (publ. por Beudant y Lerebours), t. XII, París, 1948, págs. 110-111; SIMLER, *ob. cit.*, pág. 20; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 422.

(10) Cfr. FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 472; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 421; DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, págs. 528-529.

(11) Parece compartir esta posición Díez-PICAZO, aunque con matices. Si bien señala que basta la mera imputabilidad, exige al menos la culpa o negligencia del acreedor para que se produzca la extinción: «Por hecho propio del acreedor debe entenderse cualquier conducta de éste, que le sea imputable y que no obedezca a un caso fortuito. Puede ser un comportamiento positivo o una simple omisión. Puede ser una actividad voluntaria, dolosa o simplemente negligente», *ob. cit.*, pág. 619.

dor no debe sólo velar por sus propios intereses, sino también por los del fiador. ¿De dónde surge esta obligación? ¿Por qué necesita ejercitar el acreedor la acción de devastación si tiene un fiador solvente? Paradójicamente, según se desprende de la interpretación de la doctrina mayoritaria, para el acreedor tener fiadores es más una carga que un alivio del crédito afianzado.

En realidad, en una interpretación como en la expuesta se mezclan dos tipos de cuestiones, que son el centro de la problemática del artículo 1.852. De un lado, habrá de averiguarse si lo determinante de la sanción (liberación del fiador) es la imputación objetiva de la pérdida de la subrogación del fiador al acreedor o, en todo caso, el «hecho del acreedor» requiere que el perjuicio le sea imputable subjetivamente, es decir, que al menos haya existido un comportamiento culposo para que la fianza se extinga. De otro, y concluido que no basta la mera relación de causalidad, habrá que analizar cuál debe ser el grado de culpa (¿basta la simple negligencia?) del acreedor para que el fiador quede liberado de la fianza. Este último problema está íntimamente ligado con la cuestión de si el artículo 1.852 impone al acreedor un auténtico y específico deber de diligencia.

a) *¿Mera relación de causalidad o criterio de imputabilidad subjetiva?*

Como regla general, para hacer responsable de las consecuencias dañosas de un determinado comportamiento a un sujeto no basta la mera relación de causalidad (imputación objetiva). Habrá de estarse a la valoración que el comportamiento merezca, como culposo o doloso, para afirmar su responsabilidad, que las consecuencias jurídicas deducidas deben caer en su patrimonio. Este es un principio que recorre todo el derecho patrimonial. En consecuencia, la doctrina que mantiene la mera relación de causalidad entre la conducta del acreedor y el perjuicio de la subrogación para que se produzca la extinción de la fianza prevista en el artículo 1.852, habrá de demostrar que precisamente en este caso se ampara una regla anómala o excepcional al resto del derecho patrimonial. O bien, se ha de mantener que la expresión «hecho del acreedor» encierra una suerte de imputación objetiva, al margen de toda valoración del comportamiento. En el caso antes señalado de deterioro de la finca hipotecada por parte del deudor/hipotecante, para afirmar que el no ejercicio de la acción de devastación por el acreedor es causa extintiva de la fianza sería preciso entender que el acreedor tiene una obligación *strictu sensu* de conservación de las garantías del crédito a favor del fiador. Incumplida esta obligación (abstención del ejercicio de la acción) opera la liberación del fiador, al margen de toda idea de ilicitud o culpabilidad en la abstención del acreedor. Sin embargo, no

creo que del «hecho del acreedor» se pueda deducir un simple presupuesto de imputación objetiva o mera relación de causalidad. El estudio lógico y sistemático de la expresión y los precedentes del precepto conducen a un resultado **contrario**.

El «hecho del acreedor» del artículo 1.852 es equivalente a la expresión «actos propios» del artículo 1.129.3.⁹ Hasta tal punto es la equivalencia que en los Códigos francés e italiano se utilizan idénticas expresiones en los artículos correlativos para definir la causa que da lugar a la extinción de la fianza o el vencimiento anticipado del crédito (art. 1.129.3.⁹) (12). Pues bien, el artículo 1.129.3.⁹ contiene dos supuestos distintos que facultan al acreedor para exigir anticipadamente el pago: 1) cuando por «actos propios» del deudor se *disminuyen* las garantías; y 2) cuando éstas *desaparecieren* por caso fortuito. Ambas causas obedecen a fundamentos y presupuestos distintos. La primera es una sanción al deudor que culposa o dolosamente disminuye las garantías. La disminución por actos propios quebranta la confianza depositada por el acreedor en la concesión del plazo y aumenta el riesgo del crédito (13). Cuando la disminución (no desaparición) no sea imputable subjetivamente al deudor, el acreedor no podrá ampararse en el vencimiento anticipado, v. gr. depreciación del bien en el mercado, el menor valor es consecuencia de la negligencia de un profesional de reconocido prestigio contratado por el deudor para hacer reparaciones necesarias en el bien dado en garantía. La segunda causa, caso fortuito, tiene un fundamento distinto. Aquí el vencimiento anticipado obedece a la desaparición sobrevenida de la causa que motivó la concesión del plazo (otorgamiento de las garantías). Es un supuesto de ineficacia sobrevenida de la causa y exige no la mera disminución, sino el perecimiento o la desaparición de las garantías.

En buena lógica, a pesar de lo que afirma la doctrina mayoritaria, el vencimiento anticipado por «actos propios» no puede ser evitado a través de la sustitución por el deudor de las garantías por otras nuevas e igualmente seguras. Esto sólo debe encontrar aplicación para el caso fortuito (14).

(12) Código francés, artículos 1.183 y 2.037, respectivamente: «par le fait»; Código italiano, artículos 1.186 y 1.955: «per fatto».

(13) Así Díez-PICAZO: «El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, núm. 73, pág. 67; MORENO QUESADA: «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, II, págs. 439, 447 y 451; MONTES PEÑADES: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones jorales*, diríg. por M. ALBALADEJO, t. XV-2.⁹, Madrid, 1983, pág. 136; CLEMENTE MEORO: *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, págs. 115-116; BADOSA COLL: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 966-967.

(14) Entienden aplicable la sustitución de las garantías a la disminución por actos propios Díez-PICAZO: «El pago anticipado», pág. 79, y *Fundamentos*, I, pág. 532; Mo-

En primer lugar, no se ve razón para que de un hecho del que no es culpable el deudor puedan sucederse consecuencias perjudiciales para él (vencimiento anticipado; por eso, la única razón que puede explicar el supuesto es la ineficacia sobrevenida de la causa). Obsérvese que los Códigos francés e italiano e incluso los precedentes del artículo 1.129 no recogían el caso fortuito como supuesto de vencimiento anticipado (15). Ahora bien, si lo que quiere primar el legislador es la seguridad del crédito, y por tanto incluye también el caso fortuito, es normal que dé medios al deudor para evitar las consecuencias perjudiciales (sustitución de las garantías) cuando la desaparición de las garantías no obedece a dolo o culpa. Pero resulta contradictorio dejar en manos del deudor la propia sanción (evitar el vencimiento a través de la sustitución) cuando la disminución obedece a «actos propios». Otra cosa es que, aun en este caso, el acreedor tenga mayor interés en la sustitución que en el vencimiento anticipado. El acreedor, en el supuesto de disminución por «actos propios», podrá exigir alternatively la sustitución o el pago anticipado. Mientras que en la desaparición por caso fortuito es al deudor a quien se le faculta para evitar el vencimiento anticipado mediante la sustitución de las garantías (16).

RENO QUESADA: *ob. cit.*, págs. 477-478; MONTES PENADES, *ob. cit.*, pág. 143; RIVERO, en LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1985, pág. 210. Sobre argumentos a favor y en contra puede verse ampliamente CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, págs. 125-131. Este último autor llega a la conclusión de que «el deudor no puede pretender la ampliación o complemento de la garantía por sus propios actos disminuida si el acreedor da por vencida la obligación», pág. 131.

(15) Los artículos 1.183 y 1.186 de los Códigos francés e italiano, respectivamente, sólo afectan el vencimiento anticipado a los casos de insolvencia y disminución de las garantías por hecho del deudor (en el caso francés el supuesto de insolvencia ha desaparecido del art. 1.183 después de la nueva Ley de Quiebras de 1985). Tampoco aparecía el caso fortuito en el artículo 1.048 del Proyecto de Código Civil español de 1851, pero sí para el supuesto concreto de pérdida o deterioro de la cosa hipotecada (art. 1.796.2 del Proyecto de 1851, precedente remoto del art. 117 de la Ley Hipotecaria). Se introduce el caso fortuito en el Anteproyecto 1885-1888 (art. 1.146, prácticamente con la misma redacción que el actual 1.129).

(16) Una interpretación como la que aquí se mantiene encuentra pleno apoyo normativo en el artículo 1.796 del Proyecto de 1851, que distinguía según la pérdida o deterioro de la cosa hipotecada fuera imputable o no al deudor. En el primer caso, el acreedor podía optar entre el vencimiento anticipado o la ampliación de las garantías; en el segundo, se da la opción al deudor de renovar o ampliar la hipoteca y sólo si no lo hace puede el acreedor exigir el crédito anticipadamente.

La doctrina italiana también admite que el acreedor, en caso de disminución de las garantías por hecho del deudor, pueda elegir entre el vencimiento anticipado y la disminución de las garantías. Fijémonos que el artículo 1.186 italiano (correspondiente a nuestro 1.129) sólo atribuye expresamente la facultad de vencimiento anticipado en caso de insolvencia y actos propios (no caso fortuito). Se encuentra la razón en una interpretación conjunta de los artículos 1.186 y 2.743 (pérdida o deterioro por caso fortuito de la cosa dada en prenda o hipoteca). Cfr. RUBINO: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare, Trattato CICU-MESSINEO*, XIX, Milano, 1956, pág. 360, nota 51.

Esta fundamentación del vencimiento anticipado por «actos propios» como sanción al deudor y la precisión que se hace sobre el juego de la sustitución de las garantías para evitar el vencimiento (facultad del acreedor, no del deudor) creo que definen suficientemente el supuesto. No puede jugar el vencimiento sino cuando la disminución es imputable subjetivamente al deudor, no basta la imputación objetiva o la mera relación de causalidad. Desde esta premisa ha de matizarse la formulación amplia y general que hace la doctrina que ha estudiado el artículo 1.129.3.⁹, primer inciso, entendiéndose que en este caso la «culpa del deudor en la disminución de las garantías se reconduce a un criterio general de imputabilidad» (17). Sin embargo, aun admitiéndola con esta amplitud, no se puede prescindir del hecho de que en el concepto de «actos propios» subyace una valoración del comportamiento del deudor que justifica la sanción (disminución culpable, dolosa o voluntaria de las garantías). Esto se observa con claridad si examinamos los precedentes del precepto. La norma procede del artículo 1.048 del Proyecto de Código Civil de 1851 (18). GARCÍA GOYENA, en su comentario, precisa que «actos propios» son los imputables al deudor, y para definir estos términos remite al artículo 1.796. Este último se ocupa de la pérdida o deterioro del bien hipotecado, para diferenciar el régimen de efectos según la pérdida o deterioro sea «culpa del deudor» o «no fuese imputable al deudor»; en el primer caso se deja a elección del acreedor reclamar anticipadamente el pago o pedir la ampliación de hipoteca; en el segundo, el deudor puede renovar o ampliar la hipoteca y sólo en caso de no hacerlo tiene el acreedor derecho a exigir el pago con anterioridad al vencimiento del plazo (19). La razón del distinto régimen, señala GARCÍA GOYENA, es adecuar la responsabilidad del deudor según cual haya sido la

(17) Cfr. MORENO QUESADA, *ob. cit.*, págs. 451-452; MONTES PENADES, *ob. cit.*, pág. 139; CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, pág. 115; BADOSA COLL, *ob. cit.*, pág. 967. Por eso me parece más precisa la caracterización que del supuesto hacen RIVERO (LACRUZ: *Elementos*, pág. 210), y Díez-PICAZO («El pago anticipado», pág. 77, y *Fundamentos*, págs. 531-532), que exigen que la disminución de las garantías sea por voluntad del deudor o, al menos, comportamiento culposo.

(18) Artículo 1.048: «El deudor constituido en quiebra o que hubiere disminuido, por medio de actos propios, las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, no puede reclamar el beneficio del término.» En el Anteproyecto 1885-1888 se recoge en el artículo 1.146.3.⁹, de idéntica redacción que el actual 1.129.3.⁹

(19) Artículo 1.796: «Cuando los bienes hipotecados se pierdan o deterioren por culpa del deudor, podrá el acreedor reclamar el pago, aunque no hubiere vencido el plazo estipulado, a no ser que el mismo acreedor prefiera que se amplíe la hipoteca.

Si la pérdida o deterioro no fuese imputable al deudor, podrá éste renovar o ampliar suficientemente la hipoteca, y sólo en el caso de no hacerlo tendrá el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo determinado en el artículo 1.562.»

causa de la pérdida o el deterioro (20). Queda claro que cuando se habla de imputabilidad se está haciendo referencia, al menos, a una conducta negligente del deudor que se toma como base para hacerle responsable de la disminución de la garantía. Este significado es el que hay que atribuir a los «actos propios» del artículo 1.048 del Proyecto (art. 1.129.3.º actual), por la misma remisión que GARCÍA GOYENA hace al artículo 1.796. Se ha de tener en cuenta, de otro lado, que este último precepto es el antecedente del actual 117 de la Ley Hipotecaria (acción de devastación). Pues bien, el artículo 117 concede acción al acreedor cuando el deterioro de la finca hipotecada provenga de «dolo, culpa o voluntad del dueño». La responsabilidad del deudor se ciñe a los tres supuestos citados. Por tanto, por «actos propios» que determinan el vencimiento anticipado del crédito se ha de entender, para una mayor precisión, los supuestos en que el deudor, voluntaria, dolosa o negligentemente, disminuye las garantías (21).

Aceptada la equivalencia entre «actos propios» del artículo 1.129.3 y «hecho del acreedor» del artículo 1.852, equivalencia a la cual difícilmente se pueden oponer objeciones, la sanción que impone esta última norma no puede deducirse de la simple apreciación de una relación de causalidad. En el precepto late la idea de que el acreedor debe ser responsable de su propia culpa y esto exige que la pérdida de los derechos, garantías o privilegios obedezca, al menos, a un comportamiento negligente. La idea de la mera imputación objetiva es insuficiente para fundar la extinción de la fianza o la liberación del fiador por lesión del derecho de subrogación.

