

# La fianza general (global)<sup>\*</sup>

## *The general (global) bail*

por

MIKEL MARI KARRERA EGIALDE

Profesor titular de Universidad (acreditado a catedrático)  
UPV/EHU - Facultad de Derecho

**RESUMEN:** La fianza general es una garantía personal en la que el garante responde de las deudas presentes y futuras que el deudor principal asume con un acreedor habitualmente sin limitar el tiempo ni la cuantía de las operaciones garantizadas. Los elementos que estructuran el contrato de fianza general presentan peculiaridades propias que deben ajustarse al tratamiento positivo de la fianza que dispone el ordenamiento civil. Ello ha generado sucesivas cuestiones y dificultades de concordancia, especialmente cuando se formaliza en un contrato de adhesión junto al negocio jurídico principal, en suma, variados problemas que la jurisprudencia ha ido resolviendo parcialmente y sin llegar a afrontar una doctrina unificada de la configuración integral de la fianza general que, para su consolidación futura, debería tener una pronta respuesta legislativa.

**ABSTRACT:** *The general guarantee is a personal guarantee in which the guarantor is responsible for present and future debts that the main debtor usually assumes with a creditor without limiting the time or amount of the guarantee.*

---

\* Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 *Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscuros sustantivos y concursales* financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y del Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) *Persona, familia y patrimonio*, de los que es IP el Dr. GALICIA AIZPURUA.

*teed operations. The elements that structure the general security contract have their own peculiarities that must be adjusted to the positive treatment of the bond provided by civil law. This has raised successive questions and difficulties, especially when it is formalized in an adhesion contract together with the main legal business. In short, there are various problems that the jurisprudence has been partially resolving without addressing a unified doctrine of the integral configuration of the general guarantee that, for its future consolidation, should have a prompt legislative response.*

**PALABRAS CLAVE:** Operaciones bancarias. Garantía personal. Fianza. Fianza general. Fianza global. Contrato de adhesión. Lealtad contractual.

**KEY WORDS:** *Bank transactions. Personal guarantee. Bail. General security. Global bail. Adhesion contract. Contractual loyalty.*

**SUMARIO:** I. LA FUNCIONALIDAD PRÁCTICA DE LA FIANZA GENERAL.—II. EL FUNDAMENTO DE SU EXISTENCIA: 1. EL VALOR SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. 2. LA AUTONOMÍA PRIVADA.—III. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES: 1. LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS. 2. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO. 3. EL FUNDAMENTO CAUSAL Y SU DESARROLLO DE BUENA FE. 4. LA TEMPORALIDAD DE LA RELACIÓN.—IV. EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—V. LA DEMARCACIÓN DEL PERFIL JURISPRUDENCIAL. 1. LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIANZA GENERAL. 2. EL ALCANCE DE LA FIANZA GENERAL. 3. LA TRANSMISIÓN POR SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*. 4. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA FUNCIONALIDAD PRÁCTICA DE LA FIANZA GENERAL

Los operadores del comercio, especialmente los «bancarios» para la cobertura de riesgos y el descuento de efectos, tienen la imperiosa necesidad de considerar y juzgar, de modo pragmático, la información objetiva relativa a los deudores que les ayude en la toma de sus decisiones económicas y, así, evitar que los eventuales peligros sobre sus inversiones financieras desembocuen en pérdidas. Para eludir dicha necesidad, se recurre a mecanismos que releguen esa información respecto de un deudor de solvencia futura incierta y trasladar los costes de control sobre dicha solvencia; de hecho, el acreedor, en la mayoría de ocasiones, no tiene seguridad en la solvencia efectiva de su

deudor en un mercado asentado en incertidumbres económicas. Para afrontar esta perspectiva, justamente, se recurre a constituir una fianza general (global, universal, ómnibus, *fideiussione omnibus*)<sup>1</sup>. Ésta consiste en constituir, con carácter voluntario e intencional, una garantía personal mediante la que el garante responderá de todas las deudas, presentes y futuras, que el deudor principal haya asumido o vaya a asumir con un acreedor, en su caso sin limitación de tiempo ni de cuantía<sup>2</sup>. De esta manera, el acreedor obtiene dos patrimonios contra los que dirigirse: el del deudor principal y el del fiador garante que presenta la apariencia de tener «bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza» (art. 1828 CC).

Suele ser estereotipo habitual afirmar que las necesidades y pretensiones de los parámetros económicos de la fianza son distintas de las que recogió y reguló el Código Civil, si bien el sistema codificado presenta la suficiente flexibilidad para acoger diferentes modalidades aparte de las tres que ofrece al operador jurídico: fianza simple o básica, fianza solidaria y fianza en garantía de deudas futuras<sup>3</sup>. Asimismo, también se contempla la posibilidad de afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un «contrato» (art. 439 CCo), incluso de «contrato principal de tiempo indefinido» (art. 442 CCo) al que se vincula el contrato accesorio de afianzamiento<sup>4</sup>. Por ello, la línea jurisprudencial no ha tenido inconveniente, más allá de otras fórmulas también tipificadas (aval cambiario, caución, seguro de crédito), en admitir múltiples mecanismos de garantía personal sin reflejo expreso en el Derecho positivo<sup>5</sup>.

Más allá del debate sobre la insuficiencia de la regulación del contrato de fianza, haciendo valer la mencionada elasticidad y maleabilidad del sistema, la fianza general se conforma como una variedad usual utilizada en la práctica bancaria, normalmente en servicios de financiación a empresarios, para que un garante asegure un conjunto de operaciones de determinada especie que en el futuro se establecerán entre el acreedor y el deudor principal. En cualquier caso, si bien lo habitual es que el acreedor principal sea una entidad bancaria<sup>6</sup>, nada impide que la generalización o globalización de la fianza se refiera a un sector de actividad no bancario, es decir, a cualquier operación jurídica.

Precisamente, al tratarse de garantías «personales», el ordenamiento reconoce a las partes la facultad de estructurar sus propias relaciones contractuales de acuerdo a su «conveniencia» (art. 1255 CC) para conseguir el arreglo y ajuste necesario que conforme las utilidades y provechos correlativos entre ambas partes. Desde este principio básico de las relaciones patrimoniales, esta configuración presenta las siguientes peculiaridades:

1. En este caso, el vínculo jurídico del fiador se configura, no como una mera «obligación» fideiusoria<sup>7</sup>, sino propiamente como un efectivo «contrato»

de fianza<sup>8</sup>. Este contrato de fianza es la fuente intencional del que eventualmente nacerá la obligación fideiusoria cuando acontezca el supuesto de hecho que, a su vez, se conforma e integra con las pautas de accesoriedad y subsidiariedad. El término «contrato de fianza», es decir, la calificación de contrato de la fianza general, no figura explícitamente en la regulación del Código, sino que ha sido apuntado en la doctrina jurisprudencial. En esta se reconoce su autonomía e independencia respecto del contrato principal, al que se vincula en garantía de las obligaciones derivadas de este, atribuyendo al fiador la condición de sujeto pasivo de una obligación propia y distinta de la obligación garantizada<sup>9</sup>. De hecho, la fianza asegura todo tipo de obligaciones, pero su fuente siempre será un contrato porque solo puede constituirse convencionalmente.

2. La fianza pasa de ser un mero instrumento de garantía frente al incumplimiento de una obligación a convertirse en un elemento «esencial» agregado al otorgamiento de la financiación por el acreedor. En la operación financiera, de hecho, se convierte en un elemento primordial y natural de la configuración contractual.

3. El fiador «general» participa en la operación jurídica desde una posición informada sobre la situación económica del deudor con plena conciencia y asumiendo el riesgo del incumplimiento de las obligaciones pactadas por el deudor.

4. El acreedor no necesitará renovar y/o «complementar» las garantías ya otorgadas por el mismo fiador cada vez que se establezca una nueva relación obligacional con el deudor.

Para determinar la ordenación de la relación de fianza debe constituirse el título que originará las responsabilidades del fiador con su función de garantía personal de aseguramiento de derechos de crédito concernientes a otra relación jurídica. En consecuencia, los factores que determinan la responsabilidad del fiador son los habituales:

1. El propio título de constitución de la relación que confluye a la consiguiente cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, es decir, de los intereses particulares acordados e iluminados por el principio de la buena fe.

2. El objeto de la relación dirigido a asegurar la satisfacción del interés de un acreedor que delimitará su contenido específico.

3. La razón o causa de la relación que es garantizar el cumplimiento de obligaciones emanadas de otro vínculo jurídico.

Concretamente, en las fianzas generales, en aras de una operatividad eficaz, conviene a las dos partes prever y establecer convencionalmente algunos elementos configuradores básicos<sup>10</sup>:

1. La *cualidad* de las operaciones (juridicidad). La relación del tipo de operaciones respecto de las cuales se presta la garantía (estructura de la obligación). La cobertura se determina por un criterio *per relationem*, pero referido a las operaciones de la manera más amplia posible (por toda clase de operaciones mercantiles y civiles que existan entre las partes), lo que origina la cuestión de su concreta demarcación.

2. La *cantidad* o cuantía de la garantía (patrimonialidad). Al no limitarse la responsabilidad de los fiadores se suscita la cuestión relativa a la previsión de un máximo de responsabilidad para el fiador, es decir, la fijación de importe máximo garantizado (ámbito de la responsabilidad vinculada a la obligación).

3. El *periodo* de vigencia (temporalidad). Constituyéndose una relación jurídica continuada, el tiempo ilimitado de duración de la garantía aparece acompañado de un correlativo derecho de desistimiento en cualquier momento a favor del fiador (cualidad temporal de las relaciones obligacionales).

## II. EL FUNDAMENTO DE SU EXISTENCIA

### 1. EL VALOR SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La primera base jurídica de la fianza general se sitúa en la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) como razón de ser de las «seguridades» que, en el marco de los negocios patrimoniales, pueden pactarse convencionalmente o imponerse legalmente, sin distinción entre los créditos de los que se debe responder<sup>11</sup>. Por ello, cualquier novedad en el régimen de garantías estimula la especial sensibilidad propia del sector crediticio al afectar y perturbar el sistema de responsabilidad de los deudores, sean principales o auxiliares (garantes). Esta variación se manifiesta desde que el fiador adquiere, en uso de su autonomía de la voluntad, un estatus jurídico (personal) para otorgar mayor solvencia (patrimonial) y responder preferentemente de la efectividad del crédito garantizado adicionando un nuevo patrimonio (por conexión con el sujeto garante) al que es originariamente responsable, y así ampliar las acciones (personales) disponibles del acreedor para satisfacer su derecho de crédito. El mencionado refuerzo de la posición del acreedor mediante la adición de un nuevo patrimonio (en funciones de garantía), para apartar el riesgo de insolvencia del deudor obligado, en la fianza general implica un notable compromiso para el fiador porque no tiene seguridad sobre el alcance exacto de la responsabilidad asumida al no controlar de modo inmediato el nacimiento de nuevas obligaciones que deban quedar al amparo de la cobertura de la fianza.

Ciertamente, la conveniencia de exigir una garantía es el resultado de alguna circunstancia preocupante que, desde la desconfianza, pretende rehilitar un nivel suficiente de confianza sobre la solvencia de alguien para la satisfacción del crédito, es decir, la libertad de contratación lleva a que el acreedor decida celebrar o no un contrato en atención a la existencia de la fianza general. Sin embargo, alejándose del ámbito propio del acreedor principal, la libertad del fiador (y de todo deudor) se encuentra sujetada por los intereses de otros acreedores propios, lo que lleva a plantear la existencia de límites de la fianza para los acreedores del fiador especialmente cuando su expansión para responder de deudas ajenas sea indeterminada. En este sentido, el valor superior de solidaridad, dotado de relevancia constitucional, permea asimismo todo el sistema de relaciones entre particulares, desde la fase previa a la negociación hasta la fase ejecutiva, concibiendo la commutatividad contractual como la unión o colaboración entre las partes en un instrumento que equilibra los intereses de ambas desde la mutua confianza y la lealtad. Incluso en el régimen de Defensa de la Competencia se justifica también sancionar toda actuación de los responsables de conductas contractuales caracterizadas por su oposición a los estándares mínimos de la solidaridad social.

Esta responsabilidad patrimonial se exterioriza como la función jurídica del activo económico que adquiere relevancia cuando haya que hacer valer una prestación personal del titular. En la fianza el fiador es el responsable subsidiario una vez que haya una obligación principal de la cual se obtenga el efecto espejo y su función económica-social es vincular al que, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, asume las consecuencias del incumplimiento de obligaciones correspondientes a un deudor ajeno. Si la garantía (como obligación subsidiaria) sigue al derecho de crédito (de la obligación principal) es porque la relación de garantía (de la que deriva la primera) sigue a la relación principal (de la que emana la segunda). Por tanto, se trata de un elemento jurídico de carácter accesorio de la relación principal en tanto su eficacia y efectos requieren del incumplimiento previo de alguna obligación del vínculo principal. Este modo de accesoriedad de la fianza es una peculiaridad compuesta de diversos perfiles:

1. La fianza es accesoria en el marco de los activos patrimoniales al tener carácter de crédito accesorio de otro crédito principal (en este sentido los artículos 1212 y 1528 CC). Pero a modo de mera técnica de nivelación o asimilación al derecho de crédito principal que luego adquiere su propia autonomía funcional.
2. Al mismo tiempo se refiere a la manera en que se ordenan las diversas obligaciones que pesan sobre el deudor principal, y que, por lo mismo, se extienden al fiador (en este sentido el artículo 1827.2 CC).

3. La accesорiedad cumple una función estructural para adherir el contrato de fianza en su finalidad de garantía, tanto para responder de una obligación ajena, pero también para habilitar y fundamentar la acción de regreso (reembolso) o subrogación (en la posición del acreedor satisfecho) frente al deudor principal, o de repetición frente al acreedor si este ha cobrado indebidamente<sup>12</sup>. Una relación jurídica en función auxiliar de otra relación que constituye el fundamento de su nacimiento, subsistencia y eventual exigibilidad. La fianza, como estructura con una unión funcional de dependencia, en su construcción y funcionamiento nunca es fin en sí misma, sino que siempre presenta dicho carácter auxiliar. En todo caso, el contrato de garantía también puede configurarse de modo autónomo como negocio causal sin vinculación necesaria con otra relación subyacente; no se trata de suprimir o debilitar el principio de accesорiedad, sino de configurar la garantía personal específica para cada vínculo obligacional sin desnaturalizar su carácter de fianza.

Con esta configuración, la «garantía del crédito» se refiere al mecanismo por el cual el acreedor pretende, sin agravar la responsabilidad del deudor y ampliando su poder jurídico, asegurarse el cumplimiento de la obligación cargando el patrimonio de un fiador. Se trata, como se ha indicado, de una función de refuerzo del derecho de crédito y de ningún modo de un enriquecimiento complementario. Mediante una disposición de autonomía privada se fortalecen las facultades del acreedor en la satisfacción de sus intereses incorporando un elemento al derecho de crédito para que tal añadido incremente las posibilidades de su materialización. El fiador destina todo su patrimonio al ejercicio de las ocasionales acciones ejecutivas del acreedor derivadas del incumplimiento de obligaciones por el deudor principal. Este sistema de predestinación del patrimonio del fiador surge como consecuencia natural de la existencia de deberes propios de prestación emanados del contrato de fianza<sup>13</sup>, y trae consigo la cuestión de la protección del resto de contratantes con el fiador que no se encuentran en la misma posición de igualdad para defender sus intereses.

Es sabido que el principio de responsabilidad patrimonial universal y la garantía son instituciones con distinta funcionalidad porque en esta la seguridad del acreedor que su interés será satisfecho es superior respecto de la que deriva de la inicial responsabilidad genérica del deudor principal. Este aumento objetivo de la seguridad desmejora la capacidad de compromiso del deudor accesorio respecto de sus propios acreedores y, en general, exige el control del pasivo patrimonial que corresponde a cada titular en aplicación del principio de la seguridad jurídica para neutralizar los comportamientos abusivos de la persona en quien se ha depositado la confianza económica y jurídica<sup>14</sup>. Para ello hay que atender a las circunstancias iniciales de la relación y aplicar el criterio de la previsibilidad normal al momento de

constituirse la fianza para relegar los hechos y actos extraordinarios que injustamente puedan trasladarse a la responsabilidad patrimonial universal de las relaciones patrimoniales. Efectivamente, la determinación de la «previsión» del riesgo propio que supone la fianza para el fiador y del ejercicio arbitrario o no abusivo de la institución sirven para inferir un criterio de interpretación estricta del necesario carácter expreso de la fianza; una acreditación indubitable que, en la fianza general, presenta una especial sensibilidad. El fiador debe poder valorar y admitir el nivel de riesgo /capacidad de solvencia asumido en razón de la situación patrimonial y financiera del deudor, ello con independencia de que sea consumidor o profesional. Las técnicas para limitar ese riesgo riguroso del fiador se han encauzado, habitualmente, a través de la imposición de un importe máximo garantizado, de un límite temporal expreso o implícito, de deberes de información del acreedor para con el fiador, o de la previsión de una facultad de revocación de la garantía, a los que se hará alusión más adelante.