Esta concepción queda avalada por los precedentes doctrinales y legislativos del propio artículo. POTHIER, quien entendía que la subrogación no operaba automáticamente, sino sólo por reclamación unilateral del fiador, únicamente admitía como supuestos en los cuales podía excepcionar el fiador el pago cuando por hecho positivo del acreedor se impidiera la subrogación y cuando la mera omisión del acreedor hubiera de entenderse como un caso de colusión. Por hecho positivo, en el lenguaje de POTHIER, ha de entenderse una renuncia voluntaria a las garantías o privilegios del crédito. Quedan excluidas, pues, la simple negligencia o la mera abstención del acreedor como causas de liberación del fiador (22). La doctrina posterior equipara los casos de hecho positivo y omisión procedentes del acree-

(20) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. IV, Madrid, 1852, pág. 202.

(21) Este recurso al artículo 117 de la LH, para entender con mayor claridad el significado de «actos propios», no prejuzga la compatibilidad de la acción de devastación con el vencimiento anticipado, cuando el deudor deteriore la finca hipotecada. Entiendo, siguiendo la opinión mayoritaria, que ambos remedios jurídicos no se excluyen (cfr. DÍEZ-PICAZO: «El pago anticipado», pág. 78; MONTES PENADES, *ob. cit.*, pág. 141; CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, págs. 118-120).

(22) *Traité des obligations*, II, París, 1825, págs. 36-42.

dor, porque de ambos puede desprenderse una renuncia voluntaria a la garantía o una negligencia grave que perjudique el derecho del fiador, por ejemplo alzamiento de embargo o no renovación de la inscripción hipotecaria. Pero siempre se deduce la extinción como consecuencia de una «faute» del acreedor (23). Los casos en que simplemente se abstenga ante la actuación de un tercero que conlleva la pérdida de la garantía, v. gr. no interposición de la tercería correspondiente, no darán lugar a la extinción de la fianza, sino cuando de los mismos se pueda deducir una renuncia voluntaria por parte del acreedor a la garantía o una negligencia grave (v. gr. no reivindicar el privilegio, el derecho de preferencia o el derecho de retención al momento de la venta del bien, objeto de la garantía) (24). En estos supuestos, se puede hablar en términos amplios, de que el perjuicio es imputable al acreedor, ya que se abstiene de entablar las acciones oportunas para evitar la actuación del tercero. Sin embargo, no basta la mera relación de causalidad para deducir la extinción.

Este pensamiento culpabilístico es el que entiende gran parte de la doctrina y la práctica unanimidad de la jurisprudencia subyace al artículo 1.955 del *Codice* (25). Aparece también notoriamente acentuado en el párrafo 776 BGB, que limita la liberación del fiador al abandono por parte del acreedor de la preferencia, hipoteca o derecho contra un cofiador que le correspondiese, perjudicando la subrogación del primero. La idea de la imputabilidad subjetiva está presente en el artículo 1.766 del Proyecto de

(23) Véase *Motifs et discours du Code Civil*, t. I, París, 1841, págs. 702, 707 y 718. Puede verse, a este respecto, ROGRON: *Code civil expliqué*, v. 2.º, París, 1877, pág. 2638; BAUDRY-LACANTINIERE: *Précis de Droit civil*, t. II, París, 1905, pág. 785; AUBRY Y RAU: *Cours de Droit civil français, d'après le methode de Zachariae*, t. IV, París, 1871, págs. 694 y ss.; DELSOL, *Explication elementaire du Code civil*, t. III, París, 1855, págs. 438-439; BEUDANT, *ob. cit.*, págs. 106 y sigs.; PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, págs. 915 y sigs.; COLÍN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, t. V (trad. por D. De Buen), Madrid, 1955, págs. 34-35; SAVATIER: *Cours de Droit civil*, t. II, París, 1949, págs. 464-465; BETANT-ROBET: «La décharge de la caution por application de l'article 2.037», *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1974, págs. 333 y sigs.; MAZEAUD, RANOUIL Y CHABAS: *Legons de Droit civil*, III, París, 1988, pág. 39; MALAURIE y AYNES: *Droit civil Les suretés. La publicité fonciere*, París, 1990, págs. 100 y sigs.; MARTY, RAYNAUD y JESTAZ: *Droit civil Les suretés. La publicité fonciere*, París, 1987, pág. 419; SIMLER, *ob. cit.*, pág. 20.

(24) Cfr. SIMLER: *Ob. cit.*, págs. 20-23.

(25) En este sentido, BO, voz «Fideiussione», *Nuovo Digesto*, t. V, Torino, 1938, pág. 1127; CICCAGLIONE, voz «Fideiussione», *Enciclopedia giuridica italiana*, v. VI, parte II, Milano, 1903, pág. 619; MIRABELLI: *Dei contratti speciali*, en // *Diritto civile italiano*, dirig. por Fiore y Brugi, t. XX, v. 2.º, Napoli-Torino, 1915, pág. 599; Dusi: *Istituzioni di Diritto civile*, v. 2.º, Torino, 1940, pág. 142; RAVAZZONI: *La fideiussione*, págs. 47 y sigs., y voz «Fideiussione», *Novissimo Digesto italiano*, v. VIII, Torino, 1961, págs. 288 y sigs.; BISCONTINI: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 4.2, dirig. por P. Perlingeri, Napoli-Roma, 1991, pág. 1590, y jurisprudencia citada; Bozzi, *ob. cit.*, pág. 267, y jurisprudencia citada; SESTA, en CENDON: *Commentario al Codice civile*, IV-2.º, arts. 1.936-1957, Torino, 1991, págs. 1762-1765.

Código Civil de 1851 (correspondiente al art. 1.852 actual). GARCÍA GOYENA, en su comentario, equipara el hecho del acreedor a su comportamiento culpable. «La regla general de derecho es que a cada cual daña su culpa, y que por el hecho ajeno no puede empeorarse mi condición» (26). Igual concepción puede verse en otros autores (27), y la jurisprudencia, como más adelante precisaremos, es inequívoca a la hora de exigir, al menos, negligencia del acreedor para que opere la extinción. Aún más, con afán de redondear la argumentación. Normalmente en las figuras contractuales que llevan aparejada una función de garantía o pago, v. gr. cesión de créditos, no hay ningún problema en la doctrina para mantener que el crédito originario se extingue en la medida del perjuicio sufrido por el crédito cedido (dado en garantía o pago) por culpa del acreedor/cesionario. Se entiende aplicable analógicamente para tales casos el artículo 1.852 o se argumenta la solución apoyándola en la *ratio* de esta norma (28). En todo caso, se exige la imputabilidad subjetiva del perjuicio (renuncia voluntaria, dolo o culpa) al acreedor (cesionario, afianzado).

Todo el análisis precedente conduce a afirmar que la extinción de la fianza vía artículo 1.852 descansa en una sanción impuesta al acreedor por su comportamiento culposo o doloso. Incluso, como ya expusimos al inicio, los que entienden que basta la mera relación de causalidad (imputación objetiva), siempre lo hacen en consideración a que la norma impone un «deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia» (29). Pues bien, el perjuicio en la subrogación imputable al acreedor se traduciría siempre en un incumplimiento del deber de diligencia establecido, es decir, en el comportamiento culposo o negligente (obsérvese que en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor se rompe el nexo causal). Al fin y al cabo, se dirá desde esta postura, que el acreedor que no interpone la tercería correspondiente para evitar la pérdida de la reserva de dominio que garantiza el crédito afianzado, no está desplegando la diligencia exigible por el artículo 1.852.

b) *Grado de culpa del acreedor y deber de diligencia*

Esta última reflexión introduce el segundo de los problemas que planteábamos en la interpretación de la norma. Salvado el primer escollo (habrá

(26) *Ob. cit.*, pág. 167.

(27) Exigen una actuación culposa, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1899, pág. 924; MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, Madrid, 1973, págs. 484 y 486; Mucius SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XXVIII, Madrid, 1953, pág. 692.

(28) Así, para la cesión de créditos, PANTALEÓN: «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 1059 y 1115-1116.

(29) GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 408.

de hablarse siempre de un comportamiento culposo, doloso o voluntario del acreedor), es necesario precisar qué grado de culpa (¿basta la simple negligencia?) se ha de dar para que el fiador quede liberado. O dicho de otra forma, la diligencia del acreedor debe valorarse según el comportamiento común y razonable de todo acreedor en interés de su propio crédito o el artículo 1.852 impone una carga o deber específico y de mayor grado.

Las dos últimas cuestiones citadas están íntimamente relacionadas. Sólo admitiendo que sobre el acreedor pesa un auténtico deber de prestar diligencia se puede afirmar que cualquier comportamiento culposo por parte de éste o cualquier falta de diligencia da lugar a la extinción. Al contrario, si no existe tal deber, el fiador quedará liberado cuando la lesión o pérdida del derecho de subrogación sea debida a un comportamiento contrario a la buena fe del acreedor, según los parámetros normales y razonables de la conducta de todo acreedor en el ejercicio de sus derechos, es decir, cuando se pueda hablar de renuncia voluntaria, dolo o culpa grave. Y creo que ni de la *vatio* del artículo 1.852 ni de la estructura y función de la fianza se puede deducir un deber general de diligencia para el acreedor.

En primer lugar, es necesario acotar el ámbito de actuación propio del artículo 1.852. La norma establece una medida de protección del interés del fiador en la conservación del derecho de subrogación consagrado *ex lege* en el artículo 1.839. Pero esto no significa que el acreedor deba mejorar la posición del fiador ni le obliga a actuar en interés de éste. Considerando el artículo 1.852 un auténtico deber de diligencia, el acreedor debería velar no sólo por sus propios intereses, sino también por los del fiador. Sin embargo, el Código dota al mismo fiador de instrumentos de tutela de su singular posición, v. gr. acción de cobertura, excepciones frente al acreedor, y deben considerarse también las sanciones concretas de los artículos 1.851 y 1.852. Lo específico del contrato de fianza es que el fiador se obliga en interés del acreedor y la garantía debe subsistir, en principio, mientras perdure este interés. Lejos, por tanto, de un supuesto deber de diligencia, la fianza garantiza al acreedor frente a cierta incuria o negligencia. El límite estará en aquella conducta del acreedor que suponga un anormal o una falta de cuidado absoluto en la protección de su propio crédito y de la cual se deduzca un perjuicio al derecho de subrogación del fiador. Cuando el acreedor renuncia voluntariamente a una garantía o dolosamente la perjudica o el menor valor o deterioro es producto de la culpa grave o una negligencia inexcusable él debe ser quien responda en los límites del perjuicio causado. Son todas conductas que manifiestan un notorio «desinterés» en la protección del propio crédito. De la negligencia simple o culpa leve no cabe deducir tal consecuencia. El artículo 1.852 impide que el acreedor perjudique voluntariamente la posición del fiador (eventualmente el derecho de subrogación) y sanciona todos los actos u omisiones que sean contrarios a

unos principios mínimos de actuación conforme a la buena fe comúnmente admitidos. Esto exige, al menos, una culpa grave o una falta de diligencia inexcusable.

Estas ideas básicas están absolutamente claras en la doctrina alemana. Ciertamente, el parágrafo 776 BGB señala expresamente los casos que dan lugar a la liberación del fiador. La mayor generosidad en los supuestos que se puede deducir del tenor literal de los artículos 1.852 español, 2.037 francés o 1.955 italiano, en relación con el 776 BGB (30), no impide que se plantee igualmente el problema del grado de culpa o diligencia del acreedor:

«Si el fiador abandona otras garantías, ello arriesga más la posición del fiador. Por lo cual este último queda en este supuesto 'liberado' por ministerio de la ley. De aquí se deduce que el acreedor está obligado a no agravar la posición del fiador. ¿Se puede atribuir en virtud de esto al acreedor un *deber general de diligencia* y, por consiguiente, declarar, por ejemplo, liberado al fiador cuando el acreedor 'está viendo' cómo se torna cada vez más insegura la solvencia del deudor principal o las garantías? La afirmativa conduciría demasiado lejos. La fianza debe garantizar precisamente al acreedor frente a cierta incuria. Si se pretende, quizá según la 'buena fe', inclinar al acreedor a un deber de diligencia en favor del fiador, llegaría a ser un obligado a cumplir una *prestación*, lo cual contradice su posición como acreedor y la naturaleza de la fianza» (31).

En segundo lugar, dar cabida a la simple negligencia o entender que el acreedor tiene un deber específico de conservación de los derechos, garantías y privilegios del crédito sólo podría tener sentido si se defendiera que el fiador se obliga en vistas al derecho de subrogación en el crédito del acreedor. Ahora bien, esta concepción desnaturaliza la fianza, transforma el contrato unilateral en un negocio atípico bilateral, donde la función de garantía pasa de ser elemento principal a subsidiario. En gran parte aquel sector doctrinal que considera que el artículo 1.852 sólo actúa en relación a las garantías constituidas o previstas al momento de la perfección de la fianza reproduce este esquema (32). Desde esta perspectiva no sería incoherente mantener la liberación del fiador siempre que el perjuicio en la subrogación sea imputable al acreedor, ya que el primero se obliga en

(30) Parágrafo 776 BGB: «Si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el parágrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza.»

(31) HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil*, III (trad. por J. Santos Briz), Madrid, 1958, pág. 474; en similares términos ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *ob. cit.*, pág. 836.

(32) Véase nota 68.

consideración a las garantías del crédito: la simple negligencia del acreedor implica incumplimiento de la obligación. Pero lo cierto es que el fiador se obliga en interés del acreedor y a esto la ley atribuye el beneficio de la subrogación (33).

Aún hay que hacer otra apreciación. En el paralelismo y equivalencia antes establecido entre los «actos propios» del artículo 1.129.3.^º y el «hecho del acreedor» del artículo 1.852 hay una importante diferencia que debe tenerse en cuenta a la hora de la sanción. El acto del deudor que disminuye las garantías, de no establecerse la facultad de vencimiento anticipado, supondría un doble perjuicio para el acreedor, quien debería seguir soportando el plazo y la depreciación del valor de la garantía. En el caso del artículo 1.852 la imposibilidad de la subrogación por «hecho del acreedor», aunque lesiona el eventual derecho del fiador, también repercute en una depreciación de las garantías que el acreedor tiene para el cobro de su crédito (34). Si cualquier negligencia del acreedor llevara aparejada la extinción de la fianza, el acreedor resultaría doblemente sancionado (menor valor de la garantía y liberación del fiador en la medida del perjuicio sufrido). Pero precisamente cuando se exige un avalista que garantice el crédito es, de un lado, para asegurar el cobro del mismo, y de otro, para permitir un mayor ámbito de actuación del acreedor o, si se quiere, para que éste pueda «despreocuparse» relativamente de las circunstancias económicas o patrimoniales del deudor. De admitirse la negligencia simple como suficiente para la sanción del artículo 1.852, la fianza como garantía perdería gran parte de su eficacia y sentido.