## 2. LA AUTONOMÍA PRIVADA

El segundo soporte jurídico de la fianza general descansa sobre el principio general de autonomía privada. Desde esa base, todo mecanismo voluntario de seguridad dirigido a fomentar el tráfico jurídico nunca debe contemplarse en su inicio con recelos preventivos sobre su adecuación a los principios de la contratación. Cabe entender que no repugna al buen sentido de lo justo y lo moral, es decir, la fianza general está acomodada a las «buenas» costumbres de las relaciones sociales y económicas de trascendencia jurídica. En este sentido, debe aceptarse el principio de libertad negocial y respetar tanto la voluntad de las partes, como la función cardinal de la fianza de dar seguridad al crédito.

La declaración de voluntad del fiador que conforma el consentimiento contractual debe manifestar, de manera explícita y clara, el pleno conocimiento de la naturaleza de la relación y del alcance de las obligaciones asumidas desde su posición deudora. Por ello, deben observarse los aspectos dirigidos a asegurar la voluntad consciente y libre del fiador: la no presunción; la voluntad inequívoca; y especialmente la determinabilidad del objeto del contrato (la garantía) y su alcance económico. Sobre este último aspecto, en la doctrina legal y científica se manifiestan pretensiones de fijar una regla de concreción objetiva de la fianza general sobre una suma máxima de cobertura, pero sin localizar el respaldo legal explícito que lo fundamente y a expensas de que en futuras reformas normativas pueda establecerse en los contratos de adhesión para proteger a los consumidores. Mientras tanto, algunas expresiones que, apostilla, se utilizan

en la redacción del contrato sirven precisamente para llamar la atención del fiador. En alguna jurisprudencia se ha configurado como un criterio de exigencia que tiene por finalidad la protección del deudor, particularmente en lo referente al límite máximo de lo garantizado. Así lo aprecia ESPIGARES (2021, 139): «El carácter expreso de la fianza exige que la voluntad del afianzamiento sea indudable, así como su extensión y sus efectos: la determinación del límite máximo de responsabilidad del fiador debe concurrir en todo caso en la fianza general. No consideramos, sin embargo, que su fijación deba siempre ser expresa, pudiendo deducirse implícitamente del contrato con carácter excepcional. Esto supone, en caso de discrepancia de las partes, reconocer al juez la discrecionalidad necesaria para apreciar la concurrencia o no de este límite en el caso concreto, salvando así pretensiones injustas y declarando válido un contrato que realmente era, y debía producir sus efectos».

Precisamente, situados en el aspecto dinámico, la configuración de la fianza general como contrato continuado requiere, especialmente, introducir factores encargados de verificar la buena fe objetiva en el desarrollo del contrato (art. 1258 CC), e implantar un parapeto de protección frente al eventual comportamiento de mala fe de los partícipes de la obligación garantizada; de este modo se protegen tanto los intereses de ambas partes del contrato (acreedor y fiador), como la seguridad del tráfico económico. Este principio de la buena fe contractual, como límite legal, opera desde la fase de formación (integración) e interpretación (corrección), pero sustancialmente en la fase de ejecución porque se materializa a modo de «carga de salvaguardia»: deber de no incrementar arbitrariamente el riesgo del fiador como cuando el acreedor concede crédito al deudor estando al corriente de su incapacidad económica de satisfacerlo<sup>15</sup>.

Si bien al momento de contratar el acreedor no puede verse afectado por las lagunas de información que el fiador pueda tener respecto de la situación patrimonial del deudor, la buena fe despliega una especial incidencia sobre el deber de información del acreedor al fiador relativo a las circunstancias de riesgo del deudor afianzado, primordialmente de las posteriores novedades y variaciones que recaigan sobre la relación entre el acreedor y el deudor fiado<sup>16</sup>. De este modo, la consideración de la buena fe se erige en patrón de integración del contrato que concede al fiador el derecho a solicitar información sobre la marcha de las operaciones y exige al acreedor un deber de comunicar al fiador los incumplimientos del deudor. Esta conducta informativa operará, salvo estipulación expresa en tal sentido, solo cuando haya sido requerida por el fiador y limitada a los aspectos relevantes y suficientes para ejercer las facultades derivadas de su relación contractual con el acreedor, significativamente el eventual derecho de denuncia. Asimismo, el acreedor deberá informar al fiador

cuando se produzca una modificación «extraordinaria» de la situación de solvencia del deudor, salvo que el fiador pueda conseguir esta información por su propia diligencia y a menor coste. En este núcleo de información deberán incluirse también los «incumplimientos», aun parciales, del deudor, al constituir hechos esenciales relativos a su solvencia y situación crediticia. Efectivamente, aunque el contrato de afianzamiento global no obligue al acreedor beneficiario a informar al fiador sobre el estado de las operaciones garantizadas, el canon de la buena fe viabiliza que el fiador pueda reclamar esa información y el acreedor podrá negarse a facilitarla únicamente cuando exista alguna justificación lícita para ello, como la no disponibilidad de la información, el coste excesivo en su obtención o la posibilidad razonable de que el propio fiador la pueda obtener directamente; este último caso es lo que sucede, en el hábitat más natural de la fianza general, con los socios y administradores de sus propias empresas que tienen un mejor conocimiento del estado de las operaciones cubiertas por la garantía.

Paralelamente, la economía interna de los contratos se ubica en una organización económica de libertad de mercado, pero también de relaciones sociales concurrentes que tienen una expectativa económica estándar de efectividad patrimonial del deudor. Los contratos solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes, pero forman parte del orden público económico dentro del marco constitucional de modo que su alcance iusprivatista exige limitar conductas y prácticas susceptibles de perjudicar directamente los intereses económicos de los sujetos privados. Vinculado al principio de seguridad jurídica, el orden público económico está implícito en la seguridad del tráfico jurídico. En la fianza general, se trata de un «orden público» de protección jurídica en favor del interés económico del resto de acreedores. Este aspecto de orden público de la responsabilidad patrimonial universal debe actuar sobre las decisiones patrimoniales tomadas en ventaja particular de un acreedor con afección directa sobre el resto de acreedores presentes y futuros del fiador. Tal como se ha indicado anteriormente, la responsabilidad patrimonial universal es una norma general que interesa a los demás agentes sociales y al funcionamiento económico<sup>17</sup>, y debe ser preservada en su esencia frente a las cargas desorbitantes que se puedan derivar de la mera libertad individual al concretar su preferencia reforzada para algunos y relegada para el resto. Se refiere a la presencia de la comunidad social en las relaciones particulares porque estas no pueden desplegarse fuera de aquella. Por su parte, el orden es el estado de legalidad concertada esperable en el marco comunitario; y su carácter público penetra en las relaciones particulares para salvaguardar los intereses de la comunidad social en la utilidad de la interacción de cada miembro con los demás. La cuestión de si este orden público es o no un límite inmanente

a la autonomía de la voluntad se presenta de arduo análisis y difícil solución, con resultados que nunca alcanzarán a satisfacer la necesidad de esclarecer un criterio efectivo de carácter general. Todo ello se traduce en el papel valorativo del juez respecto de cada orden público para concretar los criterios básicos de la buena fe que viene a limitar o moderar la libertad de los contratantes.

### III. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES

La configuración de la fianza general se rige, como se ha señalado, por el principio de la autonomía de la voluntad y los límites que su régimen establece (art. 1255 CC), y debe reunir los elementos estructurales de todo contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC)<sup>18</sup>. El carácter expreso de la fianza se refiere a dos exigencias que precisamente han de concurrir para que sea clara e inequívoca: por un lado, es necesario que conste la voluntad del fiador de garantizar la obligación de que se trate; y, por otro, el contrato debe efectivamente calificarse de fianza para evitar dudas sobre relaciones análogas y errores en las manifestaciones de voluntad de ambas partes.

La característica «estructural» de los distintos negocios de garantía se basa en la constitución de una relación jurídica triangular en la que intervienen el acreedor, el deudor y el garante, y en la que se incorpora una nueva relación contractual en satisfacción de una garantía patrimonial de base personal<sup>19</sup>. En este sentido, la fianza general se rige por las normas de la fianza tipificada con una peculiaridad: la accesoriad no es necesariamente genética, sino que surge *ex post facto* a efectos funcionales. Esta accesoriad (dependencia funcional) se presentará en toda su dinámica vital y nexo funcional para dar sentido a su existencia (nacimiento, titularidad, ejercicio y extinción)<sup>20</sup>. De esta manera, la fianza general es la delimitación de la estructura dentro de la cual se configuran las eventuales obligaciones fideiusorias conforme al esquema típico codificado; dicho de otro modo, constituye la relación entablada entre el fiador y el acreedor para asumir el riesgo de eventuales pagos correspondiente a eventuales obligaciones que puedan surgir entre el acreedor y deudor de otra relación. Por ello, la fianza general como relación de cobertura no es accesoria de ninguna obligación originaria de aquella; en cambio, cada obligación surgida del contrato de fianza al concretarse los presupuestos de su creación sí adquiere carácter de accesoria y subsidiaria respecto de la deuda garantizada<sup>21</sup>. En última instancia, el fiador asume una obligación «accesoria» que, en garantía de la deuda ajena, debe cumplir «subsidiariamente» en defecto de cumplimiento de la obligación fiada por parte del deudor principal<sup>22</sup>.

La figura de la fianza general ha suscitado discusiones doctrinales sobre su validez debido principalmente a la «indeterminación» del compromiso asumido por el fiador. Sin embargo, esa indeterminación responde a una lógica distinta de la que presentan las operaciones financieras aisladas (determinadas) y no es causa de inexistencia o nulidad. Los criterios que alumbran estas bases estructurales se asientan, no tanto en la determinación específica, sino en la «determinabilidad» de los límites cuantitativos y temporales que se despliegan a continuación.

## 1. LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS

La fianza no puede constituirse unilateralmente por voluntad de un único sujeto. En este ámbito contractual, la unilateralidad, frente a una también posible bilateralidad (sinalagma obligacional), significa que solo nacen obligaciones para el fiador y que el acreedor principal, aunque pueda hacerlo, no asume ninguna contraprestación. En definitiva, la constitución de la fianza es consensual derivada de la concurrencia de los consentimientos del acreedor y del fiador en su voluntad de celebrar un verdadero contrato de fianza, acaso con el refrendo del deudor. En ese régimen general no hay criterio alguno en cuanto a las personas que deben formular la oferta y la aceptación, ni al orden que los tratos preliminares han de observar; lo decisivo es que tenga lugar el concurso o la concurrencia de consentimientos y, siendo la fianza de carácter mercantil, consten por escrito (art. 440 CCo). En definitiva, la fianza general se somete a las líneas fundamentales marcadas por la voluntad común de los contratantes conforme a la función económico-social a la que se orienta el contrato de fianza (arts. 1281 a 1283 CC), y a la concurrencia de buena fe en su conformación (arts. 7 y 1258 CC; 57 CCo).

En el ejercicio de la autonomía de la voluntad y el acuerdo expreso de voluntades resulta trascendental el control de la voluntad consciente y libre del fiador, y de la conciencia del riesgo real que se asume, como factores que encauzan la aplicación de la normativa general sobre el error contractual. El elemento objetivo principal de su determinación se ubica en la noción del «interés propio» del fiador en el crédito garantizado; así sucede en los casos más habituales de la fianza prestada por socios en sociedades de capital, y la fianza entre cónyuges con objeto de cubrir la circulación de bienes dentro de la familia. Pero este elemento no se vincula a la cualidad del fiador (socio o cónyuge en los citados casos) y no afecta en adelante al acreedor, de modo que, aunque tal interés desaparezca, el acreedor carece de motivos para renunciar a la fianza. Las alteraciones en esas relaciones no pueden repercutir en la fianza asumida en tanto no es ni

característico ni determinante de la fianza y absolutamente irrelevante para los intereses de garantía del acreedor; obviamente, pauta aplicable siempre que tal circunstancia personal no haya sido motivo esencial y cardinal del consentimiento de la operación económica. De esta manera, la fianza asegura la devolución del crédito que, posiblemente, no se hubiese concedido sin esa garantía. Paradigmático es el caso de los socios en cuanto se concibe como mecanismo de técnica jurídica para inhibir o modular el privilegio de la responsabilidad limitada en las sociedades capitalistas a la que se acogen los operadores económicos.

En cualquier caso, no hay que desdeñar el reconocimiento de un ámbito controlable por el fiador, tal como ya se ha adelantado antes. Si bien el fiador se obliga voluntaria y espontáneamente en el umbral contractual, aquel debe mantener un cauce de información sobre aquellos cambios en la situación patrimonial del deudor, de manera que, al formalizarse con este nuevas operaciones, si el afianzado ha sufrido alguna merma en su solvencia, el fiador deba incluso prestar su autorización, ya que el contexto económico y de solvencia no es el mismo que existió cuando se formalizó la operación marco. Para ello habrá que recurrir al criterio de la «normalidad», es decir, al riesgo típico del contrato al momento de su celebración, de modo que no alcance a las operaciones inusuales (fuera del ámbito habitual de la actividad), ni a las insólitas (no relacionadas con la actividad). Un criterio maleable en función de la oportunidad y facilidad de tener conocimiento del tipo de operaciones que realice el deudor principal, y de la posibilidad de fiscalizar y controlar su realización<sup>23</sup>.

Todo ello se manifestará en la elección entre la variedad de pactos y cláusulas que pueden incorporarse relativas a las circunstancias particulares del caso: en defensa del acreedor pactos tales como el carácter solidario de la deuda o la fianza a primer requerimiento; en defensa del fiador cláusulas de responsabilidad máxima o plazos de vigencia; deberes de información en favor del fiador, o su dispensa en favor del acreedor; procedimiento de notificaciones en los incumplimientos de las deudas; supuestos en que no debe darse más crédito al deudor. Evidentemente, cuando se trata de consumidores todos ellos servirán de elementos de contraste para valorar el «equilibrio» del contrato porque, si bien la autonomía privada facilita la labor, la voluntad de auto-regulación también es un factor importante para apreciar la medida del modelo de fianza aceptado. Con independencia de todas esas modulaciones, de ningún modo se resta maleabilidad a la estructura del negocio y, junto a la fianza simple y la fianza en garantía de deudas futuras, la fianza general responde a la concurrencia de intereses más complejos entre tres partes por exigencias propias del mercado en que se desarrolle las operaciones económicas garantizadas.

## 2. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO

El marco normativo de la fianza general, mediante la propia regulación del contrato de fianza, se caracteriza por la regla de la «determinabilidad» del objeto fideiusorio (art. 1825 CC) en conexión con el principio de accessionidad (art. 1824 CC)<sup>24</sup>. La fianza general tiene por finalidad constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior. Como en todo contrato, para su existencia es indispensable que el objeto esté plenamente determinado o individualizado, al menos en lo esencial, con acuerdo de voluntades y absoluta aquiescencia, es decir, que se haya prestado con la clara y patente finalidad de obligarse mutuamente. Luego, como en toda fianza, el fiador se obliga a «lo» que debe el principal obligado «porque» y «si» lo debe este<sup>25</sup>; el deudor fiado (principal) «debe el todo de su deuda» cuando sea exigible y, en consecuencia, el fiador no resultará nunca obligado más allá de esa deuda en forma más gravosa. La fianza «no puede extenderse a más de lo contenido en ella» (art. 1827.1 CC): criterio de determinación y extensión cuyos límites objetivos y temporales solo pueden ser alterados con el consentimiento del garante. Es lo que explica el cumplimiento de la obligación que, en su caso, recae sobre el fiador realizando su prestación específica que podrá ser o no idéntica a la del deudor principal.

La perfección del contrato de fianza general no presupone, en modo alguno, la existencia de una previa relación jurídica entre el eventual acreedor y el deudor principal. Justamente, la delimitación de su objeto es el punto neurálgico de la fianza general. Ésta es una «modalidad» de fianza cuya peculiaridad radica, precisamente, en el alcance de su objeto: garantizar todas las deudas derivadas de la relación jurídica entre el deudor y el acreedor<sup>26</sup>. Que esas obligaciones garantizadas sean futuras no impide que este subtipo de contrato de fianza constituya una obligación de carácter firme, es decir, que vincule al fiador como deudor propiamente sin que pueda desligarse unilateralmente de ella<sup>27</sup>.

Dicha particularidad constituye la «materia del contrato» y su «objeto cierto»<sup>28</sup>, siempre limitado a las obligaciones que se generen en el marco de «una» relación jurídica (del cual normalmente nacerán obligaciones homogéneas) o incluso de «varias» relaciones jurídicas (obligaciones heterogéneas) que vinculen al acreedor y al deudor principales<sup>29</sup>. El fiador promete el *idem debitum* de esas obligaciones y se constituye en deudor de una prestación idéntica o una parte de la misma, no otra cosa. Es de esta manera que el fiador yuxtapone su responsabilidad a la del deudor principal con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación de este.

Como resultado de esa yuxtaposición, el objeto de la fianza general no es el crédito garantizado, sino la propia garantía, con independencia de que el crédito principal, mediante vinculación accesoria y subsidiaria, determine el contenido y la extensión de dicha garantía<sup>30</sup>. De suyo hay una relación de dependencia esencial entre el objeto asegurado y la garantía constituida para su seguridad. La garantía es el instrumento que permite al acreedor reforzar su derecho de crédito asegurando la respuesta patrimonial de alguien a la interpelación de satisfacción de la deuda cuando se verifique el incumplimiento del deudor; constituye el modo por el que el contrato de fianza asigna una cualificación jurídica al patrimonio del fiador con la finalidad de responsabilizarse de deudas ajenas.