La aplicación que ha hecho el Tribunal Supremo del artículo 1.852 ha sido más realista en la práctica y más acorde con la interpretación del precepto que aquí se mantiene. Así se llega a declarar en la Sentencia de 1 de marzo de 1983 que para que la extinción se produzca por esta causa no basta cualquier falta de diligencia. Los hechos son los siguientes: «'Me-bunik' vende a 'Excele' un conjunto de estanterías a plazos, garantizándose con reserva de dominio y fianzando solidariamente el pago del precio 'C'.

(33) Se podría pensar, de mantener la concepción de que los derechos y garantías afectados son los previamente constituidos o previstos al momento de la perfección de la fianza, ya que fueron los únicos que pudieron ser tenidos en cuenta por el fiador, que la disminución o pérdida de los mismos por caso fortuito debería dar lugar también a la liberación del fiador por ineficacia sobrevinida de la causa que motivó la constitución de la fianza. Se observa que una consecuencia como ésta es absolutamente inadmisibles mientras nos movamos en la función típica de garantía de la fianza.

(34) Se ha de tener presente, además, que los términos «actos propios» del 1.129.3.^º han de interpretarse en un sentido más amplio que el «hecho del acreedor» del 1.852, ya que se trata de proteger esencialmente la seguridad del crédito, lo que lleva a extender el vencimiento anticipado a los supuestos de caso fortuito. Aun así, se afirma que del 1.129.3.^º no se deriva un deber de diligencia para el deudor en la conservación de las garantías (cfr. BADOSA COLL, *ob. cit.*, pág. 967).

Se conviene que si resultan dos plazos impagados vence anticipadamente la deuda y se hace exigible. Así ocurre. Pero un tercero embarga las estanterías por impago de una letra de cambio, de la que 'C' era avalista. 'Mebunik' no interpone la tercera correspondiente y el avalista opone a la reclamación de pago de ésta la extinción de la fianza por aplicación del artículo 1.852, dado que la entidad acreedora no hizo uso de la reserva de dominio al entablarse los procedimientos judiciales contra el deudor.» El TS es **concluyente**: «... el mencionado fiador ... pudo frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que al menos quedara patente la pasividad que le imputa como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba, razón por la que no puede estimarse que la conducta del acreedor constituya el 'hecho' determinante de que el fiador solidario no pudiera quedar subrogado ... la Ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia...»

Si hubiera bastado la mera relación de causalidad (imputación objetiva) entre la omisión del acreedor y la pérdida de la garantía, el fallo debería haber sido estimatorio de las pretensiones del avalista. Tampoco puede entenderse la exoneración del acreedor como una pretendida concurrencia de culpas entre acreedor y fiador, ya que es evidente, en este caso, que el avalista no podría haber hecho nada para evitar la pérdida de la reserva de dominio. El centro está en que la simple negligencia del acreedor no es base suficiente para el 1.852. El reproche que se hace al avalista es no apremiar al acreedor para que tomara las medidas oportunas. Si así hubiera sido, la pasividad o inacción del acreedor podría haberse interpretado como un abandono o renuncia de la garantía, causa suficiente para que se produzca la extinción.

Igual conclusión puede extraerse de la Sentencia de 20 de junio de 1989. El no requerir el acreedor la intervención del Corredor de Comercio no puede entenderse como negligencia imputable que justifique la aplicación del artículo 1.852. Más aún, como señala el TS, cuando la intervención podría haber sido solicitada por el propio fiador.

En realidad, la polémica que se ha suscitado en la doctrina a propósito de ciertas decisiones **jurisprudenciales** sobre si es necesario el hecho positivo del acreedor o basta la mera omisión para dar lugar a la extinción, encubre el problema general de que el comportamiento del acreedor debe ser lo «suficientemente relevante» para producir la liberación de los fiadores (35). Si se examinan con cierta atención las decisiones citadas, la polémica no pasa de

(35) Entendía que sólo tenían relevancia los hechos positivos POTHIER, *ob. cit.*, pág. 41 (dudosa puede estimarse entre nosotros la opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *ob. cit.*, pág. 839, y ROVIRA, VOZ «Fianza», *Nueva enciclopedia jurídica*, t. IX, Barcelona, 1982, pág. 703). Indistintamente la actividad como la omisión, DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon*, t. XXV-2, París, 1880, pág. 618; Ro-

ser una ficción y el interés del TS es descartar que cualquier actuación u omisión del acreedor que conduzca a la pérdida de la garantía pueda ser relevante a los efectos del artículo 1.852. Una lectura apresurada de las Sentencias de 14 de marzo de 1908, 20 de diciembre de 1910, 31 de marzo de 1927, 7 de octubre de 1933, 9 de octubre de 1962 y la citada de 1 de marzo de 1983 podría conducir a considerar sólo relevantes los hechos positivos. En efecto, en tales sentencias se habla de la necesidad, para que encuentre aplicación el 1.852, de que el acreedor realice «actos o hechos propios» (14 de marzo de 1908 y 20 de diciembre de 1910) o de «hecho propio que tenga un carácter personal y directo» (31 de marzo de 1927) o, en fin, de «actividad, acción, hechos, no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad» (7 de octubre de 1933, 9 de octubre de 1962 y 1 de marzo de 1983). Por tanto, sólo sería determinante para la liberación la imposibilidad de subrogación deducida de una actuación positiva del acreedor. Sin embargo, las dudas se desvanecen si se considera que algunas de las sentencias citadas, no obstante exigir «actividad o hechos» para la aplicación del 1.852, fundan la no liberación del fiador con base en que la *mera abstención* de éste no ha perjudicado el derecho de subrogación (31 de marzo de 1927, 7 de octubre de 1933, 1 de marzo de 1983). Es decir, lo que se juzga no es la presencia de hecho positivo o no, como la relevancia del comportamiento del acreedor (aunque sea puramente omisivo) para determinar la imposibilidad de la subrogación. Por contra, hay decisiones jurisprudenciales que con base en hechos omisivos del acreedor dan lugar a la aplicación del artículo 1.852, ya que de tal conducta se desprende una renuncia voluntaria a la garantía o una negligencia grave de la cual ha de hacerse responsable al propio acreedor (9 de julio de 1908, 10 de junio de 1966). De forma que me parece correcto concluir que cuando el TS habla de «actividad, acción, hechos, no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad» no se refiere principalmente a la superación de la polémica sobre la relevancia de los hechos negativos (36), sino a excluir que cualquier perjuicio de las garantías o privilegios imputable al acreedor pueda ser suficiente para desencadenar la liberación de los fiadores. El argumento en la doctrina jurisprudencial recae en la valoración y

GRON, *ob. cit.*, págs. 2642 y sigs.; AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 694 (con cita expresa en apoyo de DELVIN COURT, TROPLONG, DURANTON, PONSOT, GAUTHIER); PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, págs. 915-916; JOSSERAND: *Derecho civil*, t. II, v. 2.^o (trad. por S. Chunchillos), Buenos Aires, 1951, pág. 421; DELSOL, *ob. cit.*, pág. 458; COLÍN Y CAPITANT, *ob. cit.*, pág. 34; MAZEAUD, RANOUIL y CHABAS, *ob. cit.*, pág. 39; SIMLER, *ob. cit.*, pág. 20; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, págs. 232 y sigs.; MALAURIE y AYNES, *ob. cit.*, pág. 104; MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *ob. cit.*, pág. 419; BO: *Nuovo Digesto*, pág. 1128; CAMPOGRANDE: *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, pág. 628; FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 475; RAVAZZONI: *Novissimo Digesto*, págs. 288 y sigs.; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 409; DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, pág. 529; PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 250.

(36) En este sentido, es considerado por GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 411.

alcance del pretendido deber de diligencia que corresponde al fiador, para sancionar que «no pudiendo admitirse en buena lógica que para guardar los intereses del fiador haya de prestar más diligencia que éste el acreedor, quien confía en la solvencia del fiador tanto como en la del deudor» (7 de octubre de 1933).

Ahora bien, respecto de los «hechos negativos» del acreedor hay que hacer ciertas precisiones en algunos casos particulares. Se deben excluir que sean determinantes para la aplicación del 1.852 tanto la no persecución del patrimonio del deudor al vencimiento de la obligación como el no informar de las especiales circunstancias por las que atraviesa ese patrimonio. En el primer caso, se ponen de manifiesto los distintos medios de protección del interés del fiador. Si la inactividad al vencimiento es un comportamiento debido, estaremos ante una prórroga concedida por el acreedor al deudor con las implicaciones que esto tiene, según lo previsto en el artículo 1.851 (37). Cuando obedezca a mera tolerancia o negligencia del acreedor, el medio de protección del fiador es la acción de cobertura del 1.843 (núm. 4, art. 1.843: «Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse»). Se ha de excepcionar, en todo caso, el supuesto en que la pasividad del acreedor determine la pérdida de una garantía, v. gr. no renovación de la inscripción hipotecaria. Pero aquí el hecho deriva de un comportamiento omisivo, no del no ejercicio de la acción al vencimiento. Nunca puede ser base de aplicación del artículo 1.852 la insolvencia del deudor sobrevenida al vencimiento de la obligación, en razón al no ejercicio en el momento oportuno de la acción por parte del acreedor (38). Para estos supuestos, como se ha explicado, el fiador dispone de medios de tutela específicos. Además, se ha de considerar que

(37) Estimamos, con la doctrina mayoritaria, que el efecto extintivo del artículo 1.851 se produce con independencia del alcance de la prórroga concedida (tanto prórroga *obligationis* como *terminus solutionis*). Así, GUILARTE, *ob. cit.*, págs. 396-397; DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, págs. 527-528; PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 247 y sigs.; CASANOVAS: *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pág. 38; ALVENTOSA DEL RÍO: *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988, pág. 188; ROVIRA, *ob. cit.*, pág. 707). La tesis de Díez-Picazo (el art. 1.851 sólo es aplicable a las prórrogas que tengan efectos novativos, *ob. cit.*, págs. 616-617) debería ser acogida si efectivamente la concesión de prórroga no impidiera al fiador el ejercicio de la acción de cobertura, al amparo del número 4 del artículo 1.843, como supone el autor. Ahora bien, el aplazamiento de la exigibilidad de la obligación impide al fiador, al menos hasta llegado el nuevo plazo, la acción de cobertura.

(38) Este problema de coordinación entre los artículos 1.851 y 1.852 también se ha planteado en Francia e Italia. La respuesta casi uniforme de la doctrina y jurisprudencia ha sido rechazar que la mera pasividad del acreedor al vencimiento de la obligación principal pueda equipararse a la pérdida de un derecho preferencial (para Francia: BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, pág. 786; AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 698; SAVATIER, *ob. cit.*, pág. 464; MAZEAUD, RANOUIL y CHABAS, *ob. cit.*, pág. 40; MALAURIE Y AYNES, *ob. cit.*, pág. 105; DELEBEZQUE, VOZ «Cautionnement», *Encyclopedique juridique*, puesta al día en

el artículo 1.852 no ampara la capacidad económica genérica del deudor en interés del fiador.

Respecto a la segunda de las hipótesis planteadas (no información de las circunstancias patrimoniales), algún autor ha pretendido distinguir, para atribuir distinta solución, los supuestos en que la falta de información compromete la garantía o no. Así se entiende aplicable el 1.852 al caso de que, constituida la hipoteca que caiga bajo el período sospechoso de la quiebra del deudor, el fiador pague directamente al acreedor y éste no le informe de tal circunstancia (39). O bien que, asegurando el fiador los préstamos que durante un período de tiempo pueda conceder un banco a un tercero, el primero no le informe al garante del empeoramiento patrimonial del deudor.

Sin embargo, en el primero de los casos es suficiente con atender a que la imposibilidad de la subrogación no deriva de la falta de información, sino, en su caso, de quedar afectada la hipoteca por la retroacción. En la segunda hipótesis ni siquiera se plantea problema de subrogación. Ahora bien, con relación a este supuesto, creo que debía limitarse la responsabilidad del fiador cuando el banco siga concediendo créditos a sabiendas de la situación del deudor afianzado. A falta de precepto expreso que contemple tal situación, me parece que habría que recurrir a la figura del abuso del derecho o ejercicio contrario a la buena fe. Para estas situaciones, el Código italiano establece la liberación del fiador, según lo previsto en el artículo 1.956: «El fiador por una obligación futura queda liberado si el acreedor, sin especial autorización del fiador, ha concedido crédito al tercero, aun conociendo que las condiciones patrimoniales de éste habían llegado a ser tales que hacían notablemente más difícil la satisfacción del crédito.»

Por último, es necesario precisar que los actos del acreedor relevantes para la aplicación del 1.852 sólo pueden ser los anteriores al momento en que se produce el pago por el fiador. Una vez que éste paga se subroga en la posición del acreedor y, en consecuencia, los actos *a posteriori* realizados por este último le serían inoponibles o ineficaces (40).

2.2. CAUSAS DE EXONERACIÓN DEL ACREEDOR

Como idea general, el fiador no quedará liberado cuando la imposibilidad en la subrogación no venga determinada por voluntad del acreedor o una

enero de 1991, págs. 14-15; jurisprudencia del Tribunal de Casación francés en Sentencias de 16 de febrero de 1970 y 3 de diciembre de 1974; para Italia, en el mismo sentido: anteriores al Código de 1942, CICCAGLIONE, *ob. cit.*, pág. 649; CAMPOGRANDE, *ob. cit.*, pág. 611; posteriores, FRAGALI, *ob. cit.*, págs. 469-470; BISCONTINI, *ob. cit.*, pág. 1590).

(39) Así lo entendía BEUDANT, *ob. cit.*, pág. 111.

(40) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 412.

conducta negligente de éste. Nos ocuparemos a continuación de los casos de exoneración del acreedor, a pesar de haberse producido la pérdida de las garantías o privilegios del crédito. Se limita así, negativamente, el comportamiento del acreedor relevante a efectos de la extinción de la fianza.

En primer lugar, estarían los casos en que los hechos son atribuibles a una disposición legal, una resolución judicial o un contrato previo (41). Como ejemplo de los dos primeros supuestos puede darse la nulidad de la garantía que ha quedado afectada por la retroacción de la quiebra. Un supuesto del último de los casos citados parece ser el contemplado en la Sentencia del TS de 28 de febrero de 1985: la pérdida en el rango de la hipoteca es debida a la posterior inscripción en el Registro, motivada por un acuerdo previo entre las partes. En todo caso, sin embargo, habría que excluir la exoneración del acreedor cuando la ineficacia del derecho o la garantía haya sido producto de una negligencia grave y probada del mismo, v. gr. cuando la irregular constitución de la garantía, después declarada sin efectos, haya sido debida a la no aportación por el acreedor de los datos necesarios para la identificación de los bienes.