En la configuración de su objeto, la fianza general que vincula a las partes presenta un contenido objetivo a modo de un papel en blanco al comienzo de un trabajo creativo que se irá perfilando por el elemento connector conforme los actores de la relación principal desarrollen las relaciones obligacionales con reflejo en la responsabilidad del fiador; es decir, el elemento de delimitación del objeto contractual determinará las operaciones de las que procedan las ulteriores obligaciones garantizadas. Su principal particularidad es que, «determinado» el criterio, más o menos amplio, para concretar las obligaciones futuras «determinables» que serán afianzadas, la cuantía del conjunto no tiene un número taxativo, sino que, al ser dinámico, aunque finalista, presenta un carácter funcionalmente ilimitado que ofrece, precisamente, la pretendida agilidad y flexibilidad en la activación de la garantía respecto de obligaciones que van a ir surgiendo en cascada, regular o intermitentemente.

Este carácter indeterminado o impreciso del alcance de la fianza en su génesis exige esa posterior concreción conforme a lo convenido, pero siempre que se encuentre perfectamente determinada la relación jurídica garantizada. Justamente, la supuesta indeterminación del límite máximo ha generado las dudas que ponen en cuestión la validez de la fianza general. Sin embargo, ello no impide la validez de la fianza porque la obligación del fiador será determinada con relación a las obligaciones del deudor principal respecto del acreedor de manera que el objeto del contrato es identificable y determinable.

Ahondando en este perfil, la validez de la fianza general se ha puesto en cuestión, justamente, en función de la determinación de su objeto. El argumento para admitir su validez se encuentra, no solo en la aplicación de las normas y principios generales de las obligaciones, sino expresamente en la disposición que admite la fianza en garantía de deudas futuras (art. 1825 CC). En ningún caso ello supone discordancia con la previsión general (art. 1824 CC), siempre que las obligaciones garantizadas aún no nacidas resulten determinables en el momento de constituirse la fianza desde que las partes fijen las relaciones jurídicas que hagan nacer aquellas obligacio-

nes y el alcance económico de las mismas. Esta identificación suficiente de las partes y de la naturaleza de las deudas garantizadas queda sometida a una interpretación cabal y justa para sujetar la obligación de fianza a los límites de lo razonable y de lo previsible (razonablemente esperable). Si bien el garante no puede conocer de antemano el alcance material de la obligación que va a asumir, quedan establecidos los parámetros objetivos y subjetivos que le permite prever, aproximadamente, el riesgo, su severidad y la consiguiente responsabilidad asumida<sup>31</sup>.

Con ese parámetro, la fianza general no puede ser nula por indeterminabilidad del objeto<sup>32</sup>. De este modo, la fianza general se constituye y existe, pero su eficacia (efectos típicos de la fianza) se encuentra en situación de pendencia respecto de un evento futuro incierto (condición suspensiva): que se constituya el negocio que proyecta obligaciones (principales) garantizadas, es decir, la fianza tiene que comunicarse con y «acceder» (y adherirse) a una obligación (principal) para asegurar la determinación de la deuda y desplegar su eficacia jurídica<sup>33</sup>. Es suficiente que dicha obligación futura afianzada sea determinable sin necesidad de nueva declaración del acreedor y del fiador.

En consecuencia, a diferencia de la eficacia del contrato (fuente), la obligación propia de fianza no es una deuda sometida a condición suspensiva, sino que surge cuando concurren los presupuestos contractuales (que sí constituyen un evento futuro incierto) establecidos en el propio contrato de fianza. Aquella no existe bajo condición suspensiva, sino que, cuando surge, tiene la consideración de obligación no condicionada; si la deuda futura garantizada no es válida, el fiador tampoco es deudor de una obligación que no adquiere estado jurídico. De esta manera, el carácter expreso de la fianza conlleva a la necesaria determinabilidad de las obligaciones principales a garantizar concretando los criterios para determinarlas. Ello enlaza con el aludido principio de accesорiedad de modo que la fianza será válida si es posible fijar sin duda la obligación garantizada sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes.

La premisa esencial de la mecánica reside en que el criterio determinador de la obligación garantizada no requiera, como se ha indicado, de un nuevo acuerdo de los contratantes para fijar definitivamente la cuantía de lo debido por el fiador, ello en aplicación del régimen general de las obligaciones y de los contratos (arts. 1115, 1256 y 1273 CC)<sup>34</sup>. A partir de ese momento comenzará la dinámica propia de la obligación respecto de los requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad. En definitiva, la fianza general puede resultar ineficaz por vulneración de la determinabilidad del objeto fideiusorio si no existen en el contrato criterios de concretización suficientes para la especificación de las deudas futuras, lo cual no debe confundirse con la eventualidad de las dudas que puedan surgir sobre la inclusión de una concreta obligación en el ámbito objetivo de esa fianza general.

Es así que la cuestión de la delimitación del objeto se ubica en las dos sedes naturales para conformar el ámbito específico de objetivación de las relaciones contractuales:

1. En sede de *interpretación*. Si bien el Código Civil exige el carácter expreso de la fianza (sea civil o mercantil), no especifica cómo debe expresarse la misma y, a falta de especialidades sobre su expresión y en el marco de la libertad de medios probatorios, se aplican las reglas generales de interpretación de los contratos (arts. 1281 a 1289 CC). Es por ello que esta carencia de principios especiales de interpretación no permite aplicar ni el principio de interpretación restrictiva, ni el de interpretación favorable al fiador. Para ello, conforme a dichas reglas generales, se podrá recurrir a los más variados hechos, comportamientos, actuaciones, documentos y circunstancias particulares para conformar la verdadera expresión que los contratantes hayan consentido en la conformación del contrato de fianza<sup>35</sup>. A partir de su «existencia» expresa (expresada o sin duda deducida), la delimitación del «objeto» sí requiere una manifestación formulada (expresada) que, en la fianza mercantil, habrá de ser documental<sup>36</sup>.

2. En sede de *integración*. Si bien mediante la aplicación de la regla de la buena fe se restringe que, a falta de pacto o frente a eventuales lagunas, no se pueda extender la fianza a obligaciones que no le son consustanciales, se admite que alcance a las consecuencias que naturalmente se derivan de su naturaleza y usos mediante su integración conforme al mecanismo del artículo 1258 del Código Civil. Particularmente, el elemento delimitador del objeto del contrato se someterá al criterio de la «normalidad» en el marco negocios propios de la actividad ordinaria del deudor. Ante la no expresión detallada, se pueden plantear problemas con: la subfianza (el deudor que es fiador de otras obligaciones); las obligaciones cambiarias (cuando la posición acreedora no deriva de una relación directa con el deudor); créditos adquiridos contra el deudor por la entidad acreedora; concesión no justificada e inadecuada de un crédito. Este criterio de la normalidad se refiere a las obligaciones procedentes de la actividad negocial ordinaria entre el acreedor y el deudor, y será tamizada siempre por la posición del fiador respecto del deudor principal.

La determinación del objeto en la fianza, obviamente, no puede quedar sujeta al poder unilateral y discrecional de uno de los contratantes, precisamente porque su carácter expreso exige que la voluntad del afianzamiento y su extensión seas indudables, y su determinación no requerirá nuevo convenio entre las partes. Específicamente, la disposición convencional vendrá referida a la pertenencia a un «género» de obligaciones: las que surjan de la relación jurídica principal cuyas obligaciones se garantizarán. Por su parte, debe recordarse y subrayarse que el alcance del concepto de género

se somete al criterio de la delimitación voluntaria del propio género que las partes consideren oportuno en el marco de sus relaciones contractuales (así, todos los servicios prestados, los suministros entregados, la financiación facilitada, las operaciones comerciales consumadas, etc.) conforme con la intención evidente de los disponentes (art. 1281 CC).

En esta tarea delimitadora del objeto de la fianza general, lo habitual es establecer un máximo de responsabilidad para el fiador, es decir, el importe máximo garantizado. Como se ha señalado anteriormente, esta limitación es puramente voluntaria, sin que haya alcanzado rango de elemento necesario requerido por la doctrina legal<sup>37</sup>. En la defensa del requerimiento de un límite máximo a la responsabilidad del fiador y discrecionalidad judicial no se aportan fundamentos normativos que lo sostengan más allá del mero principio de precaución y conveniencia económica; esto es, establecer una norma con tal requisito de validez para la fianza general es una cuestión de oportunidad política y discrecionalidad del legislador<sup>38</sup>. Por tanto, debe prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad dentro de los límites propios ya conocidos. Precisamente, el principio de seguridad jurídica se supedita al anterior en cuanto es el mismo fiador quien consiente (expresamente) constituir la garantía en tal cualidad (extensión y efectos) y acepta los riesgos inherentes a la misma. Otra cosa es que pueda deducirse incluso implícitamente la voluntad contractual de establecer tal limitación cuantitativa; y, en todo caso, el tope se encuentra presente con carácter cualitativo conforme al criterio de determinabilidad convenido por las partes. Justamente, no establecer el límite cuantitativo máximo no se puede equiparar a que se abran vías a eventuales abusos por parte del acreedor pues, en tal caso, se puede recurrir a los instrumentos jurídicos de defensa generales contra el ejercicio abusivo de los derechos y, en el ámbito contractual, el ejercicio de buena fe como criterio imperativo de conducta; y, por ello, es en este ámbito donde tienen su sede los casos más habituales relacionados con la aplicación del principio de buena fe<sup>39</sup>.

### 3. EL FUNDAMENTO CAUSAL Y SU DESARROLLO DE BUENA FE

La fianza general se rige por las normas que establecen los elementos que integran cualquier contrato y, por ello, también debe tener causa<sup>40</sup>. Sobre la causa en general, la doctrina legal y científica describen panoramas plásticos y contextuales que, en realidad, no llegan a aportar definiciones estructurales y cohesionadas de la causa de los negocios jurídicos<sup>41</sup>. En realidad, esta exigencia que la ley impone al contrato no tiene consistencia de elemento estructural conforme a las conclusiones del profesor GALICIA (2012, 174): «Se trata, simplemente, de un límite a la autonomía de la vo-

luntad, un filtrado de la aptitud del contrato en lo que atañe a la *generación misma* de la obligación *atributiva*, por medio del cual el legislador evita que el empobrecimiento de los particulares ocurra en cualquier modo o manera: las transacciones económicas acordadas entre ellos únicamente han de tener la virtualidad de afectar a la consistencia de sus respectivos patrimonios cuando las atribuciones que importan cuenten con un quid que reequilibre la merma padecida, pues, de otro modo, solo la intención liberal constituirá causa suficiente de semejante efecto».

La necesidad de que en la fianza exista causa, cuya existencia y licitud se presumen (art. 1277 CC), impide que existan contratos abstractos de garantías; las propuestas de su configuración como negocio abstracto se realizan, en realidad, desde una acepción distinta de la absoluta falta de causalidad<sup>42</sup>. La fianza, por su carácter accesorio, es un nuevo contrato cuya causa se vincula *per relationem* al interés que se satisface con el cumplimiento de la obligación garantizada. Así como el consentimiento sobre el objeto define a todo contrato (en este caso la fianza general), el requisito de la causa se predica de los contratos principales que, a su vez, «causalizan» a los accesorios<sup>43</sup>. La exigencia causal se reclama de aquellos contratos que generan obligaciones «nuevas» con sustantividad propia; en cambio la fianza genera una obligación *per relationem* a otra obligación ajena (prestación realmente debida por otro). Ciento que el acreedor tiene un nuevo derecho de crédito, pero su objeto no presenta un contenido económico-patrimonial diferenciado y autónomo porque su eficacia atiende solamente a una funcionalidad de refuerzo. Por razón de que el objetivo de toda garantía es dar seguridad patrimonial, el acreedor no pretende el cumplimiento o pago de la deuda principal por el fiador, sino que su interés es recabar el cobro del deudor, es decir, no proyecta recabar otra persona que cumpla o pague la deuda, sino alguien que le garantice el cumplimiento de esa deuda por el deudor. Justamente la causa de la fianza es la garantía de la satisfacción del interés del acreedor, mediante la «generación» y asunción de una obligación «atributiva» propia por el fiador para cumplir la obligación de otro subsidiariamente o incluso solidariamente si se pacta; en definitiva, la vinculación voluntaria del fiador general se «limita» a su condición o rol de garante sin alcance atributivo inmediato, no como pagador o cumplidor de obligaciones fideiusorias<sup>44</sup>. Es en este sentido que la causa de la fianza es abstracta como cualidad innata (sin atisbos subjetivos) a la propia noción de garantía que, respecto a la fianza general, se refiere a las operaciones futuras que vayan a realizarse entre dos partes y extiende en el tiempo la vinculación de cobertura del fiador como garante.

Los motivos concretos que llevan al fiador a otorgar la fianza en favor del deudor principal se basan en el interés del fiador en constituir la base financiera que vincula al acreedor y al deudor principal, en definitiva, en el

tipo de vínculo jurídico en que estarán contenidas las obligaciones garantizadas<sup>45</sup>. Esta relación puede traer causa de la correspondencia personal de confianza entre el deudor y el fiador: lazos familiares, matrimoniales o patrimoniales (económicos) directos marcan un carácter particular que debe atenderse para valorar la influencia en la toma de decisiones del deudor que originará la obligación fideiusoria. Cuando la extensión de la responsabilidad a otras personas se establece en razón de un vínculo de filiación, conyugal, contractual (socios administradores), estructural (sociedad matriz que controla la filial) o profesional, la aceptación del riesgo por el fiador responde a algún tipo de interés o causa (la benevolencia, la contraprestación o el interés directo en la relación principal). El garante, lejos de ser neutral, pasa a ser un interesado en la relación afianzada para favorecer operaciones que también le interesan. En estos casos, si el ordenamiento, aplicando el principio de la autonomía de la voluntad, facilita trasvases entre entidades patrimoniales ligadas, el mismo principio debe suministrar mecanismos que neutralicen esos trasvases en perjuicio de los acreedores.

En el momento de su perfección la fianza general o global no requiere la existencia anterior o simultánea de relación crediticia entre los eventuales acreedores y deudores principales; tampoco supone ningún compromiso del eventual acreedor de otorgar crédito al eventual deudor. Ahora bien, sucede normalmente que dicha relación principal existe al momento del celebrarse el contrato de afianzamiento general. En cualquier caso, el motivo que promueve al fiador a consentir el afianzamiento es, primordialmente, la propia prestación de la garantía, es decir, reforzar un derecho de crédito para asegurar su realización (función propiamente jurídica). En este sentido, autorizada doctrina científica sintetiza que «la finalidad típica de la fianza es la de ampliar las posibilidades del acreedor y aumentar su seguridad, permitiendo dirigirse contra un nuevo deudor que intercede por la deuda ajena. Esta descripción de la causa típica del negocio de fianza es importante para determinar la eventual existencia de mecanismos simulatorios. Pues cabe la posibilidad de que bajo la simulación de una fianza se esconda un negocio realmente querido, que puede ser préstamo, donación, sociedad, etc.»<sup>46</sup>. Esta finalidad es única en la fianza general y no se ramifica en razón del número de deudas afianzadas que vayan surgiendo<sup>47</sup>. De este modo, la fianza refuerza objetivamente la seguridad de la satisfacción de los intereses del acreedor porque, mediante la obligación del garante, con causa distinta a la de la principal, la probabilidad de satisfacer dicho interés se amplifica al existir dos vínculos obligatorios con la única y misma finalidad de solventarlo. Su razón de existencia deriva de la necesidad económica conscientemente admitida y colmada por la configuración de la fianza general.

De esa manera la funcionalidad de la causa se presenta a modo de partícula fundamental que ilumina y aglutina el contenido espacio-temporal

del contrato, y no es otra cosa que procurar resguardo y caución al deudor principal por motivo (determinante) de la relación que se tiene con este, normalmente societaria (matrimonial o contractual), para satisfacer los intereses crediticios del acreedor. Configurando la causa del negocio como su caracterización, justificación (causa eficiente) y finalidad (causa final) ante el juicio del Derecho, se materializa en aquello que se pretenda alcanzar con la realización del negocio (el interés económico y ponderación de cada parte), y con la atribución patrimonial de la obligación o prestación, de cada crédito y su correspondiente obligación, que debe ser razonable y lícita, merecedora de amparo jurídico. Esta causa constituye un elemento que interactúa y opera bidireccionalmente entre el fiador y el acreedor mediante el principio de buena fe para alcanzar el resultado esencial de asegurar la efectividad de los intereses que el acreedor proyectó al contraer la obligación principal. Así, como se ha indicado, la causa opera como límite de la autonomía de la voluntad basada en la esencial proporcionalidad ejecutiva de cualquier garantía. Con ello, atendiendo a las dos vertientes innatas de toda obligación, desde el lado de la «deuda» se asegura el cumplimiento de una obligación (deber de prestar), y en la parte de la «responsabilidad» se elimina la eventual insolvencia del deudor principal (deber de responder por incumplir el anterior deber).

Efectivamente, una vez determinado el objeto del contrato se cambia el plano de análisis de lo estático a lo dinámico, es decir, a los efectos que ha de producir conforme al contenido del negocio. De esta manera, superado el juicio de validez del contrato de fianza general en relación al objeto mediante el juicio de determinabilidad de las futuras obligaciones garantizadas, la atención principal debe centrarse principalmente en el modo preciso en que se utiliza y se desarrolla. Una vez asentada la validez de la fianza general, se origina la necesidad de limitar sus efectos en aras de impedir posibles arbitrariedades y abusos desde la posición acreedora en su relación con la deudora principal, y fiscalizar las variaciones irrazonables en los riesgos inherentes a la operación económica que constituyan una justa causa apta para denunciar el contrato. Este comportamiento del beneficiario de la garantía, y también del propio fiador en la dinámica vital del contrato, se sujeta a los límites marcados por el «principio de la buena fe contractual», no solo en los tratos preliminares, sino sustancialmente en su ejecución<sup>48</sup>. Ello requiere valorar la motivación y el comportamiento de las partes, y apreciar todas las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Es en esta fase donde adquiere su mayor virtualidad por cuanto el beneficiario encauza nuevos créditos (garantizados) al deudor principal y ese comportamiento debe ajustarse estrictamente al objeto contractual, sin extensiones ni riesgos imprevistos para el fiador. Superar ese límite en la actuación lo sitúa en el terreno de la arbitrariedad en la concesión del

nuevo crédito y, por tanto, en su ineficacia. El principio de buena fe y la correcta ejecución del contrato auxilia al fiador frente a eventuales comportamientos desleales y arbitrarios del acreedor, quien debe salvaguardar sus intereses propios, pero también debe atender a los «intereses del fiador» en la relación que mantiene con el deudor principal<sup>49</sup>. Para ello habrá de recurrirse a los factores de valoración de la buena fe provenientes de circunstancias subjetivas (comportamiento «legítimo» del acreedor en su interés por seguir concediendo crédito al deudor principal), objetivas (en las relaciones normales del tráfico o comercio en cuestión que desarrolla el deudor principal) y temporales (tracto regular o ya interrumpido durante largo tiempo)<sup>50</sup>. Concretamente, el beneficio unilateral injustificado sería ya un indicio de quebranto de las buenas costumbres negociales.

En paralelo al comportamiento leal del beneficiario de la garantía, el fiador asume el riesgo propio del contrato de fianza general. En principio, el nivel de riesgo (menor o mayor) que acepta el fiador no incide sobre su condición de garante (y solo garante) de una deuda ajena. La asunción de este riesgo contractual por parte del garante y su tratamiento se erige en la clave de la validez y vigor de la fianza general convenida. Efectivamente, debe ser racionalmente asumido, con conciencia del contenido económico y de sus riesgos, y resultado de un sensato y consecuente cómputo económico. Para ello el riesgo asumido se relaciona con el interés que el garante pueda tener en los negocios del deudor, lejos de la mera idea de un fiador desinteresado que requiere protección en razón de su generosidad; y, a su vez, el garante convierte la operación económica en menos costosa para el deudor y más flexible para atender nuevas exigencias de financiación.

Este riesgo asumido por el fiador es elemento esencial del contrato en la conformación de la causa de la fianza general. Este rasgo parece conferir al contrato un carácter aleatorio por la eventualidad de un desplazamiento patrimonial en cumplimiento de una obligación dependiente de un alea. En este sentido, el criterio para diferenciar los contratos condicionales de los contratos aleatorios se centra en la función y efectos que el evento asume en ellos. En el contrato condicional es su misma eficacia la que depende de la producción del acontecimiento en que consiste la condición, mientras en el contrato aleatorio es eficaz desde el mismo momento en que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes, subordinándose a la verificación del acontecimiento futuro e incierto la realización o cuantía de la prestación de cada una de las partes y, en definitiva, la pérdida o ganancia que estas han de obtener del contrato. Desde este punto de vista, pese a los poco claros límites de unos y otros negocios, se puede afirmar que la fianza aseguradora es eficaz desde el momento en que se perfecciona, independientemente de que ocurra o no ocurra el evento.

#### 4. LA TEMPORALIDAD DE LA RELACIÓN

La fianza general se basa en la voluntad del fiador de asumir las obligaciones que en el tiempo puedan generarse, sin necesidad de renovar sucesivamente su consentimiento. En la práctica lo habitual es pactar el afianzamiento por tiempo «indefinido» con el peligro de incrementar de modo irrazonable el saldo final de la responsabilidad asumida. Para afrontar tal indefinición temporal se dispone la denuncia unilateral o derecho de desistimiento para dejar sin efecto la garantía sobre obligaciones determinadas después del ejercicio de dicho derecho; las anteriores, obviamente, subsistirán, aunque venzan y sean exigibles con posterioridad. El fundamento de este desistimiento es la facultad de renuncia libre del contrato que impide las vinculaciones obligatorias de por vida; precisamente, la facultad de denuncia o receso de la relación de fianza existe siempre que su duración sea ilimitada, aunque no se haya pactado (art. 1128 CC), porque en el Derecho de obligaciones no se admiten relaciones obligatorias imperecederas conforme al principio general de que los acuerdos perpetuos no son consentidos por el orden público<sup>51</sup>. Por ello, cuando la fianza general se acuerda por tiempo indefinido, se somete al «derecho de denuncia» unilateral que corresponde al fiador (*ad nutum*), previo aviso y sin necesidad de alegar justa causa, aunque las partes no lo hayan pactado de forma expresa<sup>52</sup>. Obviamente, su ejercicio debe respetar las exigencias del mencionado canon de la buena fe.

En cualquier caso, cuando se vincule a un contrato cuya vigencia temporal sea natural o previsible (realizar una obra o prestar un servicio determinado) se establece un «límite temporal subyacente» implícitamente fijado por las partes, aunque no sea expreso, en cuanto resulte de un modo claro e indubitable de su voluntad. En caso de duda, la fianza se puede dar por extinguida también, por aplicación analógica del artículo 1700 del Código Civil, con la finalización o cese prolongado del «negocio que le sirve de objeto»<sup>53</sup>. Del mismo modo, si la condición o rol personal ha sido sustancial y decisiva en la creación de la relación obligatoria, su desaparición determinará asimismo la finalización de la fianza general. En este sentido, si bien las relaciones personales entre fiador y deudor no condicionan ni afectan a la causa (de garantía) del contrato de fianza, ni tienen valor alguno para extinguir la garantía cuando la relación personal desaparece, la situación varía cuando, sin duda, se hubiese vinculado la pervivencia de la fianza a dicha circunstancia<sup>54</sup>.

Por su parte, la determinación «convencional» del plazo de modo explícito debe responder a la razonabilidad de su duración e interdicción del excesivamente largo e injustificado. Este plazo determinado queda sujeto al régimen general de la justa causa que lo suprime y de la doctrina *rebus sic stantibus*. Para ello, aun cuando la fianza tenga un tiempo de duración

limitado, puede ejercitarse el derecho de renuncia, si se alega justa causa. Argumenta CARRASCO que «este derecho le es reconocido sin más cuando la fianza no tiene término de duración determinada, por la aplicación analógica del artículo 1705 del Código Civil. Pero igualmente debe procederse cuando la fianza está determinada en el tiempo. No se ve la razón de aplicar analógicamente el artículo 1705 del Código Civil a la fianza global de duración indeterminada, y no aplicar una solución similar al artículo 1707 (desistimiento por justo motivo) cuando la relación está limitada temporalmente. Es decir, debe postularse que incluso en la fianza temporalmente limitada cabe desistimiento por parte del fiador con justa causa, si el incremento del riesgo que el fiador sufre por el advenimiento de nuevas circunstancias es irrazonablemente gravoso, y la existencia de un término final no compensa ni protege suficientemente frente a este incremento»<sup>55</sup>. En definitiva, el derecho de denuncia forma parte del contrato (*ex artículo 1705 CC*)<sup>56</sup>, aunque no esté expresamente atribuido al fiador, cuando concurra justa causa para ello (incremento irrazonable de la responsabilidad patrimonial), se preavise conforme a los usos de los negocios, se realice en un momento que no cause perjuicios a la otra parte contractual, y se respete el reiterado principio de buena fe contractual. De esta manera pueden justificarse los períodos de prolongación «razonable» de la fianza general, especialmente para que el deudor adopte medidas oportunas para realizar sus futuras operaciones con el acreedor en un marco temporal prudente. Ahora bien, conviene matizar que, cuando la fianza general queda limitada a una cuantía máxima de responsabilidad, ello no excluye la procedencia del derecho de denuncia en la fianza temporalmente indeterminada, pero sí en la denuncia por justa causa de la fianza general temporalmente determinada porque «la previsión de ese máximo de responsabilidad ya delimita el alcance posible del riesgo asumido al afianzar»<sup>57</sup>.

#### IV. EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

De partida, la posición defensora de la vinculación del carácter del fiador a la naturaleza del contrato principal y, así, poder excluir, en su caso, las normas tutivas en base al principio de accesoria absoluta entre ambos contratos no ha tenido mayor recorrido que su inicial aplicación por algunos tribunales. Ciertamente, la separación contractual de las dos relaciones vehicula el tratamiento jurídico autónomo para cada relación porque, si bien en cuanto a su objeto la fianza puede calificarse de contrato accesorio, desde la perspectiva subjetiva se presenta como un contrato diferente que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal<sup>58</sup>.

La jurisprudencia relativa a la Directiva 93/13 establece que la protección de los consumidores es especialmente importante en aquellos contratos en los que una persona asume personalmente el compromiso de satisfacer la deuda de un tercero, presentándose el contrato de fianza como un contrato distinto respecto al contrato de préstamo principal, de forma que, la calidad en la que actuaron los fiadores, debe apreciarse respecto al contrato de fianza del que son parte o, dicho de otra manera, según un criterio funcional, equivalente a valorar si en su relación contractual actuaron al margen de su actividad empresarial o profesional<sup>59</sup>. Corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una «participación significativa» en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado<sup>60</sup>.

Situados en el exclusivo marco del contrato de fianza general, la extensión de la fianza (generalización) es intrínseca a la naturaleza del contrato (calificación). Si bien hay que distinguir el tratamiento jurídico del contrato y de las cláusulas que la integran, en el contrato de adhesión no existe deliberación sobre cada cláusula y es habitual que una de las partes ni siquiera llegue a conocerlas al momento de dar su consentimiento. Por ello, la superioridad económica y financiera de una de las partes sin ningún control jurídico desemboca en exigencias abusivas a la contraparte. En este sentido, los gabinetes jurídicos de las grandes empresas estimulan su ingenio para aturdir la estructura natural de los contratos y obtener una posición mejorada para sus intereses económicos.

Sin menoscabo de las clásicas vías de impugnación por error esencial que afectan a todos los contratos, la cuestión primordial de la fianza general es si el clausulado de las pólizas de afianzamiento elaborado por la entidad acreedora resulta claro e inequívoco conforme a los requisitos de inclusión propios del contrato de adhesión de las condiciones generales de la contratación (incorporación, interpretación y contenido). Ello no supone devaluar la idea de la autonomía de la voluntad, sino atender también a la libertad de la persona en la configuración de su estado patrimonial porque en la contratación converge con otra persona que actúa como contrapeso de los propios intereses pretendidos. En ese plano, la moralidad de las actuaciones conforme a las buenas costumbres se ha materializado en la idea de los «legítimos intereses económicos» que la Constitución preserva para los consumidores y usuarios (art. 51.1 CE), es decir, en la concreción de lo justo según la equidad y la razonabilidad. Precisamente, la funcionalidad en la racionalización y, a la vez, en la reducción de costes del tráfico jurídico justifican que en la fianza general el fiador acceda a la información suficiente sobre el significado y alcance jurídico-económico del contrato

que suscribe porque, si el contrato y sus cláusulas han sido negociadas por las partes, quedan al margen de la consideración de condiciones generales de la contratación.

Las bases técnicas de esta «globalización» asumida por el fiador deben acomodarse, por un lado, a la normativa sobre condiciones generales y, por otro, al régimen de las cláusulas abusivas (filtro de la cualidad de «consumidor»). El legislador español mantiene esta dualidad normativa, pero vinculada, en la que el tratamiento de las condiciones generales de la contratación no impide la aplicación del régimen protector de consumidores si la cláusula abusiva tiene carácter de condición general. En todo caso, el primer filtro a modo de carga sobre el futuro garante es el establecido por el deber de la auto-responsabilidad del fiador en el acceso, en la comprensión y en la aceptación del riesgo o inseguridad del contrato a suscribir.

En la fianza general sometida a este marco jurídico se aplicará el acostumbrado triple control que dispone el legislador. En primer lugar, el control de *incorporación* entendido como la posibilidad de conocer la concreta existencia de la disposición que establece la extensión de la fianza que cualifica al contrato.

El segundo control se sitúa en verificar la *transparencia* de las cláusulas<sup>61</sup>, referida a la posibilidad de comprender el clausulado. Para ello es la entidad interesada que contrata con un fiador la que debe dejar constancia de que se hizo de forma clara y fácilmente entendible para el suscriptor; tiene la obligación de informar de manera suficiente y acreditada de la extensión, términos y consecuencias de la posición que adquirirá el fiador. Mediante esta información suficiente el fiador general debe adquirir la capacidad para discernir el significado de la extensión global de la fianza y de sus repercusiones o cargas económicas. En esta fase, es conocido que la falta de transparencia de las disposiciones que definen el objeto principal del contrato no son causa de abusividad. Ahora bien, incide en la conformación del consentimiento y en el régimen de su ineficacia. Conforme al mínimo de información contractual exigido cuando la fianza se constituye en un servicio bancario<sup>62</sup>, la disposición de una cláusula de cobertura global sin configurar claramente los límites de responsabilidad vulnerará el requisito de transparencia, de modo que esta falta relativa a la prestación principal del fiador (elemento esencial del contrato) conducirá a la nulidad de la fianza general.

Y el tercer control estudia la eventual *abusividad* de las cláusulas, aunque atendiendo a que esta denominación vinculada al afianzamiento en realidad designa al propio contrato de fianza general; es decir, la «cláusula de afianzamiento» no es una mera cláusula, sino el contrato de fianza. Este control del contenido de la cláusula se realiza tamizándolo por el filtro de la inexistencia de «desequilibrio» importante en la relación contractual porque, aun no siendo transparente, no siempre presentará carácter abusivo.

De esta manera, a pesar de que el control de legalidad de las condiciones generales en el marco del régimen normativo de consumidores y usuarios enjuicia, no el contrato en su totalidad, sino la validez de las estipulaciones contractuales, la fianza sea general o no, integrada como contrato autónomo en el mismo documento que formaliza la relación garantizada, también puede ser objeto de un control de abusividad, pero solamente conforme a la norma legal específica relativa a las cláusulas abusivas sobre garantías y no otras: «*En todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*» (art. 88.1 TRLCU)<sup>63</sup>. Esta doctrina ha sido señalada y reiterada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 27 de enero y 12 de febrero de 2020<sup>64</sup> en base a varios argumentos: el principio «*pro consumidor*» que emana de la disposición constitucional (art. 51 CE); la finalidad tuitiva que la jurisprudencia europea aplica siempre en defensa de los consumidores ante prácticas de «riesgo elevado»; y, especialmente, a la «estrecha dependencia» del contrato de fianza respecto al contrato del que surge la obligación principal garantizada<sup>65</sup>. Desde la perspectiva del control de contenido, una fianza general formulada mediante condiciones generales en un contrato de consumo podrá considerarse como una garantía desproporcionada cuando implique un riesgo considerable para el fiador adherente. Este análisis requiere necesariamente, tanto por razones de legalidad como de seguridad jurídica, que pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor. En esos casos, la nulidad se predicará de la cláusula de garantía (contrato de afianzamiento general) como unidad contractual por desproporcionada.

En estas resoluciones la doctrina legal establece, además, unas pautas orientativas para valorar dicha proporcionalidad, aunque, bien es cierto, su aplicación se orienta a restringir considerablemente las posibilidades de apreciar el carácter abusivo de la fianza establecida en el ámbito del Derecho de consumo: debe poder apreciarse con «claridad» la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor; las particulares circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato deben ser «*excepcionales*» para apreciar la desproporción; y la mera existencia de varias garantías respecto de un mismo crédito no supone *per se* incurrir en la situación de sobregarantía. Hemos mencionado anteriormente que, tal vez, fuera conveniente establecer la exigencia legal de un límite máximo de cobertura de la fianza general cuando el fiador tenga la condición de consumidor, precisamente porque es cuando surge el peligro de establecer una garantía calificable de desproporcionada. Situados en este ámbito, en suma, caben mencionar dos consideraciones prácticas:

1. *Respecto de la inexistencia de un límite máximo de cobertura.* La aplicación de la Ley de condiciones generales no depende de que algunas cláusulas o elementos de una cláusula se hayan negociado individualmente, sino de la apreciación global que lleve a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. Por ello, las reglas relativas a las prestaciones y contraprestaciones tienen que someterse al control de transparencia para verificar si, conforme a la claridad en su redacción y plasmación documental, el adherente las ha tenido en cuenta en la adopción de su decisión de contratar. El sistema español no prevé expresamente la necesidad de establecer un límite máximo de la cuantía garantizada y, al no ser exigible, su falta no puede contemplarse desde una eventual aplicación de la regla de las cláusulas sorprendentes, en este caso por su ausencia.