A los casos anteriores (exoneración del acreedor) ha de asimilarse la ineficacia de la subrogación determinada por el laudo arbitral. Tanto en el caso de que el convenio arbitral hubiera estado previsto al momento de prestar la fianza (conocimiento del fiador) como cuando se otorgue posteriormente, por la función cuasi-judicial que desempeña (en parte, un problema de efectos del laudo arbitral se plantea en la Sentencia de 31 de marzo de 1927). No así cuando la transacción efectuada por el acreedor y el deudor implique la renuncia del primero o un derecho, garantía o privilegio. Tal es el caso de la Sentencia de 14 de marzo de 1908: el banco «F» concede un crédito a «SE» y la operación es afianzada solidariamente por «A» y «B»; ante el impago del deudor, el acreedor se dirige contra él y consigue el embargo de algunos bienes. Dada la imposibilidad de realizar partida alguna del ejecutado, se dirige contra uno de los fiadores solidarios y contra éste se despacha ejecución y el embargo de bienes; sin embargo, en un convenio previo entre acreedor y deudor para renegociar la deuda, el primero se había comprometido a alzar el embargo y dar aplazamiento para el pago. El TS estima la liberación del fiador. Para la solución creo que basta con observar los efectos que otorga el 1.835 a la transacción celebrada entre acreedor y deudor: no surte efectos contra la voluntad del fiador.

Igualmente ha de quedar exonerado el acreedor cuando la pérdida de la garantía o el privilegio se haya debido a hecho de un tercero, del deudor

(41) Cfr. BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág. 343; SIMLER, *ob. cit.*, pág. 23; FRAGALI, *ob. cit.*, págs. 472 y sigs.

o del propio fiador (S. TS de 2 de junio de 1909) (42). No obstante, cuando se deba a la actuación del tercero o del deudor, es necesario que de las circunstancias del caso la pasividad del acreedor no pueda presumirse como una renuncia implícita a la garantía (por ejemplo, los hechos de la Sentencia de 9 de julio de 1908: un tercero, con conocimiento y aquiescencia del acreedor, se incauta de los géneros dados en prenda por el deudor y los vende, aplicando el precio a su propio crédito). Sin embargo, el acreedor será responsable cuando los actos, aun procediendo formalmente del propio deudor, los ha consentido o incluso provocado. Piénsese en los supuestos de especial vinculación del acreedor como gerente de la sociedad afianzada o en los casos de autocontratación (pueden verse los hechos de la Sentencia de 2 de octubre de 1942, antes relatados).

Por lo demás, en relación a las causas de exoneración del acreedor, se han planteado dos problemas: 1.º si debe ser exonerado el acreedor cuando el fiador hubiera tenido otros medios, fundamentalmente se alude al 1.843, para evitar el perjuicio causado, y 2.º cuál debe ser la eficacia en el caso de que exista cooperación entre acreedor y fiador que determine la imposibilidad o ineficacia de la subrogación.

El primero de los problemas ha sido resuelto por algunos autores decidiendo la exoneración del acreedor, ya que la culpa de éste se compensa con la falta de diligencia del fiador para evitar el perjuicio (43). Lo mismo podría intuirse de la lectura de cierta doctrina jurisprudencial, en especial, la de las Sentencias de 2 de junio de 1909, 22 de noviembre de 1916 y 7 de octubre de 1933. En todas ellas se alude a que el fiador pudo, en su caso, recurrir al derecho concedido en el 1.843 para evitar a tiempo el perjuicio causado por la imposibilidad de la subrogación: «Considerando que pudo el fiador, según precepto del artículo 1.843 del Código Civil, proceder contra el deudor principal, aun antes de haber pagado, cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse, no puede prosperar a los efectos de casación la infracción del artículo 1.852 del citado Código ..., para considerar que ha quedado libre de su obligación el recurrente, por no poderse subrogar en los derechos y privilegios del deudor..., ya que, en virtud de aquel derecho, pudo por sí mismo practicar esas diligencias notariales y porque esa omisión podría afectar solamente a la forma procesal en que había de reclamarse el pago, pero no a la acción y derecho para verificarlo...» (22 de noviembre de 1916).

Me parece que la solución correcta es la contraria a la inicialmente

(42) Cfr. AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, págs. 694-695; FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 473; PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 917; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 421; SIMLER, *ob. cit.*, págs. 23 y sigs.

(43) Así, BO, *Nuovo Digesto*, pág. 1128; CICCAGLIONE, *ob. cit.*, pág. 649; PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, págs. 916 y sigs.; parece ser de la misma opinión PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 250.

propuesta: la liberación del fiador. Si bien se mira, además, en ninguna de las sentencias citadas la razón fundamental de la decisión, no aplicación del 1.852, reposa, en última instancia, en la posibilidad de evitar el perjuicio por el fiador, sino en el consentimiento prestado por éste (2 de junio de 1909), en que no se impide la subrogación (22 de noviembre de 1916) o que la actuación del acreedor obedece a una obligación (7 de octubre de 1933). Los artículos 1.843 y 1.852 se sitúan en órbitas distintas. El primero obedece a una medida de aseguramiento del fiador ante el riesgo de tener que pagar o la inminencia del pago, bien por las circunstancias patrimoniales del deudor, bien por la fase de desarrollo o ejecución en la que se encuentra la obligación garantizada. Por contra, el artículo 1.852 es una sanción al perjuicio del derecho de subrogación resultante del comportamiento del acreedor, al margen de las posibilidades que tenga o no el fiador para cubrir el eventual derecho de reintegro. Basta tener en cuenta que el 1.852 se aplica tanto siendo el objeto dado en garantía el único bien patrimonial del deudor como cuando tenga suficientes para satisfacer el derecho de reintegro. El 1.852 es una medida de protección del derecho a favor del fiador del 1.839 (subrogación) y en los límites del mismo. El 1.843 mira, de otro lado, bien a evitar la misma subrogación (relevación del fiador), bien a redoblar la protección del fiador por encima de la subrogación y con independencia de ésta («una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor» —art. 1.843—) (44). El ejercicio de la acción de cobertura no puede impedir la pérdida de la garantía provocada por el acreedor. Esto es lo que sanciona el artículo 1.852.

El segundo de los problemas planteado debe conducir a la exoneración del acreedor (no aplicación del 1.852). Cuando en el hecho determinante de la ineficacia de la subrogación concurren las conductas del acreedor y el fiador no puede pretenderse liberado éste, ni siquiera parcialmente. Ciertos sectores de la doctrina han entendido que para este supuesto era aplicable una liberación parcial del fiador en la medida de la responsabilidad contraída por él en el «hecho» (45). Sin embargo, bien en atención a que ha habido un consentimiento expreso o implícito del fiador, bien porque el 1.852 exige la exclusividad del hecho del acreedor en la producción del resultado perjudicial (46), debe exonerarse al acreedor. Lo que se valora en el 1.852 es el interés del propio fiador, que difícilmente puede subsistir, aun

(44) En el mismo sentido, FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 474, y GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 412.

(45) Así, SIMLER, *ob. cit.*, pág. 2; MOULY: *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, núm. 406; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, págs. 342-343.

(46) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 421; AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 695; ROGRON, *ob. cit.*, págs. 2640-2641; PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 917; PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di diritto civile italiano*, t. V, parte speciale, Firenze, 1913, pág. 670.

parcialmente, cuando participa o coopera en la lesión del derecho de subrogación. Esta es la dirección apuntada por las Sentencias ya comentadas de 1 de marzo de 1983 y 20 de junio de 1989. En la primera el TS establece la exoneración del acreedor, porque «pudo (el fiador) frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que al menos quedara patente la pasividad que le imputa como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba». Lo cierto es que en el caso, en primer lugar, se duda de la misma efectividad de la reserva de dominio por la inidentificabilidad de los bienes sometidos a la misma. Pero, de todas formas, se aprecia un consentimiento implícito del fiador a la pérdida de la garantía cuando éste no advierte al acreedor de las acciones ejecutivas ejercitadas por un tercero sobre los bienes. De ahí que la negligencia del acreedor en la interposición de la correspondiente acción no pueda considerarse suficiente para provocar la extinción de la fianza. En la segunda sentencia, la no aplicación del 1.852 reside en que «la pérdida del carácter ejecutivo de la acción, como los demandados (fiadores) pudieron exigir en su momento la presencia del Corredor en el acto de la firma; al no hacerlo, tal omisión no puede imputarse exclusivamente al acreedor» (47). Si bien, este segundo caso, más que imposibilidad de subrogación, se trata de una preferencia del crédito que no llegó a constituirse (intervención del Corredor en la firma de la póliza del crédito), sin que tal circunstancia pueda imputarse, sin más, al comportamiento del acreedor.

No obstante, de este último supuesto habría que excluir aquellas situaciones en que la no constitución de la garantía o el privilegio por el acreedor suponga incumplimiento de una obligación legal o contractual. Para estos casos, la carga de la futura constitución corresponde al acreedor, siendo irrelevante la mera pasividad del fiador (en su caso, compeler al acreedor para que realice los actos oportunos) para determinar su liberación.

En los restantes casos, cuando concurra el comportamiento del acreedor con el del deudor o con el de un tercero, aunque aquél pueda consistir en una omisión (permitir la venta por un tercero de los géneros dados en prenda) en la ineficacia de la subrogación, el fiador ha de quedar librado. La *ratio* del 1.852 es que el acreedor de cualquier modo se abstenga de perjudicar la subrogación del fiador (48).

(47) Hechos: el banco «C» era acreedor de «JV» y «DN», afianzada solidariamente la deuda por «MN», «JS» y «JVN». «JV» y «DN» son declarados en suspensión de pagos. En ésta se llega a un convenio por el que se prorroga la obligación principal. Los fiadores entienden que la fianza ha quedado extinguida por la «pérdida» del carácter ejecutivo de la acción (art. 1.852), al no requerir el acreedor la intervención de Corredor de Comercio en la firma de la póliza y por la prórroga concedida en el convenio (art. 1.851).

(48) Supuestos de hecho de los referidos son los de las Sentencias de 14 de febrero de 1908, 9 de julio de 1908, 2 de junio de 1909 y 2 de octubre de 1942.

En general, la conducta del acreedor que impide la subrogación ha de estimarse según las circunstancias de hecho que se den en el supuesto concreto. Ha de valorarse la obligación legal o contractual que puede pesar sobre el acreedor, el consentimiento de éste cuando no interpone las acciones de conservación del derecho o la garantía, la concurrencia del deudor, un tercero o el propio fiador y la renuncia, consentimiento o mera abstención o pasividad de este último.

2.3. EL ARTÍCULO 1.852 Y LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR

Tampoco puede aplicarse el 1.852, como ya se ha referido, a la mera pasividad observada por el acreedor para dirigirse contra el deudor al vencimiento de la obligación principal. O la no actuación implica el abandono de un derecho o garantía (no renovación de la inscripción hipotecaria, supuesto del Acuerdo del TS de 13 de octubre de 1959) (49) y, por tanto, procederá el 1.852, o es fruto de un convenio de prórroga y entonces cae bajo la órbita del 1.851. En los restantes casos no tiene relevancia. Cuando se plantea este supuesto se está pensando, en general, en la insolvencia sobrevenida del deudor. De ahí que se suscite el problema de la hipotética pérdida de un derecho por el acreedor al no haber actuado a tiempo y que, por lo mismo, ha de sufrir el rigor de la insuficiencia patrimonial. ¿Debe ser relevante este caso a los efectos del 1.852?

En general, la relación entre el artículo 1.852 y la insolvencia del deudor se inscribe en un problema más amplio, cual es el de los efectos que hayan de otorgarse a los convenios de quiebra o suspensión de pagos para los terceros garantes o coobligados del deudor suspenso o quebrado (50).

(49) Se trataba en el caso de un supuesto de prescripción de la acción contra el deudor principal.

(50) Se ha intentado responder al problema examinando la naturaleza jurídica del convenio. Sin embargo, desde aquí difícilmente se pueden dar respuestas ciertas y todo queda en una cuestión de principios abstractos y confusos. De un lado, la misma división de opiniones en la doctrina lo impide (véase GUILARTE, *ob. cit.*, págs. 208-210; PÉREZ DE LA CRUZ: «Cuestiones en torno a la quiebra», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 529-534; BENEDITO FRANCÉS y CÁMARA MINGO: «El convenio en la suspensión de pagos y el artículo 1.851 del Código Civil», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, págs. 1024-1028); de otro, no todos los convenios para salir de la crisis patrimonial son iguales ni contienen los mismos efectos. Me parece que no se puede distinguir, y tampoco tiene relevancia práctica, por los efectos del convenio, entre los que ponen fin a una quiebra o a una suspensión de pagos. Ambos pueden tener eficacia remisoria, dilatoria o mixta. Los dos parten de una situación de insolvencia y se definen por ser una solución a la misma. A efectos prácticos, además, no podemos olvidar que muchas suspensiones de pagos son quiebras encubiertas y dar distintos efectos para los coobligados o fiadores sería crear una apariencia jurídica sin base real.

Para estos casos se está de acuerdo en afirmar que los convenios sólo despliegan eficacia entre los acreedores y el deudor, sin prejuzgar ni limitar las acciones que por la totalidad del crédito tengan los primeros frente a los fiadores y coobligados (51). La reducción que el crédito pueda sufrir por efecto del convenio de la quiebra o la suspensión de pagos del deudor no puede atribuirse a un «hecho propio» del acreedor, en los términos del artículo 1.852. Si bien miramos, esta reducción del crédito por efecto del convenio no cae en la órbita propia del artículo 1.852. Lo que protege la norma son las garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito, no la posible condonación que de la deuda haga el acreedor. Esta tendrá eficacia frente al fiador, cuando no tenga origen en el convenio, pero no por aplicación del artículo 1.852, sino vía artículo 1.847 («La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones»). Y ya digo que esta reducción producto del convenio es ineficaz frente al fiador (52). Ni tampoco compete al acreedor, en virtud del artículo 1.852, preservar la capacidad económica genérica del patrimonio del deudor. En sentido estricto, ni el convenio ni la participación que en el mismo tenga el acreedor perjudica el privilegio o la garantía del crédito inscrito en la masa pasiva. Otra cosa es que por la necesaria reintegración de la masa (retroacción, acciones impugnatorias) se declaren ineficaces algunas garantías del crédito. Pero esto, normalmente, no obedece a un hecho imputable al acreedor.

Por tanto, el convenio afectará a todos los acreedores incluidos en la lista definitiva, independientemente de su actuación en la Junta (no asisten-

(51) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 208; GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1983, págs. 501-503 y 535-536; SAGRERA TIZÓN: «Alcance de la fianza prestada al acreedor incluido en la definitiva de la suspensión de pagos», *Revista General de Derecho*, 1987, octubre-noviembre, págs. 5675 y sigs., y «Comentarios a una sentencia de la Audiencia de Valencia respecto de las obligaciones del avalista del suspenso», *Revista General de Derecho*, 1988, marzo, págs. 1283 y sigs.; RAMÍREZ: *La quiebra*, III, Barcelona, 1959, págs. 220 y sigs.; TORRES DE CRUELLES: *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, págs. 265 y sigs. En contra MANRESA, que entiende que el convenio del concurso o la quiebra constituye novación, por tanto la fianza queda extinguida según los términos del artículo 1.207, *ob. cit.*, págs. 482-483. En el Derecho comparado la respuesta es uniforme: el convenio no limita las acciones del acreedor contra los fiadores o coobligados del suspenso o quebrado (así, arts. 135.2 y 184.1 de la *Legge fallimentare* italiana, 64.2 de la ley francesa de 24 de enero de 1985, 193 de la ley de quiebras alemana; el Anteproyecto español de 1983 mantenía idéntica solución en su art. 234).

(52) Creo que el convenio no puede considerarse como una transacción. Las mutuas y recíprocas concesiones que el artículo 1.890 exige difícilmente pueden entenderse en la relación deudor-acreedor (cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, págs. 207-209; PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 534; GARRIGUES, *ob. cit.*, págs. 497-499 y 502. Entiende el convenio como transacción RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 162; también la Sentencia del TS de 30 de diciembre de 1932).

cia, voto favorable, voto negativo), sin prejuzgar las acciones que por la totalidad del crédito les correspondieren frente a terceros. La eficacia del convenio se limita a la relación acreedores-deudor (doctrina general de las Sentencias de 18 de febrero de 1952, 15 de junio de 1962, 8 de junio de 1966 y 15 de noviembre de 1967) (53). Esta solución a la relación convenio-1.852 viene confirmada por la jurisprudencia del TS. Así las Sentencias de 28 de enero de 1972 y 20 de junio de 1989: «la liberación de los fiadores que se establece en el invocado precepto está condicionada a la realización de algún hecho por el que no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios de éste, lo que no cabe entender que se produjese por pedir su inclusión como acreedor en el expediente de suspensión de pagos, cuando, por el contrario, aparte de los propios efectos de dicho expediente, más parecía perjudicar a los fiadores su falta de inclusión» (20 de junio de 1989). Y al contrario, la no intervención del acreedor en la Junta de aprobación del convenio no debe implicar la aplicación del artículo 1.852, cuando prefiera dirigirse inmediatamente contra el fiador (Sentencia de 28 de enero de 1972).

Pero, aun admitiendo esta solución con carácter general, han de tenerse en cuenta dos observaciones. En primer lugar, si bien es cierto que el fiador debe responder ante la insolvencia del deudor, no se ve razón para que aquél haya de quedar sometido a la solución que proponga el acreedor para salir de esta situación. No se pone en cuestión que el fiador deba responder, sino que no es coherente que haciéndose éste responsable del pago y normalmente acabe como acreedor del suspenso o del quebrado por efecto de

(53) La doctrina jurisprudencial puede resumirse en los siguientes puntos:

1.º Que la declaración de insolvencia del deudor es precisamente lo que hace entrar en funcionamiento y con total eficacia a la garantía; de entenderlo de otra forma, extinción de la garantía por el convenio aprobado, se privaría de su función propia a la garantía. Para que se extinga total o parcialmente el crédito en relación con los garantes es necesario que los acreedores en el convenio se hayan conformado con no cobrar más que lo que les correspondiese en la liquidación y repartimientos del activo.

2.º Que los efectos del convenio se limitan a los intervinientes en el mismo, «bien por haber comparecido en el mismo a actuar como parte o, aun sin ello, por tratarse de acreedores que al estar comprendidos en la lista definitiva de los que tenga el suspenso, ha de afectarles lo decidido en el convenio». Lo acordado en el convenio no puede beneficiar ni perjudicar a deudor distinto del suspenso ni coartar o interferir la acción que contra un tercero tenga el acreedor por un crédito que figure en la masa pasiva.

3.º Que la doctrina sobre la subsistencia de la responsabilidad de los terceros con posterioridad al convenio «no admite más lógica excepción que la del pago efectivo y completo del crédito garantizado, ya que los pactos sobre tiempo y forma de hacerlo sólo afectan a los intervinientes en el convenio y modelan, exclusivamente, la responsabilidad del suspenso».

También pueden verse las Sentencias del TS de 23 de marzo de 1973, 24 de noviembre de 1978, 7 de junio de 1983, 6 de octubre de 1986, 14 de septiembre de 1987, 24 de enero de 1989 y 20 de junio de 1989.

la subrogación quede al margen del convenio (situación que es la habitual, ya que el acreedor preferirá dirigirse contra el fiador después de declarada la suspensión de pagos o la quiebra y éste deberá repetir contra el deudor) (54). Y en segundo lugar, que el Tribunal Supremo, a pesar de partir del principio de que el convenio no limita las acciones del acreedor contra el fiador, siempre valora en sus decisiones el contenido concreto del convenio y la actuación que al respecto ha tenido el acreedor (55). Hasta el punto de que en algún caso, ciertamente discutible, ha concluido con la extinción de la fianza, con base en los puntos concretos del convenio y la actuación del acreedor (56).

Tomando como referencia estas consideraciones, ha de valorarse en especial la situación del acreedor con derecho de abstención. Creo que éste es el único supuesto en el que ha de estimarse el «hecho del acreedor» a efectos del artículo 1.852 (fuera de aquellos casos en que el acreedor renuncie o perjudique la garantía o el privilegio del crédito, al margen del propio convenio). Cuando se pueden evitar los perjuicios del convenio, en virtud del ejercicio del derecho de abstención, el acreedor que concurre a la Junta y, por tanto, se somete al convenio, observa un comportamiento que cae dentro de lo establecido en el 1.852. En todo caso, es necesario que del ejercicio del derecho de abstención el crédito quede más protegido, lo que se dará en la mayoría de las situaciones (no cabe duda en el caso de que el crédito afianzado goce de una garantía sólida que lo cubra totalmente, v. gr. hipoteca suficiente para la satisfacción del crédito). El perjuicio que sufra el fiador habrá de valorarse en atención a los datos del específico supuesto (por ejemplo, en los casos en que la hipoteca no cubra todo el crédito y por lo restante el acreedor haya de someterse a los efectos del convenio).

(54) Ante esta situación PÉREZ DE LA CRUZ ha propuesto que «la solución más lógica sería que los titulares de créditos contra el quebrado, afianzados por tercero, hagan saber al fiador con antelación suficiente su propósito de concurrir a la Junta para la deliberación del convenio, advirtiéndole que, de no ser pagados en el ínterin, se considera en libertad de votar en el convenio de la forma que estime oportuna, sin que la rebaja o prórroga que la Junta conceda al quebrado vaya a aprovechar al fiador que se ha desentendido del requerimiento de que ha sido objeto», *ob. cit.*, pág. 545.

(55) Se tienen en cuenta los puntos concretos del convenio en las Sentencias de 18 de febrero de 1952, 15 de junio de 1966 y 15 de noviembre de 1967 y se valora, a mayor abundamiento, la participación que en el mismo ha tenido el acreedor en la de 8 de junio de 1966.

(56) Así, en la Sentencia de 26 de mayo de 1988 se declara extinguida la fianza en virtud del artículo 1.849, ya que el acreedor da su aceptación a un convenio de suspensión de pagos en el que en sus puntos 10, 11, 12 y 13 se acordaba una «*datio in solutum*» de los bienes del suspenso, con renuncia del resto no cubierto por los bienes adjudicados «*in valore*» o «*in genere*». Puede verse también el comentario a la Sentencia de 24 de enero de 1989 de ALONSO SÁNCHEZ, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1989, núm. 19 págs. 107 y sigs.

Esta excepción ya ha sido confirmada por el TS en la Sentencia de 1 de julio de 1988: «Y también es de asumir el motivo quinto, en el cual la extinción de la fianza por aplicación del artículo 1.852 se razona a partir del carácter del crédito privilegiado que conviene en el caso litigioso por estar consignado en póliza intervenida; carácter del que se sigue el derecho de su titular a la abstención, del cual hizo dejación la caja al concurrir a la suspensión de pagos como acreedor común, originando la pérdida del privilegio y atrayendo así la aplicación del citado artículo.» Para determinar la aplicación del 1.852 habrá de estarse, pues, a la participación o no del acreedor con derecho de abstención en el convenio, los puntos concretos aprobados en éste y el perjuicio efectivo resultante para el fiador.

III. DERECHOS, GARANTIAS Y PRIVILEGIOS A LOS QUE HACE REFERENCIA

3.1. CUESTIÓN PREVIA: LA GENÉRICA CAPACIDAD DEL DEUDOR

De los términos amplios del 1.852, que cita «derechos, hipotecas y privilegios», creo que hay que entender que se refiere a todas aquellas situaciones en que el acreedor esté especial o preferentemente favorecido para el cobro o goce de reforzada protección su crédito respecto al patrimonio del deudor. No pienso, por tanto, que puedan limitarse y ceñirse rigurosamente a casos especiales estas situaciones, como ocurre en Alemania, dado el tenor literal del 776.1 BGB y la interpretación que del mismo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia (57).

Ahora bien, que el 1.852 deba considerarse con amplitud no quiere decir que su ámbito de aplicación pueda extenderse a la estimación de una prenda general del patrimonio del deudor a favor del acreedor (58). Se exige, en todo caso, el específico derecho, garantía o privilegio que acompañe al crédito. Una idea que parece deducirse del tenor literal del precepto es clara a primera vista: el hecho del acreedor que determina la liberación del fiador debe quedar circunscrito a aquel que impida la subrogación. En consecuencia, deberían excluirse del ámbito de aplicación del 1.852 los hechos del acreedor que hayan podido influir en una disminución patrimonial del deudor. En concreto, GUILARTE parece decantarse por una postura más abierta,

(57) Así, ENNECERUS, KIPP y WOLFF: «LOS casos en que el fiador se libera están determinados con tal precisión por el 776-I, que no parece justificado reemplazarlos por un principio general, mucho más amplio, según el cual el fiador se liberaría cuando el acreedor, por causa de negligencia propia, no consiguiera pago alguno del deudor principal» (se cita abundante bibliografía), *ob. cit.*, pág. 836.

(58) Cfr. BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág. 326; FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 469.

al indicar que «respecto de la genérica capacidad del deudor para responder, representada por las posibilidades que su patrimonio brinda para satisfacer el reintegro del fiador, el acreedor debe limitarse a no realizar actos que contribuyan a disminuir aquélla, pero sin tener que desenvolver actividad alguna tendente a su conservación» (59). Y lógicamente concluye que «la extinción de la fianza debe producirse cuando con intervención del acreedor tiene lugar la pérdida o desaparición de bienes o elementos del patrimonio del deudor, que configuraban su activo y su capacidad para responder y, consecuentemente, ésta desaparece» (60).

Esta última posición, distinta de la que aquí mantenemos, parece encontrar respaldo en la doctrina jurisprudencial sentada en las Sentencias de 9 de julio de 1908 y 2 de octubre de 1942. En la primera se trata de un deudor que pone en garantía de la obligación afianzada unos géneros a disposición del acreedor, comprometiéndose a pagar la deuda en cuanto realizase la venta de los mismos. Sin embargo, con conocimiento y aquiescencia del acreedor, un tercero, también acreedor del deudor afianzado, toma los géneros y los vende para cobrarse el crédito pendiente. El deudor en cuestión desaparece, y parece ser, por los hechos de la sentencia, que no deja bienes suficientes realizables en el territorio español. El TS falla la liberación del fiador: «... no hizo uso (el acreedor) del derecho que le otorgaba el expresado documento, haciéndose cargo de los bienes que se ponían a su disposición y ... los actos que se realizaron y en que intervino casa Sturges (segundo acreedor) tuvieron lugar con la aquiescencia de aquél, es visto que hubiera o no verdadera prenda, no fue extraño el acreedor a la desaparición de esa garantía, obrando como obró por propia conveniencia, y quedando, por lo tanto, liberado de su responsabilidad el fiador, que para nada intervino en tales actos.»

Ahora bien, en este caso resulta dudoso poder hablar de una colaboración del acreedor a disminuir la capacidad económica del deudor. Aunque así se afirmara, no se puede obviar que la razón del fallo viene determinada no por esta circunstancia, sino porque, independientemente de considerar el supuesto como prenda o no, el comportamiento omisivo del acreedor implica la renuncia voluntaria a la protección reforzada de su crédito por los bienes puestos a su disposición y, por tanto, impide la subrogación en la misma posición al fiador y, como resultado, el efectivo perjuicio de este último. Ha de considerarse, de otro lado, que la misma decisión hubiera tenido lugar, liberación del fiador, en el caso de poseer el deudor bienes suficientes para el pago; el acento se pone en la imposibilidad de la subrogación y no en la contribución a la disminución patrimonial.

(59) *Ob. cit.*, pág. 418.

(60) *Ob. cit.*, pág. 420.

La segunda sentencia puede ser más ilustrativa. Efectivamente, en ésta el acreedor contribuye con actos directos y personales a disminuir la capacidad económica del deudor para responder. El caso es el siguiente: «A» era prestamista de la sociedad «Transportes C» y también era gerente de esta última; en garantía del préstamo se constituye fianza, resultando fiadores dos socios de «Transportes C»; la sociedad se liquida y, con anterioridad al pago de las deudas sociales, se traspasa todo el activo a otra sociedad, pagando a los socios de la antigua con acciones de la nueva sociedad. El fallo del TS también es la liberación de los fiadores: «... por el alaudido traspaso la sociedad se quedó sin unos bienes que debieron ser destinados preferentemente al pago de la deuda con la consiguiente liberación de los fiadores, imposibilitados ahora para ejercitar el beneficio de excusión y para subrogarse en el derecho de perseguir directamente aquellos bienes ... dado la cooperación del actor al traspaso del activo a la nueva sociedad, es de aplicación ineludible al caso de autos lo dispuesto en el artículo 1.852 del mismo texto legal, que declara para estos supuestos la liberación de los fiadores.»