2. *Respecto de garantía calificable de desproporcionada.* La fianza general recogida en condiciones generales con consumidores (imposición de garantía) puede ser calificada como una garantía desproporcionada al riesgo asumido, si bien «se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica» (art. 88.1 TRLGDCU). Cuando no se negocie una cláusula de cobertura global, el consumidor asume un riesgo de tener que pagar una cantidad muy superior a sus previsiones razonables y, en consecuencia, genera una desproporción entre las ventajas que puede obtener y la seguridad que proporciona al acreedor. De este modo, el consumidor fiador, amén de aceptar el riesgo de insolvencia del deudor (riesgo normal en la fianza), asume todos los aumentos de este riesgo que eventualmente se originen por actuaciones abusivas del acreedor. Esta es la vía que le queda al consumidor inexperto para considerar la cláusula (el contrato) de afianzamiento global como abusiva en el marco de la operación principal.

## V. LA DEMARCACIÓN DEL PERFIL JURISPRUDENCIAL

### 1. LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIANZA GENERAL

Las decisiones judiciales sobre la fianza general han reflejado distintas consideraciones y reflexiones sobre su validez, magnitud y alcance de los efectos jurídicos derivados. Este tipo de fianzas se admite en la jurisprudencia de una manera absolutamente natural, excepto en la veterana STS de 21 de noviembre de 1924 que confunde la obligación futura con la obligación indeterminada: «Si bien, según el artículo 1825 del Código Civil, puede constituirse fianza para garantir deudas futuras cuyo importe no sea conocido, ello es refiriéndose expresamente a deudas, y no a obligaciones, y necesariamente al momento de su exigibilidad, y no al de la existencia del

contrato de que se derive, porque de otro modo... vendría a establecerse por la ley la existencia de una obligación subsidiaria sin fianza, y porque habría, si así fuese, una verdadera antinomia entre los precitados artículos 1824 y 1825 del Código Civil, lo que no es ni puede ser»; la STS de 29 de marzo de 1979 también alude a que la fianza futura (y general) solo es posible «cuando existe la obligación de la que puede derivar». Es decir, es válida la fianza por deudas ya contraídas que todavía no sean líquidas y exigibles, pero no la que garantice obligaciones aún no contraídas, pues de otro modo vendría a reconocerse por la ley la existencia de una obligación subsidiaria, sin ninguna principal, y se generará la citada antinomia. Este argumento no es convincente porque, en este caso, la fianza estaba subordinada al nacimiento de la obligación principal, y el fiador solo se obligaba, condicionalmente, en caso de que la obligación futura fuese realidad (obligación del fiador con eficacia sometida a condición). Como se ha venido señalando, hay que distinguir el «efecto de vinculación» del «efecto de obligación»: el fiador está vinculado en el sentido de que no puede revocar el contrato de fianza generador de eventuales obligaciones, pero no está obligado como tal fiador mientras no se cumpla la condición del nacimiento de alguna obligación principal<sup>66</sup>.

Posteriormente, algún atisbo de cambio se detecta en la STS de 20 de febrero de 1987<sup>67</sup> al limitarse a declarar que es válida la fianza de una deuda futura e indeterminada en su cuantía cuando existe la obligación de la que puede derivar, pero sin plantearse la viabilidad del afianzamiento de una obligación futura inexistente en el momento de constituirse la garantía: «Las obligaciones de afianzamiento asumidas por los esposos en las pólizas de afianzamiento mercantil... lo fueron cuando en sus matrimonios regía el régimen económico de gananciales... Esas obligaciones redundaban en beneficio de las sociedades de gananciales respectivas, pues afianzaban operaciones de una sociedad de la que los cuatro cónyuges implicados eran los únicos socios... Al estar la fianza constituida en interés y beneficio de ambas familias, la responsabilidad asumida, aunque unilateralmente por los maridos, está inmersa y redonda haciéndola extensiva al patrimonio ganancial... Problemática que plantea el tema del afianzamiento por deudas futuras, o sea si la obligación del deudor de responder por deudas que puede contraer el afianzado nace en el momento de la prestación de la fianza o solo se origina en la fecha en que ya existe una deuda exigible al obligado principal... Lleva a la conclusión de la existencia de la obligación garantizada en el momento en que la fianza se prestó, con la ineludible consecuencia de responder desde dicho momento los bienes de la sociedad de gananciales del matrimonio del esposo fiador y la aquí recurrente al pago de las deudas que en el futuro pudieran originarse en contra del obligado principal, responsabilidad del patrimonio ganancial que no puede eludir

la circunstancia de que algunos de los bienes, entre ellos el embargado, se atribuyeran a la esposa al otorgar capitulaciones matrimoniales... La obligación futura que se afianza habrá de estar suficientemente determinada, o, al menos, sea determinable sin necesidad de nueva declaración del fiador y del acreedor». En estas manifestaciones se encuentra implícita, sin alusión directa, una intencionalidad de búsqueda de seguridad de estas operaciones en beneficio de los acreedores porque han sido desarrolladas también en favor de los fiadores de la fianza general. De hecho, al tratarse de un subtipo de fianza de obligaciones futuras e inciertas de cuantía desconocida, la cuestión de su validez se considera indiscutible y forma parte de la práctica habitual en el tráfico económico.

Actualmente en ninguna sentencia se cuestiona la admisibilidad de la fianza general. La STS de 26 de octubre de 1990 lo manifiesta claramente al subrayar que «es una forma de obligarse simplemente incluida en la libertad de contratación del artículo 1255 del Código Civil y con la obligatoriedad de todo contrato que denotan los artículos 1091, 1258 y 1278 CC», conforme a la voluntad expresa de las partes<sup>68</sup>. Consolidando dicha doctrina, la STS de 23 de febrero de 2000<sup>69</sup> acepta sin discusión la validez de la fianza general como contrato autónomo respecto a la obligación principal: «La fianza no puede existir sin una obligación válida, lo que excluye una obligación inexistente, pero no impide la fianza de una obligación inexistente hoy pero que existirá mañana, ya que la obligación futura la permite afianzar el artículo siguiente (art. 1825 CC). Se trata de una obligación no nacida pero sí determinable sin necesidad de nuevo convenio (que sería un nuevo contrato de fianza), que no infringe el principio de accesoriedad de la fianza, ya que para su efectividad será preciso que la obligación haya nacido y sea líquida».

Cuestión distinta es que en la fianza general (sobre las cantidades que se lleguen a adeudar) se requiera la previa concreción y liquidación para su efectividad, conforme a las indicaciones de la STS de 17 de febrero de 1962 que pasamos a relatar: «Ambas partes litigantes reconocen que entre la actora y el deudor principal han existido relaciones mercantiles de carácter bancario, descontando la entidad demandante las letras que recibía de «Calzados Coloma SA», en cuya cuenta corriente ingresaba el importe de las mismas, operación de descuento que fue afianzada por la madre de los hoy demandados mediante la carta del tenor literal siguiente: «*Almansa, 21 de junio de 1951.-Banco Hispano Americano.- Albacete.-Muy señores míos: Por la presente garantizo solidariamente a ese Banco las cantidades que le adeude o llegue a adeudarle Calzados Coloma SA, de Almansa, cualquiera que sea el concepto de que procedan, hasta la suma de 300.000 pesetas, más intereses y gastos. Esta garantía permanecerá subsistente, sin limitación de tiempo, mientras no haya sido cancelada y el pago de las responsabilidades*

*resultantes por efecto de la misma habrá de verificarse en esta plaza», y en vigor este afianzamiento se reclama a los herederos de la fiadora el importe de unas letras descontadas y no abonadas, a cuyo pago condena la sentencia recurrida, contra la que se alza un único motivo... en el que se denuncia la infracción por interpretación errónea de los artículos 1825, 1170, 1826 y 1852 del Código Civil, porque cuando la fianza se presta para garantizar deudas futuras no puede ser compelido el fiador al cumplimiento de una parte de las obligaciones del deudor, debiendo el acreedor esperar a que todas ellas se liquiden y se dejen reducidas a una sola, y únicamente cuando tal concreción se ha fijado puede demandarse al fiador del artículo 1825 del Código Civil, precepto que se reputa infringido porque es necesario, antes de exigir el pago, que se fije mediante liquidación la cuantía líquida de la deuda... Siendo el contrato de fianza la garantía personal que se constituye, asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no la cumple el deudor principal, sus elementos característicos son los de constituir una obligación accesoria de la principal, a la que debe constantemente seguir, y la de ser subsidiaria, porque el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla, si bien este carácter no es esencial, dado que la doctrina científica admite que pueda un fiador, sin perder su función de tal, obligarse solidariamente con el deudor, en cuyo supuesto desaparece el beneficio de excusión y puede el acreedor dirigir la reclamación, desde luego, contra el fiador, sin perjuicio de que este pueda repetir contra el deudor por la totalidad de lo que hubiese satisfecho por él, y siendo susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones, cualquiera que sea su objeto, incluso las deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero en tal caso dispone el artículo 1825 del Código Civil, que no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, esto es hasta que esté completamente determinada, porque para que el fiador responda es necesario que la obligación principal esté concretada en su «quantum» y en su exigibilidad y el deudor no la haga efectiva, dado que solo se obliga en los mismos casos y términos que los de la persona que garantiza, puesto que su deber de afianzar no puede tener objeto distinto ni más extenso que el de la obligación principal, a tenor del artículo 1826 del Código Civil, de lo que se deduce que el fiador está obligado a pagar cuando el deudor no paga debiendo hacerlo, y por ello puede oponer todas las excepciones que competan a dicho deudor y sean inherentes a la deuda, según le faculta el artículo 1853 CC». A las citadas sentencias se refiere la STS de 29 de marzo de 1979 para aplicar el mismo criterio: «La obligación afianzada puede ser de cualquier tipo, incluso las que dan lugar a deudas futuras, o inciertas en su importe... Se opera entre ambos una situación compensatoria de las partidas de cargo y abono datadas en la cuenta, lo que necesariamente se traduce en unas relaciones y obligaciones que pueden dar lugar, durante el*

curso de la cuenta a un saldo exigible..., la obligación válida determinante de la efectividad de la fianza con relación a las deudas futuras que han de ser consecuencia de aquella».

## 2. EL ALCANCE DE LA FIANZA GENERAL

Después de admitirse la validez de la fianza general, la jurisprudencia no determina límites a su configuración en pronunciamientos de *ratio decidendi*, y únicamente se vislumbran algunos rasgos sugerentes en declaraciones *obiter dicta*. La pretensión de especificar esta configuración y el alcance del contrato de fianza general ha recaído sobre los siguientes elementos:

1. *La determinación del objeto del contrato.* El requisito de determinabilidad del objeto del contrato (arts. 1261.2 y 1273 CC) exige que en la fianza general pueda venirse a conocer qué obligaciones están incluidas en la cobertura concretando, bien la clase de obligaciones afianzadas, o la fuente del vínculo obligacional. Respecto de la «fianza futura», ya precisaba la veterana STS de 13 de diciembre de 1934 que el desconocimiento de la cuantía o importe de la principal y preexistente obligación no hace «incompatible su garantía, toda vez que la fianza existe y comprende cuanto en los documentos se estipuló ya que el único efecto de tal indeterminación está, conforme a aquel artículo (1825 CC), en la suspensión de toda reclamación contra el fiador para su efectividad hasta que sea líquida la deuda y pueda conocerse la excusión de la obligación de fianza». Más recientemente, la STS de 28 de febrero de 2006 asevera que el Código Civil «tolera expresamente, no solo que un tercero garantice el cumplimiento de una obligación existente pero ilíquida, sino también el de una obligación no nacida todavía cuando el afianzamiento se constituye, con tal que quede en ese acto determinada o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado; por más que ello implique referir la accesoriedad no al momento de celebración del contrato de fianza, sino a aquel en que el acreedor pretenda exigir al fiador el cumplimiento de su prestación»<sup>70</sup>. La STS de 29 de abril de 2008 alude incluso a la posibilidad de una determinación implícita de la relación principal: «La causa inicial de contrato (de fianza general) dejó de existir debido al curso de los acontecimientos, o bien no se cumplió la condición a la que ambas partes, no explícita y literalmente pero sí de un modo implícito según los hechos probados, habían supeditado la eficacia de la fianza». En suma, la STS de 23 de febrero de 2000 reitera esta doctrina legal precedente: «La obligación garantizada sea determinada o determinable, lo que significa, no solo que exista la obligación y se desconozca su

importe, sino también que no haya nacido la obligación y pueda nacer en el futuro, quedando determinada o determinable por fijarse (es el caso más frecuente, como el presente) las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas. Y se armonice la indeterminación de la obligación garantizada con la fianza con el carácter expreso de esta, que contempla el artículo 1827 del Código Civil de tal manera que solo se admite la obligación que sea determinable (no la absolutamente indeterminada) por (como mínimo) la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y por la concreción objetiva de la cuantía, aunque solo sea como máximo».

2. *La limitación temporal de la vigencia del contrato.* La eficacia de la fianza general, en caso de que no tenga un plazo definido de vigencia (expreso o implícito), requiere reconocer el derecho de desistimiento unilateral (derecho de denuncia) a favor del fiador, previo aviso, sin necesidad alegar justa causa y ejercitado tempestivamente conforme a la buena fe. En este último sentido, en la STS de 16 de septiembre de 1988 «venían constreñidos los fiadores, también contractualmente, a mantener tal garantía personal hasta el término de la operación de crédito formalizada por la póliza... (de modo que) la persistencia y continuación de la operación de crédito no puede verse desvirtuada con la coetánea comunicación de los fiadores dando por concluida su obligación de garantía, porque ello sería tanto como respaldar una actividad no guiada por la buena fe que es exigible no solo en los negocios de comercio conforme al artículo 57 CCo, sino en todos los actos con transcendencia jurídica a tenor del artículo 7.1 CC».

En cambio, cuando se haya establecido un plazo determinado en el contrato de afianzamiento, la STS de 13 de octubre de 2005 señala que su carácter se determina en consideración de las funciones que cumpla ese plazo en el caso concreto y no tiene por qué coincidir con el de la relación cuyas obligaciones se garantizarán: «Realmente, el afianzamiento de deudas futuras (en el caso un afianzamiento general) no es incompatible con la posibilidad de que las mismas venzan después de cumplido un plazo establecido por el fiador. Todo dependerá de las funciones que cumpla ese plazo. Lo primero lo admite, en los términos indicados antes, el artículo 1825 del Código Civil. Lo segundo depende de la interpretación de la voluntad de las partes que celebren el contrato de fianza, en ejercicio de la potestad normativa creadora que les reconoce el artículo 1255 CC».

3. *El control de la responsabilidad del fiador mediante importe máximo.* En relación con si es o no requisito de validez de la fianza general prever en el contrato una cantidad máxima garantizada, la STS de 23 de febrero de 2000 lo exige y genera una «incertidumbre» al exigir el Tribunal Supremo como requisito la necesidad de concretar, desde el momento original, la cuantía, aunque solo sea como máximo<sup>71</sup>. Las ventajas de establecer un

máximo de responsabilidad se derivan de la seguridad jurídica que ofrece, pero debe prevalecer la autonomía de la voluntad mientras no exista una norma legal que lo limite expresamente, con independencia de proponer su conveniencia vinculada además a deberes de información del acreedor. El requisito objetivo del contrato pertenece al ámbito de la discrecionalidad política y, mientras el legislador no opte por dicha *conditio iuris* (fianza general con límite de importe), la doctrina legal no puede requerir un límite a la determinación del objeto contractual que atente el principio de la autonomía de la voluntad, básico de la contratación. Sin embargo, la STS de 18 de marzo de 2002 mantiene aquel criterio<sup>72</sup>: «Aquellos afianzamientos que se contraen para asegurar el cumplimiento de obligaciones no nacidas en el momento de constituirse el contrato de fianza, pero si son previsibles o determinables en el momento de constituirse el contrato, haciendo innecesario a raíz del nacimiento de la deuda, un nuevo contrato de fianza, concretándose esa determinación, en que estén fijadas las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan, y el importe máximo de las mismas».

En cambio, la STS de 26 de junio de 2009 admite que no se fije expresamente un importe máximo porque el garante controlaba el importe de la deuda garantizada mediante un control colateral o indirecto: «Se exige para la validez de la fianza sobre deudas futuras no solo que se trate de obligaciones determinables sino además que se establezca el importe máximo a que alcanza, lo que resulta lógico a fin de evitar que el objeto del contrato quede abierto e incondicionado respecto de cualquier cantidad por la que el afianzado pudiera obligarse en el futuro dejando en realidad indeterminada la obligación del fiador. Sin embargo, tal indeterminación no existe en el caso enjuiciado por la razón elemental de que los suministros cuyo precio queda garantizado por la fianza (de carácter general) establecida son precisamente aquellos efectuados por la parte actora... con destino a las obras que la fiadora... encargara a esta... No cabe entender la existencia de indeterminación ni de un carácter ilimitado respecto de su importe que contraviniere la exigencia jurisprudencial establecida en interpretación del artículo 1825 del Código Civil que, por otro lado, resulta perfectamente compatible con el 1824 del Código Civil, que exige para la existencia de la fianza la presencia de una obligación válida (a la que se extiende la garantía) que en el caso de las obligaciones futuras operará a modo de condición pues la obligación nacida con posterioridad habrá de ser válida para que quede garantizada... La propia fiadora, dada la especial naturaleza de la garantía constituida, estaba en condiciones de controlar el máximo de la obligación a contraer al referirse precisamente a los suministros que la actora efectuara en el futuro a Construcciones y Reformas Alcaba S.L. para las obras cuya ejecución encargara a esta la propia entidad fiadora».