Tampoco de este segundo caso creo que se puede deducir que el 1.852 se aplica sin más a los supuestos en que el acreedor coopera en la pérdida de capacidad patrimonial del deudor. Lo determinante al caso es la venta del activo patrimonial realizada, entre otros, por el acreedor-gerente, junto a la renuncia implícita de éste al derecho preferente que tiene para el cobro de su crédito (deuda social) con el activo social. Si el acreedor-gerente vende los bienes sociales destinando el producto al pago de los socios (pago en acciones) y no reservando activo para cubrir la deuda social (su propio crédito), parece deducirse por hechos concluyentes la renuncia a su derecho de crédito. El 1.852 se justifica en cuanto el propio acreedor renuncia al crédito contra la sociedad, crédito que además lleva aparejada preferencia para el cobro frente a los socios (preferencia que hoy se encuentra establecida en el artículo 277 de la Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido de 22 de diciembre de 1989). Existe hecho propio del acreedor que determina la pérdida del derecho y la imposibilidad de subrogación del fiador, exigiendo como consecuencia la liberación de este último.

Pero lo dicho hasta aquí no quiere decir que de tal comportamiento no haya de hacerse responsable al acreedor. Lo único que significa es que no creemos que encuentren amparo bajo el artículo 1.852 aquellos hechos del acreedor que sin determinar la imposibilidad en la subrogación del fiador, sí contribuyen a disminuir el patrimonio del deudor. Evidentemente, de tales actos resulta perjuicio para el fiador que paga en su derecho al reintegro. Del perjuicio sufrido debe hacerse responsable al acreedor, pero no vía 1.852. Otra cosa diferente es, y aquí entendemos aplicable el 1.852, cuando por la omisión del acreedor se perjudican el bien o bienes concre-

tos que constituyen el objeto de la garantía real, prenda o hipoteca. Por ejemplo, la cosa dada en prenda al acreedor se pierde o deteriora porque no se ha observado en su custodia «la diligencia de un buen padre de familia», exigida por el artículo 1.867. En general, la sanción del 1.852 no es sólo que por actos del acreedor se imposibilite la subrogación formal, sino también impedir la efectividad o utilidad de dicha subrogación. Pero, en todo caso, se trata de la subrogación en un derecho, garantía o privilegio que facilita el cobro del crédito o tutela una posición de mayor protección frente al patrimonio del deudor que, digamos, la del «simple acreedor».

Me parece que nuestra postura puede ser aclarada si atendemos a un concepto previo. El derecho al reintegro del fiador que paga está protegido a través de dos acciones: acción general de reembolso (cfr. art. 1.838) y subrogatoria (art. 1.839). Esto no significa que sean dos acciones separadas, sino que debe admitirse su carácter complementario y de recíproca concurrencia (61). El artículo 1.852 es una tutela específica y determinada al derecho de subrogación del fiador y no, en general, del derecho de reembolso que también corresponde al mismo. ¿Qué sentido, en otro caso, podría tener la liberación del fiador cuando el acreedor cancela la hipoteca en garantía del crédito afianzado, aun existiendo bienes suficientes en el patrimonio del deudor para satisfacer el derecho de reintegro? Y, sin embargo, la extinción de la fianza se produce. Entenderlo de otra forma sería tanto como considerar sometido todo el patrimonio del deudor a una «prenda general» *strictu sensu*. La subrogación conviene en cuanto el derecho, la garantía o el privilegio concede al acreedor/fiador una situación de ventaja o mayor facilidad para el cobro. El hecho propio del acreedor ha de impedir que se coloque el fiador en esta situación de ventaja.

Cuando, sin embargo, sin impedir la subrogación el hecho contribuye a disminuir el patrimonio del deudor, la situación es otra. La nota común de estos supuestos me parece que en general se puede encajar en la estructura del fraude de acreedores. Por tanto, la vía de protección del fiador no vendrá por el 1.852, sino por el ejercicio por aquél de la correspondiente acción pauliana o revocatoria. Creo, además, que no se pueden plantear problemas respecto a la legitimación del fiador para el ejercicio de esta acción, cuando normalmente se admite su interposición por titulares de créditos sometidos a condición suspensiva (62). La posición del fiador es análoga en cuanto a su eventual derecho al reintegro. El ejercicio de la

(61) Sobre la relación entre reembolso y subrogación puede verse GUILARTE, *ob. cit.*, págs. 265-268.

(62) Así Díez-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 755; LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1985, pág. 336.

acción procedería tanto en la situación descrita como cuando es un tercero quien contribuye a la pérdida de la capacidad económica del deudor (63).

3.2. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS Y TIEMPO DE SU CONSTITUCIÓN

El acreedor no puede renunciar o perjudicar los privilegios y garantías específicas del propio crédito. Quedan excluidas las garantías genéricas de la obligación. También deben entenderse afectados por la excepción de subrogación los derechos inherentes a la obligación principal, es decir, aquellos específicos en contemplación de la singular relación obligatoria. Además, se impone al acreedor el cumplimiento de aquellos actos a que por la ley o por contrato esté subordinada la persistencia de la eficacia de la obligación; pero no le será exigible el cumplimiento de aquellos que sirvan para hacer «más útil o eficaz» el derecho de reintegro del fiador. Como ya hemos afirmado, el 1.852 mira al derecho de subrogación del fiador y no al genérico regreso (64).

En el sentido último citado pueden verse, entre otros, el derecho de retención del acreedor, la preferencia para el cobro del vendedor en la compraventa sometida a la Ley de Venta a Plazos, la preferencia también a favor del vendedor que establece el artículo 340 del Código de Comercio, mientras las mercancías vendidas permanezcan en su poder. De tal forma, que para este último supuesto debe estimarse aplicable el 1.852 cuando el vendedor las cede al comprador afianzado o a un tercero, se haya producido o no el pago del fiador (caso semejante es el resuelto por la Sentencia de 9 de julio de 1908). Sin embargo, creo que no procederá la subrogación, y por tanto la aplicación del 1.852, en los casos de posibilidad de ejercicio de la facultad resolutoria o la excepción de incumplimiento contractual, pese a la opinión contraria de algunos autores (65). Respecto a la primera, ha de tenerse en cuenta que no pasa de ser una facultad, el acreedor puede pretender tanto el cumplimiento como la resolución. Si exige aquél actúa

(63) En este caso, comúnmente se entiende que la acción revocatoria del acreedor es objeto de la subrogación a favor del fiador (así, FRAGALI, *ob. cit.*, págs. 387 y sigs., y GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 269). Creo, no obstante, según lo expuesto, que debe admitirse, en este caso, legitimación directa a favor del fiador y no sólo en vía subrogatoria. Me parece, por tanto, que el no ejercicio de la acción por el acreedor contra el acto celebrado entre el deudor y el tercero, en cuanto no afecte a una garantía específica, no puede dar lugar a la liberación del fiador. Aun afectando a una garantía específica, la mera pasividad del acreedor no debe conducir, en general, a la extinción del artículo 1.852. Además de las razones que a continuación exponremos, se ha de tener en cuenta que el fiador dispone de medios propios para la tutela de su eventual derecho.

(64) Cfr. FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 470.

(65) Así, SIMLER, *ob. cit.*, pág. 17.

correctamente, con independencia de cuál sea la situación patrimonial del deudor, y no puede imputársele la pérdida de una garantía o tutela específica para liberar al fiador. La fianza precisamente viene a jugar, se puede decir en general, ante el incumplimiento del deudor. En relación con la segunda (excepción de incumplimiento), me parece que ha de considerarse que en ella no se subroga el fiador; en consecuencia, queda fuera del ámbito del 1.852. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que sólo actúa como excepción y, en segundo lugar, que nace de la propia reciprocidad existente en la relación obligatoria afianzada entre acreedor-deudor. Difícilmente puede asemejarse a esta situación la del fiador que paga por su derecho al reintegro contra el deudor (66).

El perjuicio de la subrogación en los derechos y garantías a las que se refiere el 1.852 debe quedar limitado a aquellas que ya estén constituidas. La facultad o posibilidad que tenga el acreedor de constituir una nueva garantía no cae bajo el ámbito de la sanción; no quedará liberado el fiador cuando el acreedor desista o rechace su constitución. Otra cosa es que la constitución se deba a un deber legal o una obligación convenida contractualmente, en cuyo caso es de aplicar el 1.852. Igualmente debe extenderse la sanción (liberación del fiador) al supuesto de que la garantía estuviera prevista y el contrato resulte posteriormente afianzado (por ejemplo, el acreedor omite los trámites legales para su eficacia) (67).

Un asunto problemático respecto a los derechos y garantías es el de su momento de constitución. Es decir, si el 1.852 se ha de aplicar en todo caso o sólo cuando el acreedor perjudique la subrogación de los derechos y garantías constituidas previa o simultáneamente a la prestación de la fianza.

Se defiende la última de las soluciones, limitar la eficacia del 1.852 a las ya constituidas al tiempo de la fianza, con base en que éstas fueron las únicas que pudieron ser tomadas en consideración por el fiador en vistas a su derecho de subrogación (68). De otro lado, existen ordenamientos, como el alemán (parágrafo 776.2 BGB) y el suizo (art. 503 del Código de las Obligaciones), que sancionan la solución contraria: la liberación del fiador por el perjuicio de la subrogación aunque afecte a garantías posteriores a la constitución de la fianza (69).

(66) En el mismo sentido, FRAGALÍ, *ob. cit.*, págs. 356 y sigs.

(67) De igual opinión GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 420.

(68) Cfr. AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 695 (cita en su apoyo la opinión de MOURLON, BERTAULD, PONT, ZACHARIAE); PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 914; JOSSERAND, *ob. cit.*, págs. 420-421; BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, pág. 786; COLÍN Y CAPITANT, *ob. cit.*, pág. 34; BEUDANT, *ob. cit.*, págs. 111-112; MAZEAUD, RANOUIL y CHABAS, *ob. cit.*, pág. 39; SIMLER, *ob. cit.*, pág. 18; PACIFICI-MAZZONI, *ob. cit.*, págs. 670-671; FRAGALÍ, *ob. cit.*, pág. 470; DE BUEN, anotaciones a COLÍN Y CAPITANT, *ob. cit.*, pág. 50.

(69) En el mismo sentido, la opinión mayoritaria de la doctrina en Bélgica, en contra de la práctica jurisprudencial (restrictiva), DE PAGE: *Traité élémentaire de droit*

Esta última creo que es la solución correcta. Incluso en aquellos países donde tradicionalmente se ha defendido la primera solución por la doctrina y la jurisprudencia, se observa una línea aperturista. Así, jurisprudencialmente se ha admitido en Francia que deben tenerse en cuenta a efectos del 2.037 (correspondiente al 1.852) las garantías que, aun constituidas posteriormente, son consecuencia legal y necesaria del contrato afianzado o cuando el acreedor se hubiera comprometido previamente a constituir las o, en fin, cuando razonablemente el fiador pudiera confiar en que el acreedor establecería aquellas garantías a las cuales estaba facultado legalmente (70). La solución que nosotros estimamos correcta encuentra pleno apoyo fundamentalmente en dos criterios. En primer lugar, la doctrina y jurisprudencia que limita las garantías a los efectos del 1.852 se basa en que éstas fueron conocidas y tenidas en cuenta por el fiador. Por lo tanto el límite parece venir impuesto reconduciendo la obligación del fiador a un principio de reciprocidad o sinalagmaticidad en la fianza, que no tiene fundamento legal y que ya ha sido criticado por nosotros. En segundo lugar, la ley no permite la distinción según el tiempo de la constitución. El 1.852, digámoslo una vez más, deriva de la subrogación legal a favor del fiador establecida en el 1.839, sin que, a *sensu contrario*, dicha subrogación quede limitada a los derechos del acreedor previa o simultáneamente constituidos a la prestación de la fianza. El 1.852 sanciona este principio de la subrogación sin distinguir en razón del tiempo de constitución. La subrogación deriva de la posición del fiador de obligarse por deuda ajena y el 1.852 responsabiliza al acreedor del perjuicio en toda la extensión que aquél sufra. El 1.852, desde el lado positivo, implica un comportamiento del acreedor dirigido a permitir la subrogación del fiador en su idéntica situación, por todos los derechos y garantías que tuviera contra el deudor (71). Se entiende, claro está, que se circunscribe la conservación a los derechos, garantías y privilegios plenamente constituidos a su favor y no a las meras expectativas o facultades.

3.3. SUPUESTOS ESPECIALES

Algunos problemas se pueden presentar respecto a derechos y garantías específicos. Vamos a tratar cada uno de los supuestos por separado.

civil belge, t. VI, núm. 964; VAN OVERBROCH: «A propos d'un mode d'extinctionnement du cautionnement: l'article 2.037 du Code civil», *Rev. Banque*, 1968, núm. 12.

(70) Así, SIMLER, *ob. cit.*, págs. 18-20; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, págs. 328-331.

(71) Cfr. CAMPOGRANDE, *ob. cit.*, núm. 847; MIRABELLI, *ob. cit.*, págs. 600-601 (con cita de la misma opinión de DURANTON, PONSOT, TROPLONG); BO, *NUOVO Digesto*, pág. 1129; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág. 330; GUILARTE, *ob. cit.*, págs. 419-420; MANRESA, *ob. cit.*, pág. 485; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 839.

a) En los casos de renuncia por parte del acreedor a una fianza anterior que garantice la misma deuda, liberación de uno de los cofiadores o perjuicio de una garantía prestada por un tercero a la deuda afianzada, la solución debe ser idéntica: liberación total o parcial, según los supuestos, del fiador. En el primer caso (renuncia a la fianza previamente constituida), la fianza es una garantía más del segundo fiador y procedería, en caso de pago por éste, la subrogación en la misma posición del acreedor; por tanto, es evidente el perjuicio que se causa. Al segundo supuesto es de aplicación el 1.850, que contempla expresamente el caso y prevé la liberación parcial de los restantes cofiadores («... aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado»), independientemente del problema que se suscita en torno al *quantum* (72).

En el tercero de los casos el problema real es el de la preferencia en la subrogación entre el tercero que presta la garantía (vía art. 1.210) y el fiador (subrogación automática). Ahora bien, me parece que, en todo caso, si es el fiador el que paga, la subrogación comprenderá la hipoteca o la prenda prestada por el tercero. De ahí que la imposibilidad de la subrogación en esta garantía por hecho del acreedor debe caer bajo la *ratio* del 1.852. Creo, además, que se ha de primar la subrogación legal del fiador frente a la del tercero. De concluir la solución contraria, la eficacia del 1.852 quedaría posiblemente muy reducida (73).

b) Problemas en la solidaridad pasiva: para aclarar los problemas que surgen de esta situación hay que diferenciar dos hipótesis distintas: 1.º la imposibilidad de la subrogación por hecho propio del acreedor en los derechos y garantías de éste frente a alguno/s de los codeudores solidarios (v. gr. uno de ellos garantiza la obligación con una hipoteca); 2.º la liberación hecha por el acreedor de un codeudor solidario.

En el primer caso el fiador puede garantizar a todos los deudores solidarios o bien sólo a uno de ellos. Cuando garantiza a todos no hay duda de que el perjuicio causado en la subrogación, por ejemplo por haber devuelto

(72) Como se sabe, se ha defendido que el *quantum* del 1.850 sólo es la parte alícuota que corresponde a los fiadores en relación con el fiador liberado (MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, pág. 683). Me parece, sin embargo, que la interpretación correcta es la seguida mayoritariamente por la doctrina, que consiste en entender el *quantum* por la totalidad de la cuota que correspondía al particular fiador, GUILARTE, *ob. cit.*, págs. 390-392.

(73) Los tres supuestos planteados son tratados por GUILARTE. Para los dos primeros da idéntica solución (*ob. cit.*, pág. 412). Para el tercero parece inclinarse por la misma, aunque con dudas (*ob. cit.*, págs. 420 y 270-272). Los criterios que se aportan para resolver el problema de la preferencia en la subrogación son: a) la preferencia viene determinada por el hecho del pago; b) en todo caso, es preferente el fiador; c) los deudores subsidiarios deben soportar por mitad las consecuencias del pago, y d) tomar en consideración las fechas de constitución de las garantías.

el bien dado en prenda al deudor que la prestó, implica la liberación del fiador en virtud del 1.852. Téngase en cuenta que en caso de pago por el fiador, éste se subroga en las acciones del acreedor contra todos los coobligados solidarios. La situación cambia cuando sólo se afianza a uno de los coobligados. Sólo cae bajo el ámbito del 1.852 aquel perjuicio en la subrogación de la relación entre el acreedor y el particular codeudor afianzado. En este supuesto, la subrogación del fiador se ciñe a los derechos y garantías del acreedor contra el particular coobligado. Incluso admitiendo que las subrogación del fiador en la posición del acreedor se extiende a las acciones contra los restantes coobligados, esto lo es en virtud no de la específica subrogación del fiador del 1.839, sino como efecto del 1.210, como el pago efectuado por tercero interesado. Y para estos supuestos de subrogación, como parece evidente, no se extiende la aplicación del 1.852. Este precepto tutela la subrogación específica procedente del 1.839. En consecuencia, el «perjuicio en la subrogación» causado por el acreedor en los derechos y garantías que tenga contra el coobligado no afianzado no entra en el ámbito del 1.852.

Para el segundo caso (liberación de uno de los coobligados) también procede distinguir según la fianza garantice a todos o sólo a algunos de los fiadores. Cuando el fiador garantiza a todos los obligados, la liberación por el acreedor de uno de ellos supone, en aplicación del 1.852, la extinción en los mismos términos de la fianza. Por hecho del acreedor se lesiona el derecho de subrogación del fiador, ya que impide la acción que éste tendría, en su caso, contra el codeudor liberado. Sin embargo, si el fiador garantiza sólo a uno de ellos, la liberación concedida a uno de los coobligados no afianzados no supone la liberación del fiador vía 1.852. Y la razón se encuentra en lo que antes hemos evidenciado: la subrogación contra los restantes coobligados es en virtud del 1.210. Esta liberación aprovecha al fiador en la medida que puede aprovechar al codeudor afianzado, es decir, a través del juego de las excepciones entre los coobligados entre sí —art. 1.148— y del fiador respecto al obligado principal —art. 1.853—.

c) Perjuicio de las acciones cambiarias: nos referimos expresamente a la fianza prestada de la letra de cambio y no a la posición del avalista. En segundo lugar, abordamos el problema concreto del perjuicio de las acciones cambiarias por uno de los acreedores cambiarios. Cuando la ineffectividad de la subrogación determinada por el acreedor cambiario afecta a otros derechos y garantías de su crédito, v. gr. hipoteca garantizando la letra de cambio, no se plantea ningún problema para la aplicación del 1.852.

El caso problemático creo que tiene solución según lo que se decida a propósito de la subrogación del fiador que paga en la posición del acreedor cambiario. ¿Por el pago del fiador se subroga éste en las acciones cambiarias del acreedor? La doctrina parece encontrarse dividida. La Sentencia de

11 de junio de 1984 se inclina por la respuesta negativa: «no es el titular cambiario de ella (el fiador) al no haberla adquirido por endoso, ni haberla hecho efectiva como obligado cambiario, sino en virtud de un contrato de afianzamiento anterior a su libramiento ..., por lo que no puede ejercitar las acciones cambiarias contra el aceptante de la letra». Igual criterio comparte GUILARTE (74). Sin embargo, me parece que con mejores razones se ha defendido la posición contraria (75).

No hay argumentos ni de derecho cambiario ni de derecho civil para excluir la subrogación del fiador en los derechos cambiarios. Aunque el medio específico de circulación de la letra sea el endoso, esto no quiere decir que no haya otros medios de transmisión de la titularidad cambiaria (el TS parece recoger exclusivamente el endoso y el pago por el obligado cambiario —art. 519 C. de C.—). La transmisión de la titularidad cambiaria sigue el mismo principio de libre transmisión de los derechos de crédito, señalado en el artículo 1.112 del Código de Comercio; así, por ejemplo, se opera la transmisión cambiaria por cesión del crédito, vía *mortis causa*, etc. En segundo lugar, la amplitud de la subrogación a favor del fiador, según el 1.839, no impide que éste se coloque derivativamente en la misma posición que el acreedor cambiario. Las únicas excepciones a la subrogación serían las procedentes de estar en presencia de derechos personalísimos e intransmisibles. No hay nada que autorice a limitar la subrogación del fiador de letra de cambio. En consecuencia, podrá ejercer las acciones cambiarias del acreedor subrogado siempre que esté en posesión de la letra de cambio y acredite la titularidad de su crédito (76).

Consecuentemente con lo establecido, el perjuicio de las acciones cambiarias por parte del acreedor debe implicar la liberación del fiador de letra de cambio, según lo previsto en el 1.852 (77). Creo que se comprenderá la lógica de la solución si se repara en que una cosa es que el acreedor sólo pueda dirigir las acciones cambiarias contra los firmantes de la letra y otra distinta es que el fiador que paga no pueda quedar subrogado en los derechos cambiarios del acreedor satisfecho.

(74) *Ob. cit.*, pág. 270.

(75) Cfr. GALÁN CORONA: «Comentario a la Sentencia de 11 de junio de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre 1984, núm. 6, págs. 1827 y sigs.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «El aval cambiario», *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dirig. por A. Menéndez, Madrid, 1986, pág. 600; DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, pág. 523.

(76) Cfr. GALÁN CORONA, *ob. últ. cit.*, págs. 1830-1833.

(77) Creo que desde la doctrina de la Sentencia TS de 23 de marzo de 1973 se puede llegar a la misma conclusión. Un fiador avala varias letras de cambio y el acreedor levanta el embargo de algunos bienes del deudor-aceptante. Sin embargo, al caso no se aplica el 1.852, porque, dados los términos amplios en que fue prestada la fianza, parece existir una renuncia del fiador a ampararse en tal beneficio.

d) En los casos de cambio de una garantía por otra la solución no puede venir dada apriorísticamente, sino en atención al perjuicio o no que resulte para el fiador. En la misma situación se encuentran los supuestos de permuta y posposición del rango hipotecario (sobre el particular puede verse la Sentencia de 28 de febrero de 1985). Aunque en estos últimos se pueda apreciar un perjuicio en abstracto para el fiador por el empeoramiento del rango, la liberación del fiador establecida en el artículo 1.852 sólo opera como consecuencia de la concreta ineficacia de la subrogación por el hecho del acreedor. Esta última circunstancia apunta a algo que constataremos en el apartado siguiente: la extinción de la fianza vía 1.852 no opera automáticamente, sino como excepción del fiador ante el acreedor reclamante.

IV. VALORACION DEL PERJUICIO Y CARGA DE LA PRUEBA

Decíamos que el artículo 1.852 descansa en la idea de que el acreedor debe hacerse responsable en la medida que voluntaria o negligentemente perjudica el derecho de subrogación del fiador, que se establece legalmente a su favor. Consecuentemente es necesario que la imposibilidad en la subrogación produzca un perjuicio cierto al fiador. Este extremo no se comprende expresamente en la literalidad del precepto, pero es destacado unánimemente por la doctrina (78) y la jurisprudencia (ver, por ejemplo, las Sentencias de 28 de febrero de 1985 y 30 de diciembre de 1988) y resulta de una interpretación lógica de la norma, en atención a la finalidad perseguida por ésta. Cuando el derecho, la garantía o el privilegio no tienen ninguna utilidad o efectividad, de su renuncia no se puede desprender ningún perjuicio para el fiador. Por esta misma razón la liberación del fiador será correlativa al perjuicio sufrido, v. gr. cancelación de una de las hipotecas que cubre parcialmente el crédito, cesión parcial del crédito, reservándose el acreedor las seguridades por la parte no cedida supuestos de posposición o permuta del rango hipotecario, realización de los bienes dados en prenda por un precio notablemente inferior al ordinario en el mercado, etc.

La valoración del perjuicio causado ha de hacerse desde los planos jurídico y económico. En principio, la imposibilidad de la subrogación en una ventaja jurídica es por sí misma un perjuicio efectivo. De esta forma, bastará que se dé tal circunstancia, aunque el deudor tenga bienes suficientes para satisfacer el derecho de reintegro del fiador. Ahora bien, junto a

(78) Cfr. AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 696; BEUDANT, *ob. cit.*, págs. 111-112; PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, págs. 918-919; BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, pág. 786; COLÍN Y CAPITANT *ob. cit.*, pág. 35; RAVAZZONI: *Novissimo Digesto*, pág. 288; BO: *Nuovo Digesto*, pág. 1128; MIRABELLI, *ob. cit.*, pág. 599; PACIFICI-MAZZONI, *ob. cit.*, pág. 670; FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 471; MANRESA, *ob. cit.*, pág. 485; MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, pág. 693; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 839; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 422.

esto debe haberse impedido una utilidad económica concreta y determinada. No será suficiente, por tanto, la renuncia a la garantía por el acreedor cuando ésta fuera ineficaz para satisfacer el derecho de crédito. Tampoco existirá perjuicio por el hecho de que el acreedor, cuyo crédito ha sido afianzado sólo parcialmente, se dirija contra el fiador y persiga por la parte restante al deudor (ver Sentencia de 14 de febrero de 1978). El perjuicio, en consecuencia, no se ha de ver en que el deudor no tenga bienes para pagar, sino en la imposibilidad del fiador de cobrarse con la mayor agilidad, protección o preferencia.

Corresponde al fiador la carga de la prueba. Esta ha de recaer tanto en la imposibilidad de la subrogación sufrida como en el perjuicio efectivo resultante de ella (79). El acreedor se exonerará demostrando que el hecho determinante de la pérdida no le es imputable o no constituye negligencia grave en los términos que hemos analizado (80), o bien que del derecho o la garantía perdida no se desprendía ninguna utilidad para la satisfacción del crédito (81). De ahí que con acierto se haya afirmado que el supuesto previsto en el artículo 1.852 no funciona como causa de extinción automática, sino sólo por vía de excepción.

V. EL ARTICULO 1.852 Y LAS SITUACIONES ANALOGAS A LA DEL FIADOR

¿Puede extenderse la sanción del 1.852 a situaciones análogas a la del fiador? Por la dicción literal del precepto no hay duda de que no se plantean problemas para su aplicación a los fiadores solidarios, tal y como surgieron en otro tiempo en la doctrina y jurisprudencia francesas (82). Aún más, para algunos autores el artículo constituye un argumento importante para atraer al régimen jurídico básico de la fianza a la fianza solidaria (83),

(79) Cfr. SIMLER, *ob. cit.*, pág. 26; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág. 345; FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 471.

(80) SIMLER, *ob. cit.*, pág. 23.

(81) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 423.

(82) Estas han sido una polémica circunscrita exclusivamente a Francia. En Italia el artículo 1.928 del Código de 1865 (correspondiente al 1.852) señalaba, como el artículo 1.852, de forma directa a los fiadores solidarios. Por lo demás, la polémica en Francia formó parte de la polémica más general a propósito del régimen jurídico aplicable a la fianza solidaria. Excluía su aplicación al fiador solidario la antigua jurisprudencia francesa, citada por BEUDANT, *ob. cit.*, pág. 108. Hoy la aplicación del artículo 2.037 a la fianza solidaria es un principio incontestado (cfr. BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág. 315; MALEURIE Y AYNES, *ob. cit.*, pág. 101; SIMLER, *ob. cit.*, pág. 7).

(83) Así, DELGADO ECHEVARRÍA, que gráficamente señala: «Por el portillo aparentemente mínimo del artículo 1.852 se introduce en realidad toda la disciplina de la fianza», *ob. cit.*, pág. 536.

frente a quienes defienden la aplicación de las reglas de la solidaridad de deudores. Tampoco creo que se pueda discutir la extensión del 1.852 a la subfianza y la retrofianza. Si bien, en este último caso, la norma opera en el triángulo formado por el fiador que ha pagado (crédito por el reintegro/subrogación), el deudor y el retrofiador. El problema se ha planteado básicamente en tres casos: coobligados solidarios, fiador real y avalista.

a) Coobligados solidarios: en general existe consenso en la doctrina para excluir el 1.852 (84). Las diferencias en la posición jurídica entre el coobligado y el fiador son notables. El coobligado es un deudor principal, se obliga en el propio y exclusivo interés; el fiador es deudor subsidiario, se obliga por cuenta de un tercero. La relación de accesoriedad sólo puede predicarse del fiador. Una cosa es que la solidaridad pasiva pueda cumplir una función de garantía y otra afirmar la mutua y recíproca garantía entre los deudores solidarios para asimilarlos a los fiadores, construcción que difícilmente se sostiene (85).

Ahora bien, me parece que la razón básica para excluir el 1.852 de la solidaridad pasiva es la consideración de esta norma como un medio específico de tutela de la subrogación procedente del 1.839. ¿Se subroga el coobligado que paga en la posición del acreedor? La contestación a esta pregunta suscita una relativa polémica en nuestra doctrina (86). En orden a los efectos, habría que advertir que por el pago se extingue el crédito y deja de existir la solidaridad: el deudor tiene acción contra los restantes coobligados y por la parte correspondiente. Aun de admitirse la subrogación, que pienso que es lo correcto, ésta procede en virtud del 1.210.3.⁹ El deudor se subroga en los derechos y garantías existentes al momento del pago. Se aprecia, por tanto, la diferencia de efectos procedentes de la subrogación vía 1.839 y 1.210. Los artículos 1.839 y 1.852 miran, sobre todo, a la posición del fiador como garante, de ahí que se sancione la conducta del acreedor que perjudica los «derechos, hipotecas y privilegios» del crédito. Tal sanción carece de sentido ante un acreedor que es satisfecho por un tercero interesado: situación del coobligado que paga respecto a la parte de la deuda que corresponde a los restantes. De tener algún efecto en la solidaridad pasiva el perjuicio de la subrogación, aquél debe discurrir por los cauces de la responsabilidad contractual (al margen de los efectos que se puedan derivar de caer el caso bajo el ámbito de los artículos 1.143,

(84) Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *ob. cit.*, pág. 671; CICCAGLIONE, *ob. cit.*, pág. 650; MIRABELLI, *ob. cit.*, pág. 598; RAVAZZONI, *ob. cit.*, págs. 46 y ss.; DE BUEN, anotaciones a COLÍN Y CAPITANT, *ob. cit.*, pág. 50.