Más claramente, la STS de 31 de octubre de 1984 prescinde de requerir cuantía máxima y la vincula al propio objeto del contrato: «Para fijar el alcance de la fianza y determinar su contenido hay que atender, según principio capital del derecho de la contratación, a lo convenido por las partes o a lo manifestado por el fiador en cuanto al significado del negocio accesorio *per relationem* con la obligación principal, y es claro que si el afianzamiento garantiza las que hayan de dianar de todo un conjunto de operaciones futuras, a cuya efectividad se supedita, son conferidos a tal forma de garantía los efectos que le son propios al exigir a los fiadores el cumplimiento de la prestación, precisamente asumida para el caso de no hacerlo la Sociedad deudora, y obviamente no se extiende a más de lo contenido en ella, por lo mismo que tal era el fin perseguido con la fianza, al referirla a las relaciones comerciales que habrían de manifestarse en los suministros que (se) realicen en el futuro». En el mismo sentido, la STS de 13 de febrero de 1998 nítidamente admite la validez de la fianza general «sin que se fijase un límite máximo a la cuantía avalada ni limitación alguna en cuanto al plazo de duración de la fianza».

4. *La aplicación del principio de buena fe.* La STS de 20 de octubre de 1993 excluye que el acreedor esté obligado a notificar al fiador los eventuales incumplimientos parciales salvo que lo establezca el contrato. Sin embargo, esta decisión se adopta en realidad por la circunstancia de que los fiadores estaban en situación de conocer, o poder hacerlo, el incumplimiento contractual y, en general, de informarse sin coste alguno o con un coste poco relevante de las vicisitudes de la relación afianzada.

### 3. LA TRANSMISIÓN POR SUCESIÓN MORTIS CAUSA

El primer debate se ha situado en las dudas sobre la existencia o no de consentimiento para la conformación del contrato de fianza general que deberían respetar los herederos. En el supuesto de la STS de 23 de marzo de 1988 se interpreta una escritura que refiere, entre otras, solo una propuesta de constitución de fianza, sin que conste la oferta y la aceptación que exige cualquier contrato para su perfección. La sentencia interpreta la normativa sobre la fianza para liberar a los herederos del fiador de pagar las deudas fiadas a cuya satisfacción se comprometió el deudor por la particularidad de que la «oferta» realizada por el fiador fallecido no pudo ser «aceptada» por el acreedor al extinguirse el ofrecimiento con su muerte. De esa manera elude la aplicación del criterio técnico de atender al control de la sociedad deudora por los propios herederos y sostener que, al conceder crédito al deudor en función de la oferta recibida, el acreedor aceptaba tácitamente en razón del uso practicado, la propuesta (del deudor) propicia a sus intereses

(del acreedor). Este criterio aplicado por el Tribunal Supremo ha sido objeto de severa crítica doctrinal<sup>73</sup>.

Es más frecuente en la práctica la cuestión que se plantea en la STS de 29 de abril de 1992<sup>74</sup>. De partida, parece suscribirse a la tesis restrictiva de la sentencia de 1924 por cuanto entienden resuelta *ex nunc* la relación de garantía con la muerte del fiador. En este caso, la fianza por deudas futuras no puede extenderse a las obligaciones del deudor principal que nazcan una vez fallecido el deudor; doctrina que se reitera en la STS de 5 de octubre de 1998<sup>75</sup>. Sin embargo, salvo que así se acuerde expresa o tácitamente, la fianza general no es un contrato personalísimo y los herederos del garante asumen la posición de su causante<sup>76</sup>, a pesar de lo cual los tribunales tienden a no extender la fianza a las deudas surgidas después de la muerte del fiador. Según CARRASCO (1992), el heredero del fiador sigue obligado, aunque dispone de la facultad de desistir y, además, puede negar el pago cuando así lo requiera la buena fe contractual. El criterio para determinar la concurrencia de la buena fe se sitúa, como se ha mencionado anteriormente, en la posibilidad de control que, como el causante, adquieran o no los herederos; principalmente, si conocen la existencia de la fianza, las operaciones a las que se encuentra adherida, y participan en el surgimiento de las nuevas obligaciones garantizadas. En todo caso, BONARDELL (1994) opina que no cabe extraer consecuencias de aplicación general a las fianzas de obligaciones futuras, sino simplemente inferencias relativas a la incidencia de la muerte en las vinculaciones de duración indefinida.

#### 4. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR

Manifiesta rotundamente la STS de 23 de febrero de 2000 que, «partiendo del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil y del concepto del contrato de fianza, artículo 1822 del Código Civil, y de su regulación relativa a la obligación garantizada como objeto del mismo, se debe admitir, en principio, su validez, ya que no hay norma que la impida. y restrinja la autonomía de la voluntad, siempre que no se atente a la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas».

Se ha conformado ya una doctrina legal suficiente que facilita al fiador herramientas en la defensa de su posición en caso de existir cláusulas abusivas tanto en el contrato principal, como en el propio contrato de afianzamiento:

1. La jurisprudencia acepta la posibilidad de que el fiador impugne cláusulas abusivas del contrato principal al que aparece vinculado (usual-

mente un préstamo hipotecario) siempre que tenga la condición de consumidor, con independencia del carácter del deudor principal: «Si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. En consecuencia, concluye el Tribunal que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza» (STS de 28 de mayo de 2018). Por ello, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado y el propio compromiso del fiador deben ser objeto de los controles propios de la legislación sobre consumidores. En consecuencia, señala la STS de 27 de enero de 2020 que «podrán estímarse abusivas, o contrarias a normas imperativas, determinadas cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación que se integren en el mismo, como por ejemplo el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal (art. 1826 CC), el que permita al acreedor exigir otro fiador aun cuando el inicial no viniere al estado de insolvencia (art. 1829 CC), el que exonere al acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados cuando no concurra ninguna de las causas de exclusión de la excusión (arts. 1831 y 1833 CC), el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (art. 1852 CC), o el que le impida oponer al acreedor las excepciones propias del deudor principal y que sean inherentes a la deuda (art. 1853 CC), etc.».

2. Respecto del propio contrato de fianza, el artículo 88.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que declara abusiva, por ministerio de la ley, la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, puede aplicarse para declarar la nulidad del contrato por abusividad. Como manifiesta la STS de 27 de enero de 2020, «esta previsión es aplicable no solo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre profesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual». En todo caso, esta doctrina jurisprudencial recalca la excepcionalidad de su apreciación: «Esta interpretación extensiva del concepto de «garantías» en el sentido expresado requiere necesariamente (tanto por razones de legalidad como de seguridad jurídica) para quedar afectado por la grave ineeficacia de la nulidad del contrato en

que se haya constituido, que pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor»; la propia sentencia propone factores y criterios orientadores para analizar esa posible abusividad de la fianza por exceso de garantías solicitadas por el acreedor<sup>77</sup>.

Ha sido en la STS de 29 de noviembre de 2021 donde se ha condensado al momento presente la doctrina principal sobre el tratamiento de la fianza en los contratos realizados con consumidores<sup>78</sup>. En la perspectiva que nos afecta ahora, se estima oportuno destacar las siguientes manifestaciones:

1. En los contratos de garantía también se configuran distintos tratamientos según el garante sea o no consumidor (aunque garantice una operación mercantil) porque, si bien el control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, los controles de transparencia material y abusividad están reservados y circunscritos a los contratos celebrados con consumidores, con independencia de que lo garantizado sea una operación mercantil no afectada por el Derecho de consumo. Invocando jurisprudencia comunitaria<sup>79</sup>, se explica que, «si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. En consecuencia, la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza». Por ello, aunque el contrato de fianza extiende sus efectos sobre el acreedor, el deudor y el fiador (y se documente conjuntamente con el principal en un mismo instrumento), solo son parte del mismo el acreedor y el fiador; y, en consecuencia, este contrato de fianza (las estipulaciones que definen sus elementos esenciales y objeto principal) no es una mera cláusula contractual o condición general del contrato principal al que se vincula, sino un contrato autónomo en el que el fiador puede tener la condición de consumidor y disfrutar de la protección propia del consumidor frente a las cláusulas abusivas.

2. El contrato de fianza, cuando proceda, se someterá a la legislación sobre condiciones generales de la contratación y sobre protección de consumidores y usuarios y, en su caso, pueden estimarse abusivas determinadas cláusulas contractuales integradas en el mismo<sup>80</sup>. No para obtener la nulidad íntegra del contrato, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las eventuales cláusulas abusivas. Solo cabrá aquella nulidad cuando pueda apreciarse la abusividad de la garantía en su totalidad por incurrir en la interdicción de las garantías

desproporcionadas; siguiendo el argumento de la sentencia, «existe una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal, por razón de la finalidad de garantía de aquella, que si bien no determina que dichos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, no obstante sí determina su participación o integración en una relación negocial compleja y unitaria por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria. Lo que permite analizar esta última, desde la perspectiva de su eventual falta de transparencia o abusividad, en su totalidad, cuando pueda estar incursa en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas».

3. Situados en el ámbito de control de abusividad, para apreciar la desproporción entre las garantías pactadas (en concreto la fianza) y la obligación afianzada, hay que considerar, junto a la solvencia personal de los deudores (arts. 1911 CC), el acomodo a la normativa específica: «*Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*» (art. 88.1.2 TRLGDCU). En la práctica particular relevancia presentará el tratamiento normativo referente al control de las operaciones realizadas por las empresas y las familias con el sector bancario y otras entidades financieras y de crédito.

## VI. CONCLUSIONES

El tratamiento jurídico de la fianza general (global) configura la institución desde las siguientes bases estructurales:

I. La regulación del contrato de fianza viabiliza la validez de la fianza general mediante la aplicación de las reglas sobre determinabilidad del objeto contractual (deudas futuras: artículo 1825 CC) conforme con el principio de accesoriedad de toda fianza (art. 1824 CC).

II. En la integración del contenido del contrato de fianza general desempeñan un papel trascendental el principio de buena fe y los usos del sector (art. 1258 CC). De modo más significativo, el canon de la buena fe en la operatividad del contrato permitirá al fiador solicitar información sobre la marcha de las operaciones económicas principales y establecerá al acreedor el deber de comunicarle a aquel los incumplimientos, aun parciales, del deudor garantizado.

III. Aplicando el principio general del Derecho patrimonial referente a la indefinición temporal de la relación de garantía entablada por el fiador general con el acreedor, se disipa el riesgo del incremento irrazonable de la

deuda garantizada mediante el derecho de desistimiento ejercitado conforme a la buena fe, con preaviso al acreedor y en momento tempestivo.

IV. Cuando la fianza general se instrumentalice en un contrato de adhesión junto al negocio jurídico principal, se someterá a los controles tradicionales que afectan a las condiciones generales (incorporación, contenido e interpretación) y, teniendo el fiador la condición de consumidor, al tamiz de la proporcionalidad de la garantía para descartar su eventual carácter abusivo.

V. La paulatina generalización y, por su utilidad económica y jurídica, la extensión multisectorial de la fianza general, exigen un respaldo legislativo inminente y una configuración legal que posibilite su circulación uniforme, es decir, sin inesperadas perturbaciones para el acreedor y con suficientes mecanismos de defensa que amparen los intereses patrimoniales de la parte más débil. Al tratarse de un contrato continuado, el principio de buena fe y lealtad contractual, fundamentales del Derecho patrimonial, adquiere significado protagonismo en la delimitación de los medios más provechosos para la integración y el desenvolvimiento posterior de la fianza general.

VI. Mientras el legislador no disponga un régimen particular sobre la fianza general, cuyo modelo de referencia puede ser la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, el Tribunal Supremo, aunque haya perfilado retazos de varios de los elementos contractuales aisladamente para dar solución a los supuestos planteados en casación, no ha tenido ocasión aún de establecer una doctrina legal unificada que determine y aplique la estructura configuradora de la fianza general atendiendo a los parámetros descritos por la doctrina científica como convenientes para la plena funcionalidad de este contrato.

## VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- ATJUE 19/11/2015 (ECLI:EU:C:2015:772)
- ATJUE 14/09/2016 (ECLI:EU:C:2016:700)
  
- STS 21/11/1924 (ECLI:ES:TS:1924:42)
- STS 13/12/1934 (ECLI:ES:TS:1934:3093)
- STS 28/09/1960 (ECLI:ES:TS:1960:1975)
- STS 17/02/1962 (ECLI:ES:TS:1962:2961)
- STS 29/03/1979 (ECLI:ES:TS:1979:90)
- STS 31/10/1984 (ECLI:ES:TS:1984: 148)
- STS 20/02/1987 (ECLI:ES:TS:1987:1177)
- STS 23/03/1988 (ECLI:ES:TS:1988:2133)
- STS 16/09/1988 (ECLI:ES:TS:1988:6207)

- STS15/12/1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370)
- STS05/03/1990 (ECLI:ES:TS:1990:2036)
- STS26/10/1990 (ECLI:ES:TS:1990:1088)
- STS17/12/1990 (ECLI:ES:TS:1990:9385)
- STS29/04/1992 (ECLI:ES:TS:1992:3487)
- STS20/10/1993 (ECLI:ES:TS:1993:7004)
- STS13/02/1998 (ECLI:ES:TS:1998:967)
- STS05/10/1998 (ECLI:ES:TS:1998:5608)
- STS23/02/2000 (ECLI:ES:TS:2000:1397)
- STS18/03/2002 (ECLI:ES:TS:2002:1935)
- STS13/10/2005 (ECLI:ES:TS:2005:6142)
- STS28/02/2006 (ECLI:ES:TS:2006:937)
- STS30/10/2006 (ECLI:ES:TS:2006:6561)
- STS29/04/2008 (ECLI:ES:TS:2008:1546)
- STS26/06/2009 (ECLI:ES:TS:2009:4146)
- STS05/05/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1126)
- STS27/01/2020 (ECLI:ES:TS:2020:164)
- STS12/02/2020 (ECLI:ES:TS:2020:336)
- STS28/05/2020 (ECLI:ES:TS:2020:1438)
- STS 03/03/2021 (ECLI:ES:TS:2021:973)
- STS 29/11/2021 (ECLI:ES:TS:2021:4376)
- STS 19/10/2022 (ECLI:ES:TS:2022:3751)
- STS 21/10/2022 (ECLI:ES:TS:2022:3946)
- RDGRN 13/06/2019 (BOE-A-2019-10150)
- RDGRN 27/06/2019 (BOE-A-2019-10879)

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO NÚÑEZ, M. (2015). Concurso, fianza y solidaridad. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 63, 45-80.
- ALONSO SÁNCHEZ, B. (1989). La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988). *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 979-1021.
- (1991). STS de 17 de diciembre de 1990. Afianzamiento de deudas futuras. Extensión de la fianza solidaria a obligaciones contraídas por el deudor fiado solidariamente con otras personas no afianzadas, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 25, 145-151.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada: Comares.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972). La garantía patrimonial y sus formas. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 232, 561-592.

- ARIJA SOUTULLO, C. (2002). Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo II* (coord. Antonio Cabanillas Sánchez), Madrid: Civitas, Madrid, 1397-1414.
- (2016). Transmisión hereditaria de la fianza. *Revista de Derecho Civil*, enero-marzo, 25-65.
- BONARDELL LENZANO, R. (1992). Contratos de afianzamiento general y de cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios. *Contratos bancarios* (dir. Rafael García Villaverde). Madrid: Civitas, 843-896.
- (1994). Contrato de afianzamiento general y de cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios. Inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta, *Derecho del mercado financiero II-2* (coord. Alberto Alonso Ureba y Julián Martínez-Simancas Sánchez). Madrid: Civitas, 305-342.
- (1999). Contrato de afianzamiento general y de cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios. Inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta, *Instituciones del mercado financiero IV* (coord. Julián Martínez-Simancas Sánchez). Madrid: La Ley, 1865-1900.
- BUSTO LAGO, J.M. (1999). 5 de octubre de 1998. Fianza general con renuncia del beneficio de excusión. Beneficio de excusión y fianza solidaria. Fianza solidaria y garantía personal atípica con cláusula a primer requerimiento. Muerte del deudor fiado y extinción de la fianza. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, 337-352.
- (2006). *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: configuración jurídica de las garantías «a primer requerimiento» y autónomas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, Á. (1991). *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*. Madrid: La Ley.
- (1992). 29 de abril de 1992. Fianza general por deudas futuras. no inclusión de las contraídas por el deudor después de la muerte del fiador. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, 331-345.
- (1993). La fianza general. en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo II*, Ed. Bosch, Barcelona, 1045-1084.
- (1998). Jurisprudencia en materia de fianza: 1994-1997. *Aranzadi Civil*, núm. 1, 55-70.
- (1999). ¿Se extingue la fianza por la fusión de la sociedad acreedora? (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo y 3 de julio de 1999). *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 3, 2201-2217.
- CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022). La fianza general. *Tratado de los Derechos de Garantía I*, Cizur Menor: Aranzadi, 207-223.
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1984). *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: Bosch.
- (1997). STS de 7 de mayo de 1997. Acción de relevación de fianza contra un cofiador: legitimación pasiva. Acciones de reembolso contra el deudor principal y de reintegro contra el cofiador: no proceden si no se ha satisfecho al acreedor. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 45, 1017-1028.

- CEPERO ARÁNGUEZ, M.Á.; ESTRADA NOVO, M. (2020). El juicio de abusividad de las cláusulas de fianza incorporadas en un contrato de préstamo hipotecario a la luz de la sentencia núm. 56/2020, de 27 de enero, de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, núm. 9637, 21 de mayo.
- COSSÍO MARTÍNEZ, M. DE (1993). La fianza de deudas futuras. Interpretación y perspectivas del artículo 1825 del Código Civil. *Derecho de los Negocios*, núm. 31, 1-12.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid: Civitas.
- ESPIGARES HUETE, J.C. (2008). La globalización de la garantía: límites y concreción de la buena fe. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 269, 901-948.
- (2015). Las pólizas de afianzamiento general: «pólizas escoba», entre la validez y la nulidad (Auto del Tribunal Supremo 11 de marzo de 2015 y SAP de Granada de 20 de diciembre de 2013). *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 25-31.
- (2021). Particularidades de la fianza general u ómnibus: «pólizas escoba». *Ánalisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil* (dir. Camacho de los Ríos, Espigares Huete y Velasco Fabra), Cizur Menor: Aranzadi, 97-142.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M. (2000). Fianza general por deudas futuras. Presupuestos de validez de las garantías fideiussorias globales. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 53, 727-744.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2012). *Causa y garantía fiduciaria*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018). Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, 142-175.
- (2023). El derecho de regreso del fiador *solvens*: régimen sustantivo y clasificación concursal, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo I.
- GIL RODRÍGUEZ, J.; KARRERA EGIALDE, M.M.; y MIGUEL HERNANDO, D. DE (2014). El contrato de fianza. *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias* (coord. Mariano Yzquierdo Tolsada), Cizur Menor: Aranzadi, 285-373.
- GÓMEZ BLANES, P. (2008). *El principio de accesoriedad de la fianza*, Cizur Menor: Aranzadi.
- GÓMEZ VALENZUELA, M.Á. (2021). Examen de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza: A propósito de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión. *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, 630-691.
- GROISMAN, C. (2014). Los límites de la autonomía privada en la constitución de garantías: análisis de la fianza general bancaria. *Anuario de Derecho civil uruguayo*, núm. 44, 785-790.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1988). STS 23 de marzo de 1988. Oferta de reconocimiento de deuda y de constitución de garantía. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 16, 251-262.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Artículo 1822 a 1856. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales XXIII* (dir. Manuel Albaladejo), Madrid: Edersa.

- (1995). Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort. *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal* (dir. Ángel Carrasco Perera), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 33-104.
- INFANTE RUIZ, F.J. (2001). Validez y límites de la fianza general: Comentario a la STS de 23 febrero 2000. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 201-212.
- (2004). *Las garantías personales y su causa*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2010). La fianza general. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 29-50.
- (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, 189-222.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981). La causa en los contratos de garantía. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 545, 709-755.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022). Cláusulas abusivas en el contrato de fianza. *Publicaciones Jurídicas. Centro de Estudios de Consumo*, 24 de octubre.
- MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 785, 1815-1857.
- REYES LÓPEZ, M.J. (1996). *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos: comentarios y jurisprudencia*, Valencia: Editorial General del Derecho, 1996.
- ROCA TRÍAS, E. (1996). Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía. *Tratado de garantías en la contratación mercantil I. Parte general y garantías personales* (coord. Miguel Muñoz Cervera y Ubaldo Nieto Carol), Madrid: Civitas, 127-164.
- VALENZUELA GARACH, F. (1996). El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil I* (coord. Miguel Muñoz Cervera, Ubaldo Nieto Carol), Madrid: Civitas, 421-465.

## NOTAS

<sup>1</sup> En el orden positivo, se aludía expresamente a la «garantía global» en el derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (y sus antecedentes): «Alternativamente a la prestación de una garantía singular para cada contrato, el empresario podrá constituir una *garantía global* para afianzar las *responsabilidades* (obligaciones) que *puedan derivarse* de la ejecución de todos los que celebre con una Administración pública, o con uno o varios órganos de contratación» (art. 98.1). Su enunciación se recoge también en el Marco Común de Referencia (DCFR) sobre principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: «Por “garantía global” se entiende una garantía personal dependiente que cubre un derecho al cumplimiento de todas las obligaciones del deudor frente al acreedor o un derecho de pago del saldo deudor de una cuenta corriente u otra garantía de similar alcance» [IV G 1:101(f)].

<sup>2</sup> Sobre la utilidad y ventajas económicas de la fianza general, CARRASCO PERERA (1993: 1055-1060): reduce costes al acreedor; es inmune al tráfico aparente; y no afecta a la *par conditio creditorum* en los concursos.

<sup>3</sup> Sobre la responsabilidad adquirida en la fianza y su alcance en las operaciones bancarias, ALVENTOSA DEL RÍO (1988: 278-291).

<sup>4</sup> STS de 5 de marzo de 1990: «Al tratar *De los afianzamientos mercantiles*, artículos 439 y siguientes, no se apartó, esta figura de garantía de la fianza del Derecho Común, no ya en cuanto a su mismo *nomen* sino en cuanto a su mismo objeto de *asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil* según su artículo 439».

<sup>5</sup> Observa DÍEZ-PICAZO (2008: 484) que «la regulación de la fianza en el Código Civil opera, en cierta medida, como una suerte de Derecho común de las garantías personales, que no impide, naturalmente, otros tipos u otras construcciones, pero que dota a estas últimas, cuando aparezcan, de una cierta excepcionalidad».

<sup>6</sup> La fianza prestada en garantía del «saldo de cuenta corriente bancaria» ha sido tradicionalmente practicada y aceptada; constituye una operación garantizada mediante el otorgamiento de una fianza general.

<sup>7</sup> La «obligación» de cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo este, que nace y es exigible cuando existe y sea líquida la obligación principal (arts. 1822 y 1825 *in fine* CC).

<sup>8</sup> El título contractual válido y perfecto desde que concurre el consentimiento de los contratantes sobre el objeto y la causa del contrato (arts. 1254 y 1262.1 CC). CARRASCO PERERA (1993: 1063) reafirma y recalca que «la fianza general no solo sería un contrato con objeto determinado sino, mucho más, un contrato absolutamente determinado. «Todas las deudas» o cualquier otra expresión equivalente, no deja lugar a dudas sobre lo que constituye el objeto de la obligación fideusoria... El contrato tiene un objeto perfectamente determinado en la medida en que no resulta preciso nuevo convenio».

<sup>9</sup> Sobre la naturaleza y caracteres de la «fianza», por todas STS de 27 de enero de 2020: «Aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, en todo caso se trata, en el sentido empleado en el citado artículo, de una institución de garantía de naturaleza personal. Esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple, como ha destacado la doctrina, mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto, aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores

(el obligado principal y el fiador). De esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), que si bien no provoca que dichos vínculos obligacionales nazcan y subsistan sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriad de esta respecto de aquella».

<sup>10</sup> La propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil establece en general para la fianza en garantía de obligaciones futuras el siguiente elemento: «En este caso, debe determinarse el límite máximo de la responsabilidad asumida por el fiador» (art. 5171-5.1). Y particularmente para la fianza general los siguientes elementos: «Se entiende por fianza general la obligación que asume el fiador para garantizar globalmente el cumplimiento de todas las deudas que sucesivamente puede contraer el deudor en el seno de una relación obligatoria concreta con el mismo acreedor, hasta el límite máximo de responsabilidad que se establezca y durante un periodo de tiempo determinado» (art. 5171-5.2; salvo que se conceda la siguiente facultad al fiador: «No obstante, si en el contrato de fianza general se reconoce al fiador el derecho a desistir del mismo en cualquier momento y sin necesidad de alegar causa alguna, puede constituirse la garantía global por tiempo indefinido y prescindirse de la exigencia de determinación del importe máximo de la responsabilidad del fiador. En tal caso, el fiador debe ejercer su derecho de desistimiento tempestivamente y de buena fe, evitando causar prejuicio al acreedor» (art. 5171-5.3.).

<sup>11</sup> Según AMORÓS GUARDIOLA (1972: 565-567), precisamente reforzar la situación del acreedor y darle mayor seguridad de cobro es el criterio de distinción conceptual entre responsabilidad patrimonial y garantía en sentido estricto.

<sup>12</sup> Sobre el derecho de regreso del fiador *solvens*, *vid.* GALICIA AIZPURUA (2023).

<sup>13</sup> La responsabilidad patrimonial universal no es una garantía en sentido propio, sino «algo inherente al crédito mismo, al que nada añade» (DÍEZ-PICAZO: 2008, 395-396); constituye una «forma legal de tutela derivada de la estructura misma de la obligación» (ROCA TRIÁS: 1996, 140).

<sup>14</sup> Cfr. artículo 1111 del Código Civil.

<sup>15</sup> Un listado de conductas contrarias a la buena fe es el elaborado por CARRASCO PERERA (1993: 1079-1083), reseñado posteriormente por INFANTE RUIZ (2010) y ESPIGARES HUETE (2021: 136-138).

<sup>16</sup> Señala DÍEZ-PICAZO (2008: 491) que «la mayor parte de la doctrina se inclina por admitir la validez (de la fianza general), si bien introduciendo limitaciones en los efectos, que pueden derivarse del principio general de buena fe. Entre ellas, destaca la idea de que las operaciones económicas aseguradas deben poderse situar entre las que presentan unas características profesionales dentro de las actividades del acreedor garantizado y por consiguiente se desarrollarán dentro de criterios de normalidad. Como ha señalado MASTROPAOLO, la buena fe juega un papel importante no solo en el proceso de determinación del objeto, de acuerdo con los criterios antes señalados, sino también en el desarrollo de la relación. Así, cuando se modifiquen de forma sustancial las condiciones patrimoniales del deudor principal, el acreedor que goza de la garantía debe comunicarlo al garante y debe obtener autorizaciones especiales para llevar a cabo nuevas operaciones, y si no lo realiza, el garante queda liberado. Se apunta, igualmente, la idea de que, aun no tratándose de contratos con obligaciones recíprocas, pueda aplicársele la idea de excesiva onerosidad».

<sup>17</sup> La noción de «orden público económico» se despliega por el legislador desde la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, y queda impregnado por el «orden económico constitucional».

<sup>18</sup> Elementos de reflexión en torno a los tres requisitos de perfección del contrato del artículo 1261 del Código Civil para valorar su necesidad o superfluidad, *vid.* GALICIA AIZPURUA (2018).

Este trabajo persigue aportar algunos elementos de reflexión en torno a ellos y su necesidad o superfluidad.

<sup>19</sup> Sobre los efectos de la fianza entre fiador y acreedor, GIL RODRÍGUEZ, KARRERA EGIALDE y MIGUEL HERNANDO (2014), y MILLÁN SALAS (2021).

<sup>20</sup> Sobre la presencia del principio de accesoriad en la configuración y dinámica de la fianza ver GÓMEZ-BLANES (2008).

<sup>21</sup> CARRASCO PERERA (2015: 214).

<sup>22</sup> GUILARTE ZAPATERO (1990).

<sup>23</sup> ARIJA SOUTULLO (2002: 1401).

<sup>24</sup> Conforme con sus antecedentes: Digesto 46.1.6.2; Partidas V.XII.VI; y artículo 1736 Proyecto CC-1851. En el Derecho comparado posterior: artículo 1938 del Código Civil italiano de 1942, y artículo 628.2 del Código Civil portugués de 1966.

<sup>25</sup> CASANOVAS MUSSONS (1984: 38).

<sup>26</sup> La determinación de la obligación del fiador es consensuada con la voluntad del acreedor, de modo que, recalca CARRASCO PERERA (1999: 1067), «la conducta acordada de acreedor y deudor principal para dar origen a un crédito a favor de aquel... permanece ajena al contrato de fianza y no es una determinación *potestativa* de la obligación del fiador; esta última nace automáticamente en virtud de la remisión implícita en la regla de accesoriad. En sentido técnico, la obligación fideusoria *no ha sido determinada* por la conducta del acreedor y deudor principales».

<sup>27</sup> Para DÍEZ-PICAZO (2008: 490) la fianza general es una modalidad subtipo de la fianza por deudas futuras que presenta «características peculiares».

<sup>28</sup> En este sentido CARRASCO PERERA (1993: 1062-1065): «La fianza general no solo sería un contrato con objeto determinado, sino, mucho más, un contrato absolutamente determinado... Todas las deudas, o cualquier otra expresión equivalente, no deja lugar a dudas sobre lo que constituye el objeto de la obligación fideusoria... El objeto tiene ya un objeto perfectamente determinado en la medida en que no resulta preciso nuevo convenio; que no se pueda saber hasta el momento final de cuánta cantidad responderá el fiador es una consecuencia normal del requisito institucional de la accesoriad... El requisito de la determinabilidad del objeto del contrato no puede utilizarse como mecanismo de control del poder de endeudamiento del obligado principal».

<sup>29</sup> La existencia de esta relación provoca que, en su caso, se incluyan las deudas «cuasicontractuales» siempre que haya un vínculo bastante con dicha relación, y se excluyan las responsabilidades «extracontractuales» y los derechos de crédito adquiridos por «cesión» (deudas de terceros contra el deudor).

<sup>30</sup> La idea de mera «vinculación» (no obligación) del fiador la acoge CARRASCO PERERA (1999: 1070) de BADOSA. De ahí la terminología jurisprudencial referida a las «garantías fideusorias globales» como envolvente de las obligaciones fideusorias presentes o futuras nacidas mediante el vínculo de accesoriad cuando se contraigan en su caso las obligaciones principales y mientras puedan surgir (STS 26/02/2000).

<sup>31</sup> En palabras de COSSIÓ MARTÍNEZ (1993: 2), el «marco en la que se fijan unos índices determinativos del nacimiento de esas deudas futuras».

<sup>32</sup> Reseña DÍEZ-PICAZO (2008: 491) que «algunos sectores doctrinales han defendido la invalidez de la fianza *omnibus*, con el argumento de que la completa indeterminación de su objeto hace que el garante no se encuentre en condiciones de valorar y, por consiguiente, de consentir, ni siquiera *per relationem*, el contenido de la garantía prestada. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina se inclina por admitir la validez, si bien introduciendo limitaciones en los efectos, que pueden derivarse del principio general de buena fe». Entre esta doctrina se encuentran entre otros GUILARTE ZAPATERO, DELGADO ECHEVERRÍA, ALONSO SÁNCHEZ y CARRASCO PERERA.

<sup>33</sup> Esta idea aparece expuesta ya por POTHIER: «400. En fin un peut se rendre caution, non-seulement d'une obligation déjà contractée, mais d'une obligation qui *doit se contracter*, quoiqu'elle ne le soit pas encore... de manière, néanmoins, que l'obligation résultante de ce cautionnement ne commencera à naître que du jour que se contractera l'obligation principale; car il est de son essence qu'elle ne puisse subsister sans une obligation principale. Suivant ces principes, je veux bien dès aujourd'hui me rendre caution entre vous pour une somme de mille écus que vous nous proposez de prêter à Pierre; mais l'obligation, résultante de ce cautionnement, ne commencera à avoir d'effet que du jour que vous aurez effectivement fait ce prêt à Pierre: tant que vous ne l'aurez pas encore fait, et que la chose sera entière, je pourrai changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne fassiez pas le prêt à Pierre, et que je n'entends plus être caution pour lui» (*Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français. Dissertation sur Pothier. Traité des obligations. Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. Dupin... augmentée d'une dissertation sur la vie et les ouvrages de ce célèbre jurisconsulte par le même...* Tome Ier [-XIme], Paris, 1824-1825).

<sup>34</sup> Principios idénticos en el régimen del contrato de compraventa (arts. 1447 a 1449 CC).

<sup>35</sup> Sobre la interpretación del contrato de fianza (implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso), INFANTE RUIZ (2020).

<sup>36</sup> Estas manifestaciones (fórmulas de estilo) pueden localizarse en las múltiples sentencias sobre la fianza general; algunas recopiladas por CARRASCO PERERA (1993: 1046) e INFANTE RUIZ (2001, 205-206; y 2004, 197-201).

<sup>37</sup> ESPIGARES HUETE (2021: 119) manifiesta su opinión favorable a la «necesidad» de imponer este límite máximo «como regla general».

<sup>38</sup> En ese sentido, es significativa la actuación del legislador italiano que, al establecer tal requisito de máximo de responsabilidad para la validez de la fianza general, mantiene la irretroactividad de la nueva norma, lo que significa reconocer la validez de las fianzas generales anteriores en que no se había establecido límite cuantitativo al importe afianzado.

<sup>39</sup> *Vid.* los casos mencionados por INFANTE RUIZ (2010: pp. 42-43).