(85) Una concepción de este tipo era la mantenida por BONFANTE. Ver referencia y cita en GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 33.

(86) Sobre el particular, ver la exposición de GUILARTE en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV-2.², Madrid, 1983, págs. 352 y sigs.

1.146 ó 1.148, pero éstos quedan fuera de la problemática específica del 1.852).

b) Fiador real: se entiende por tal al tercero que pignora o hipoteca un bien propio en garantía de una deuda ajena (cfr. art. 1.857). ¿Podrá beneficiarse de la extinción procedente del 1.852? La doctrina y jurisprudencia francesas han respondido mayoritariamente de forma afirmativa a la pregunta (87). El efecto de la extinción por actos del acreedor está previsto expresamente en el Código italiano para el tercero hipotecante y análogicamente entiende la doctrina que se aplica para el constituyente de prenda (88). ¿Debe acogerse esta solución entre nosotros?

Así lo han entendido, entre otros ROCA SASTRE, PUIGBRUTAU Y CHICO Y ORTIZ, en razón, parece ser, de la análoga situación entre el fiador y el tercero constituyente de garantía real (89). Sin embargo, a mi entender, son notables las diferencias entre el fiador y el fiador real. En primer lugar, este último es ciertamente responsable, pero no deudor (90). El acreedor no tiene acción contra el tercero (fiador real), ni siquiera subsidiariamente, para reclamar el cobro del crédito insatisfecho por el deudor; el tercero no incumple ninguna obligación si al vencimiento no paga. El efecto de la constitución de la hipoteca por tercero es prolongar el patrimonio de agresión y responsabilidad del deudor, pero esto no implica que el tercero sea obligado. No creo que en este caso se pueda hablar de una asunción legal o convencional de deuda por el constituyente. En segundo lugar, la responsabilidad del fiador se extiende a todo su patrimonio (cfr. art. 1.911), la del tercero queda limitada al bien dado en garantía. Por último, y en cuanto al régimen de efectos, el fiador real no tiene beneficio de excusión, ni la acción de cobertura contra el deudor, prevista en los supuestos del 1.843.

De esta forma, delimitadas ambas posiciones jurídicas, sólo será correcta la aplicación del 1.852 al fiador real, con base en el reclamo legal o cuando se aprecie una identidad de razón entre ambas. Obsérvese, por ejemplo, que la doctrina italiana excluye las restantes causas de extinción

(87) Ver, por todos, SIMLER, *ob. cit.*, pág. 8, y BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág. 317.

(88) Artículo 2.869 del *Codice*: «La hipoteca constituida por tercero se extingue si, por hecho del acreedor, no puede tener efecto la subrogación del tercero en los derechos, la prenda, la hipoteca y privilegios del acreedor.» Para su aplicación análogica a la prenda ver, por todos, GORLA: *Del pegno, delle ipoteche, Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Roma-Bolonia, 1968, págs. 7 y sigs. Con anterioridad al Código del 42 la doctrina estaba dividida sobre la aplicación al tercero constituyente de hipoteca o prenda: a favor, PACIFICI-MAZZONI, *ob. cit.*, pág. 671; en contra, MIRABELLI, *ob. cit.*, págs. 597-598.

(89) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, IV-1.^ª, Barcelona, 1979, pág. 330; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-3.^º, Barcelona, 1983, pág. 69; CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1989, págs. 1462-1463.

(90) En contra, Díez-Picazo y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1990, pág. 502. A favor de esta concepción, GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 448.

de la fianza en su aplicación al tercero hipotecante por el carácter singular y excepcional a la propia posición del fiador frente a cualquier otra forma de garantía (91). El primer caso (reclamo legal) no se da en nuestro ordenamiento; ¿existe identidad de razón que autorice la aplicación analógica? Creo que se impone la contestación negativa. Algunas de las diferencias entre un supuesto y otro (fiador/tercero constituyente) ya han sido destacadas. Tampoco se puede considerar al tercero como fiador con responsabilidad circunscrita al bien, ya que no se trata de una limitación cuantitativa de la responsabilidad, sino de la vinculación real de un bien en garantía de un crédito (92). Aún se puede considerar que la identidad descansa en la común posición de garantes del fiador y el tercero. Ahora bien, a esta común posición el ordenamiento otorga facultades y efectos jurídicos distintos. Por lo que se atiene a nuestro interés, la subrogación en caso de pago (límite protector del 1.852) proviene de vías diferentes: 1.210.3.^º y 1.839, tercero y fiador, respectivamente. El tercero que paga se coloca en la posición del acreedor al momento de efectuarse el pago, lo que limita considerablemente la extensión de protección de la subrogación que concede el 1.852 al fiador, como ya hemos visto.

La renuncia del acreedor a otras garantías del crédito distintas de la propia del tercero no conlleva la aplicación del 1.852 (93). En caso de contraerse alguna responsabilidad del acreedor frente al fiador real por estos actos, ésta debe quedar circunscrita a los límites de la responsabilidad contractual.

Las razones de la exclusión del 1.852 se añaden si en vez del fiador real estamos delante del tercero adquirente de finca hipotecada. En este caso, ni en los sistemas en que está previsto el beneficio para el fiador real, se aplica tal solución al tercer poseedor (94).

c) Avalista de letra de cambio: me parece que para resolver la cuestión es necesario hacer una previa puntualización. En el aval no hay un fenómeno propiamente de subrogación. Por el hecho del pago el avalista tiene una acción cambiaria derivada de la propia letra (cfr. art. 37 de la Ley Cambiaria) contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiarios respecto a esta última. Es un derecho autónomo que adquiere *ope legis* y que en ningún momento se identifica con las acciones de regreso o subrogatoria que corresponden al fiador (95). Ahora bien, si como reite-

(91) Cfr. GORLA, *ob. cit.*, págs. 396 y sigs.; RUBINO: *L'ipoteche immobiliare e mobiliare, Trattato CICU-MESSINEO*, XIX, Milano, 1956, págs. 474 y sigs.; RAVAZZONI: «L'ipoteche», *Trattato di Diritto privato*, dirg. por P. Rescigno, v. 20-2.^º, págs. 86 y sigs.

(92) Cfr. RUBINO, *ob. cit.*, pág. 474.

(93) Parece estar por la misma solución GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 448.

(94) Véase la bibliografía citada tres notas más arriba.

(95) Cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *ob. cit.*, pág. 598.

radamente hemos manifestado, el 1.852 reposa sobre la subrogación que legalmente se concede al fiador (art. 1.839), difícilmente puede entenderse aplicable al aval cambiado (96).

De otro lado, hay que observar que el régimen de efectos jurídicos entre el tenedor de la letra, obligados y avalistas y el del acreedor, deudor y fiador discurre por cauces diferentes. Así, del perjuicio de la letra resulta la pérdida de las acciones cambiarias para el tenedor contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas (avalistas), con excepción del aceptante y sus avalistas (art. 63 de la Ley Cambiada). En los supuestos que son idénticos al 1.852, tampoco se admite la aplicación de éste para el aval, v. gr. casos como la renuncia del acreedor cambiario (y posible cancelación) de la hipoteca cambiaria. La solución a estos problemas se plantea según principios de inoponibilidad de los actos respecto a los anteriores o posteriores tenedores de la letra o bajo el régimen propio de las excepciones cambiarias (97).

VI. LA RENUNCIA DEL FIADOR Y SU EFICACIA FRENTE AL SUBFIADOR Y RETROFIADOR

La renuncia al 1.852: no creo que, en principio, pueda oponerse ninguna objeción a la renuncia del fiador a prevalecerse del beneficio consagrado en el 1.852. Tal pacto encuentra el amparo del 1.255 y su admisibilidad ha sido reconocida doctrinalmente (98). Creo, además, que en algunas sentencias del TS se valora la amplitud de los términos acordados en la fianza para reconocer implícitamente una renuncia del fiador al artículo 1.852 y así excluir el efecto extintivo. Tal me parece el caso de la Sentencia de 23 de marzo de 1973: el fiador se obliga solidaria e irrevocablemente, con expresa renuncia al beneficio de excusión, al buen fin y completo pago de cuantas operaciones celebrara la empresa afianzada con un determinado banco, con el límite de diez millones de pesetas y hasta que el banco diera su conformidad sobre la cesación de la fianza. El banco referido levanta la prenda de algunas mercancías dadas por la empresa en garantía y el TS excluye la

(96) En el mismo sentido de excluir la aplicación del 1.852: AÑOVEROS-TRÍAS DE BES: *El aval bancario*, Madrid, 1990, pág. 65; para el Derecho italiano, SALVESTRONI: «Estinzione della fideiussione per fatto del creditore ed inestensibilità dell'art. 1.955 all'avallo», *Banca, borsa e titoli di credito*, 1977, II, págs. 22 y sigs. Sin embargo, se admite su aplicación por la doctrina y jurisprudencia francesas, SIMLER, *ob. cit.*, págs. 7 y sigs.

(97) Sobre esta problemática puede verse: MANZANO SOLANO: «Cancelación de la hipoteca cambiaria», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, págs. 1258 y sigs.

(98) Cfr. PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 917; CAMPOGRANDE, *ob. cit.*, pág. 629; RAVAZZONI, *ob. cit.*, pág. 288; PERLINGERI, *ob. cit.*, pág. 1433; BOZZI, *ob. cit.*, pág. 268; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág. 321.

aplicación del 1.852 con base en los amplios términos en que estaba pactada la fianza.

Ahora bien, afirmar la validez de la renuncia no quiere decir que ésta deje de ser problemática respecto a sus límites y eficacia, y que en muchas ocasiones no resulte una cláusula abusiva. La reciente experiencia francesa confirma esto último. En este país, la Ley de 1 de marzo de 1984 modificó el artículo 2.037 del *Code* (correspondiente al 1.852) estableciendo que «Toda cláusula contraria se estima no escrita.» La modificación obedece a la práctica abusiva que se venía observando por las entidades bancarias de introducir una cláusula de estilo en el contrato de fianza, por la que el fiador renunciaba a ejercitar cualquier excepción procedente del 2.037 frente al banco-acreedor (99). No obstante la modificación, se considera válida la renuncia concreta y parcial del beneficio de subrogación, así como la renuncia *a posteriori* por exclusiva voluntad del fiador, una vez que se le reclama el pago (100).

La renuncia puede ser anticipada, es decir, estipulada en el mismo contrato de fianza; pero, como se comprenderá, sólo se hará efectiva en el momento que pudiera oponerse al acreedor el beneficio de subrogación. Tanto si es anticipada como *a posteriori*, hay que tener claro que la renuncia no implica renunciar a la subrogación. Este es un efecto previsto legalmente para el fiador que paga. El fiador se subrogará en la posición jurídica del acreedor al momento del pago. El objeto de la renuncia es no imputar al acreedor la imposibilidad de quedar subrogado por hecho de éste en «los derechos, hipotecas y privilegios del mismo».

Bien, según este concepto de renuncia, creo que, en primer lugar, se plantea un problema de límites. Téngase presente que la renuncia funciona como una cláusula de exoneración o modificación de la responsabilidad del acreedor. Por esto, aunque se haya pactado en el contrato y con carácter general, no puede tener tal eficacia como para excluir cualquier tipo de responsabilidad del acreedor. De un lado, no pueden ampararse en la renuncia las conductas o actos dolosos o fraudulentos del acreedor. De otro, salvo que pierda toda eficacia la renuncia, el fiador no podrá entenderse liberado por la imposibilidad de la subrogación procedente de simple negligencia del acreedor. ¿La culpa grave debe excluirse del 1.852 por efecto de la renuncia? Creo que para todos los casos intermedios se han de aplicar análogamente los criterios previstos sobre límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual.

El segundo grupo de problemas que suscita deriva de la eficacia que haya de darse a la renuncia del fiador frente al subfiador y retrofiador

(99) Cfr. SIMLER, *ob. cit.*, págs. 9 y sigs.; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, págs. 321 y sigs.

(100) Cfr. SIMLER, *ob. cit.*, pág. 12.

(fiador del derecho de reintegro). La renuncia anticipada del fiador no debe afectar al subfiador, con base en el principio de relatividad de los contratos (art. 1.257). Este podrá oponer el 1.852 frente a la reclamación del acreedor, salvo que haya prestado su consentimiento, se haya adherido al contrato del fiador, etc. Será, por tanto, un problema de prueba. El principio debe ser que no se puede perjudicar el beneficio legal a no ser que exista voluntad terminante del subfiador. Igual régimen de efectos (no oponibilidad) tiene la renuncia *a posteriori* del fiador frente al subfiador; aunque lo normal en estos supuestos es que si el fiador no se vale del beneficio de subrogación (renuncia) es porque paga o existe una causa extintiva de la fianza, lo que repercute en igual modo en la subfianza.

El retrofiador no garantiza la obligación principal, sino el derecho de reintegro del fiador. Según esto, los sujetos referidos en el 1.852, en este caso, son el fiador (acreedor del derecho de reintegro) y el retrofiador (fiador del reintegro). El fiador se presenta frente al retrofiador ocupando la misma posición que el originario acreedor tenía al momento del pago. Se pudiera pensar, por tanto, que la renuncia del fiador no puede ser opuesta por el retrofiador, ya que éste lo que garantiza es el derecho de reintegro, tal y como ha quedado configurado al subrogarse. Sin embargo, el supuesto me parece perfectamente encajable en la exclusión voluntaria de la ley aplicable o la renuncia de derechos con perjuicio de tercero —retrofiador— (cfr. art. 6.2). Obsérvese que de prevalerse el fiador del 1.852, la fianza y, en su caso, la retrofianza, se hubieran extinguido total o parcialmente. De ahí que se tenga que concluir que el retrofiador pueda oponer el 1.852 al fiador por el perjuicio que la renuncia de éste frente al acreedor le haya causado. Además, no interviniendo renuncia del fiador, el retrofiador queda liberado de su obligación cuando por hecho del fiador (acreedor del derecho de reintegro) no pueda quedar subrogado «en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo».

JOSÉ MANUEL FÍNEZ RATÓN
Profesor titular interino de Derecho Civil
Universidad de Cantabria