<sup>40</sup> Es un negocio causal según lo remarcán LACRUZ BERDEJO (1981: 709), GUI-LARTE ZAPATERO (1990: 70) o CARRASCO PERERA (1991: 184).

<sup>41</sup> Sobre la causa de las garantías personales, INFANTE RUIZ (2004).

<sup>42</sup> Tesis acogida por la jurisprudencia a partir de la conocida sentencia de 27 de junio de 1941, precedida por la de 14 de enero de 1935, que se reitera en las sentencias de 13 de mayo de 1971, 11 de abril de 1972, 16 de junio de 1978, 6 de octubre de 1980, 19 de octubre de 1982, 14 de mayo de 1984, 12 de junio de 1985, 13 de mayo de 1987 o 18 de noviembre de 1988. En la doctrina coetánea, LACRUZ BERDEJO (1981: 737-742) y CASANOVAS MUSSONS (1984: 87 y 104).

<sup>43</sup> En expresión de la STS de 5 de abril de 2019.

<sup>44</sup> Sobre la causa y la abstracción de la obligación del fiador, CASANOVAS MUSSONS (1984: 57-104); también COSSIÓ MARTINEZ (1993: 2).

<sup>45</sup> Por los motivos que sean, el fiador (*in rem suam*) tiene interés económico en las obligaciones ajenas, normalmente para hacerlas posibles, de manera que, obligándose ante el acreedor a favor del deudor principal, hace su propio negocio (CASANOVAS MUSSONS: 1997, 1025). Concretamente, CARRASCO PERERA (1999: 2210) reseña que «la fianza no es un acto de liberalidad en favor del acreedor, ni la causa subjetiva de la oferta de fianza es, precisamente, mejorar la condición del acreedor, sino, por el contrario, la del deudor, que de esta forma recibe crédito, o lo recibe en mejores condiciones».

<sup>46</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ (2002: 132-133).

<sup>47</sup> Así lo recalcan CARRASCO PERERA (1993: 1071) e INFANTE RUIZ (2004: 617).

<sup>48</sup> CARRASCO PERERA (1993: 1080-1083) recoge un elenco de supuestos en que la regla de buena fe puede entrar en juego: si el acreedor adquiere por cesión los créditos de terceros contra el deudor; si se pretende que el fiador responda como subfiador; si se proyecta incluir en la cobertura fideiusoria una obligación no cubierta por el criterio determinador del objeto del contrato, entre otras.

<sup>49</sup> ARIJA SOUTULLO (2002: 1413). ESPIGARES HUETE (2021: 128-129) da cuenta de la opinión contraria del autor italiano VALCAVI quien argumenta que «no puede pensarse que sea una exigencia del principio de buena fe contractual obligar al acreedor, contra su propio interés, a no conceder crédito: se evidencia, pues, que este principio no cumple la función de protección del fiador que le atribuye la doctrina, quedando este a merced del acreedor por él garantizado. Pero es que se produce una distorsión aún mayor: la generalización de un deber de este tipo aparece extremadamente peligrosa. Imponer a los acreedores una obligación de salvaguardia de los intereses del fiador, en los términos referidos anteriormente, produce como resultado, bajo el pretexto de determinar si se ha respetado o no en el caso concreto tal obligación, encomendar la gestión de la concesión de crédito al juez; y esto no puede conducir sino a una explosión de contenciosos y a eludir el interés público al desarrollo económico. Concluye, por estas razones, que el recurso al principio de buena fe resulta una solución no correcta e ingenua». Sin embargo, el mismo autor italiano «no excluye por completo la influencia del principio de buena fe en el desarrollo de la relación de garantía en tanto que el garante, en el ámbito de un riesgo limitado, no responderá en los casos de mala fe del acreedor. Sólo dentro de estos límites estaría justificada la intervención del juez, dirigida a valorar ahora la concreta concesión de crédito en daño del fiador». En definitiva, siempre será procedente un análisis de la mala fe (y de la buena fe) del acreedor en la ejecución del contrato con el deudor principal.

<sup>50</sup> En el caso de la STS de 18 de marzo de 2002 debió de haberse aplicado este principio para declarar extinguido el contrato de fianza general vinculado a una relación jurídica principal que, tras constituirse, no genera ninguna obligación fideiusoria hasta 13 años después (según lo aceptó la resolución judicial) y no correspondía a las relaciones normales del tráfico económico entre las partes del vínculo principal.

<sup>51</sup> DÍEZ-PICAZO (2008: 366-368).

<sup>52</sup> Tiene su fundamento en «el principio general... de que no puede existir un contrato que obligue indefinidamente a una persona (art. 1705 CC) ... El fiador no puede ser obligado a una sociedad de pérdidas con carácter perpetuo» (CARRASCO PERERA: 1993, 1075).

<sup>53</sup> En este sentido CARRASCO PERERA (1993), ARIJA SOUTULLO (2002) y ESPIGARES HUETE (2021).

<sup>54</sup> Por ello CARRASCO PERERA entiende que, en la fianza general, la ruptura de la relación matrimonial es suficiente motivo para entender extinguida la fianza prestada por un cónyuge mediante la aplicación del artículo 102.2 del Código Civil acomodada al supuesto.

<sup>55</sup> CARRASCO PERERA (1999, 2211; 2022, 211).

<sup>56</sup> La norma que concede el derecho de desistimiento, con previo aviso y sin necesidad de alegar justa causa, al socio de la sociedad civil para la que no se haya señalado un término temporal.

<sup>57</sup> CARRASCO PERERA (1999: 2214-2215).

<sup>58</sup> Porque la función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple, como señala la STS de 3 de marzo de 2021, mediante la «constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto, aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador)». En la jurisprudencia oficial así lo recogen también las RRDGRN de 13 y 27 de junio de 2019: «El ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores no se

limita a las personas deudoras principales del crédito, verdaderos beneficiarios del mismo, ni atiende solamente al destino o finalidad por la que el mismo se concede, sino que su aplicabilidad se extiende a aquellos supuestos en que interviene un fiador, avalista o garante en general que, siendo consumidor, procede a garantizar un préstamo o crédito concedido a un no consumidor, porque para la determinación del carácter de consumidor del garante se debe atender a las partes que intervienen en el contrato de garantía o de fianza y no en el contrato principal. Es decir, constatada la existencia de dos relaciones jurídicas distintas, una principal y otra accesoria, las mismas deben ser contempladas de manera autónoma, sin que la accesoria (garantía) *per se* asuma la naturaleza que tuviere la principal (préstamo).

<sup>59</sup> Distinción contractual recientemente reiterada en las SSTS de 19 y 21 de octubre de 2022, comentadas por MARÍN LÓPEZ (2022): «Esta cláusula no puede ser declarada nula por abusivo o no transparente (salvo que constituya una garantía desproporcionada), sin perjuicio de que puedan serlo determinadas cláusulas del contrato de fianza y de que el contrato, como tal, se pudiera impugnar unitariamente por vicio del consentimiento».

<sup>60</sup> AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016. La participación significativa requiere la capacidad de influir de manera relevante en las decisiones del órgano societario, o la presencia de un interés profesional o empresarial directo con la operación que garantiza. Sobre la vinculación funcional que excluye la condición legal de consumidor se pronuncia nítidamente la STS de 28 de mayo de 2020.

<sup>61</sup> En consonancia con el artículo 1258 del Código Civil, el artículo 80.1 TRLCDCU dispone: «*En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese difícil la lectura. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

<sup>62</sup> Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE-A-2012-9058): «Norma sexta. Informaciones exigibles. 1. Las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la *información precontractual* que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y pueda adoptar una *decisión informada* sobre un servicio bancario. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y habrá de entregarse, en papel o en cualquier otro soporte duradero, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación en virtud de dicho contrato u oferta. Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez... 2. En particular, para los productos y servicios bancarios que se enumeran en este apartado, se deberá facilitar la información que se indica en cada uno de los subapartados siguientes: ... 2.7 Avales, fianzas y garantías prestados por la entidad. Se indicará, al menos: (a) La *delimitación clara y detallada de la obligación cuyo cumplimiento se comprometa a garantizar la entidad*, así como la identificación del afianzado o titular de esa obligación y del beneficiario de la garantía otorgada. (b) El *contenido y extensión de la garantía* otorgada por la entidad, explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos necesarios para poder instar la ejecución de la misma. En particular, se informará expresamente sobre si se recono-

cen o no a la entidad garante los beneficios de división, exclusión, orden o, en su caso, plazo, y se explicarán de forma comprensible las consecuencias derivadas de cada una de esas circunstancias. También se informará, en su caso, sobre la exigencia y las formas de acreditar el incumplimiento del afianzado cuando ello constituya un requisito para la ejecución de la garantía. (c) La duración de la garantía. Cuando se prevea una duración determinada, deberá indicarse expresamente si el plazo de duración se configura como plazo de vigencia de la garantía, de forma que, nacidas las obligaciones garantizadas durante ese plazo, la reclamación correspondiente a su cumplimiento por la entidad garante podría llevarse a cabo una vez finalizado el mismo, durante el plazo general de prescripción que establezca la normativa aplicable, o si se configura como plazo de exigibilidad o caducidad de la garantía, de manera que, automáticamente, al transcurrir el mismo, quedarían extinguidos los efectos de esta. (d) Todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de la garantía, con indicación de los supuestos, de las condiciones y, en su caso, de la periodicidad con que unas y otros serán aplicables. En particular, cuando se permita que el cliente pueda cancelar anticipadamente la garantía, se informará, si procede, de los costes que dicha cancelación suponga, sin perjuicio del derecho del cliente a que se le retroceda la parte no devengada de la comisión que, en su caso, se le hubiera cobrado por anticipado. (e) Las causas de extinción de la garantía. En las garantías de duración indefinida, o de duración determinada, pero sin plazo de exigibilidad o caducidad, la entidad deberá indicar expresamente si, para la cancelación de la garantía y la subsiguiente cesación del devengo de la comisión por riesgo, es requisito obligatorio la devolución del original del documento de garantía. (f) Los requisitos necesarios para cancelar la garantía en caso de haberse extraviado o destruido el original del documento en que aquella se hubiese constituido».

<sup>63</sup> Como es sabido, en desarrollo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE-L-1993-80526). Texto dispuesto por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (DA 1<sup>a</sup> seis: BOE-A-1998-8789).

<sup>64</sup> Se entiende que «esta previsión es aplicable, no solo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre profesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual». Comentario de sentencia de CEPERO y ESTRADA (2020).

<sup>65</sup> Así razonada: «Dependencia que se traduce en el hecho de que el riesgo asumido por el fiador queda definido comúnmente por la prestación que integra la obligación del deudor principal, en el hecho de la contextualidad o coetaneidad de ambos contratos (préstamo y fianza), en su formalización conjunta en un mismo documento, y en el hecho de que el común acreedor del deudor principal y del fiador es el que como oferente profesional impone y predispone la redacción de los términos del afianzamiento, según resulta notoriamente de la observación del tráfico jurídico y de las máximas de experiencia. Esta estrecha vinculación entre préstamo y fianza, en la tipología negocial ahora considerada, ha sido igualmente destacada por la sentencia TJCE de 17 de marzo de 1998 (*Dietzinger*), al afirmar: «Teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre el contrato de crédito y la fianza en garantía de su ejecución, así como el hecho de que la persona que se compromete a garantizar el reembolso de una deuda puede tener la condición de codeudor solidario o de fiador, no puede negarse que la fianza está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva». Existe una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal, por razón de la finalidad de garantía de aquella, que, si bien no determina que dichos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, no obstante, si determina su participación no integración en

una relación negocial compleja y unitaria por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria. Lo que permite analizar esta última, desde la perspectiva de su eventual falta de transparencia o abusividad, en su totalidad, cuando pueda estar incursa en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas».

<sup>66</sup> Vid., por todos, los trabajos de CARRASCO PERERA.

<sup>67</sup> Reiterada en la SSTS de 20 de febrero de 1987, 17 de diciembre de 1990 y 29 de abril de 1992. Reseña de esta evolución en COSSIÓ MARTÍNEZ (1993: 5-6).

<sup>68</sup> STS de 17 de diciembre de 1990, comentada por ALONSO SÁNCHEZ (1991).

<sup>69</sup> Comentada por FERNÁNDEZ ARROYO (2000) e INFANTE RUIZ (2001).

<sup>70</sup> Reiterada por la STS de 26 de junio de 2009.

<sup>71</sup> Tras analizar distintos pronunciamientos judiciales y doctrinales sobre la cuestión, ESPIGARES HUETE (2021: 119) opina que es necesario imponer un límite máximo a la responsabilidad del fiador al celebrar el contrato): «Siendo este el panorama, para nosotros la determinación del límite máximo de responsabilidad del fiador deberá concurrir en todo caso como regla general; es decir, que no puede faltar en principio en la fianza general. Su fijación podrá ser expresa o excepcionalmente tácita (por ejemplo, habiéndose fijado en la relación garantizada el límite máximo por el que pudiese llegar a responder el deudor principal) y, de no concurrir determinación alguna, se entenderá reconocido a favor del fiador el derecho a instar la nulidad del afianzamiento (sea por vía de acción o de excepción). A salvo de una opinión mejor fundada, creemos que el Tribunal Supremo debe supeditar en todo caso la validez de la figura a la fijación de un límite máximo en la obligación garantizada, esto es, debe imponer un límite máximo a la responsabilidad del fiador. Si falta este límite la consecuencia será, por indeterminación del objeto, la nulidad del afianzamiento. Y esto, aunque sea oportuno reconocer al juez un margen de discrecionalidad razonable a la hora de apreciar las circunstancias del caso concreto, en orden a determinar la concurrencia o no de este límite y, por tanto, la invalidez o no del afianzamiento. En este sentido, una previsión absolutamente arbitraria, artificiosa o simplemente aparente del importe máximo garantizado debe interpretarse como una fianza que no prevé tal límite máximo, pudiendo ser así declarada inválida. No es suficiente, pues, para cumplir la exigencia de fijación del importe máximo garantizado incluir en el texto del contrato cualquier límite del importe».

<sup>72</sup> Comentada por ARIJA SOUTULLO (2002), quien nos alerta de una circunstancia fundamental que la sentencia no tiene en cuenta: se trata de una obligación (afianzada) que surge 13 años después de celebrarse el contrato de afianzamiento y, aun así, se prescinde de la aplicación del principio de buena fe en el desarrollo de todo contrato.

<sup>73</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ (1988).

<sup>74</sup> Comentada por CARRASCO PERERA (1992; 2022, 209).

<sup>75</sup> Comentada por BUSTO LAGO (1998).

<sup>76</sup> COSSIÓ MARTÍNEZ (1993: 6), CARRASCO PERERA (1999: 2306) y ARIJA SOUTULLO (2016, 54).

<sup>77</sup> «(a) El importe de la totalidad de las cantidades garantizadas por todos los conceptos mediante la hipoteca (capital, intereses y costas); (b) La tasación de los inmuebles hipotecados; (c) Las cantidades no cubiertas por dicha cifra de responsabilidad por la hipoteca (vid. v.gr. las limitaciones que respecto de los intereses de demora impone el art. 114 LH); (d) Las limitaciones que impone la legislación del mercado hipotecario en cuanto a la proporción máxima entre la tasación de los inmuebles hipotecados y el capital prestado; (e) La solvencia personal de los deudores (arts. 1911 CC y 105 LH); (f) La correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor (vid. art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE), que permite tener en cuenta no solo todas las cláusulas del contrato sino también las de «otro contrato del que dependa», incluyendo las relativas al precio, pues como señala uno de los considerandos de la Directiva, si bien «la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto

principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación», sin embargo «en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio»); (g) Su ajuste o no a su normativa específica (disposición adicional 1.18<sup>a</sup> LGDCU: «[...] Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica»); (h) El riesgo de depreciación del inmueble hipotecado (por razón de daños materiales, limitaciones urbanísticas u otras), etc.».

<sup>78</sup> Siguiendo a su precedente inmediato, la STS de 27 de enero de 2020.

<sup>79</sup> AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016.

<sup>80</sup> A modo de ejemplo se citan: el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal (art. 1826 CC); el que permita al acreedor exigir otro fiador aun cuando el inicial no viniere al estado de insolvencia (art. 1829 CC); el que exonere al acreedor negligente en la exclusión de los bienes señalados cuando no concurra ninguna de las causas de exclusión de la exclusión (arts. 1831 y 1833 CC); el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (art. 1852 CC); el que le impida oponer al acreedor las excepciones propias del deudor principal y que sean inherentes a la deuda (art. 1853 CC); o el pacto de solidaridad en la fianza. Igualmente podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato principal que puedan afectar a la liquidación de la deuda reclamable frente a aquel, y que aun siendo válidas respecto del deudor principal que no sea consumidor, deban ser calificadas como abusivas o no transparentes respecto del fiador consumidor (caso de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios). En cambio, resulta coherente con la configuración de la fianza general que el fiador renuncie voluntariamente a la subrogación mientras perviva el contrato de fianza y se paguen al acreedor todos los créditos que resulten garantizados precisamente porque a este le interesa no concurrir con el fiador contra el deudor principal.

*(Trabajo recibido el 25 de enero de 2023 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023)*