

**5^a
EDICIÓN**

Revisada
y ampliada

Tratado de los Derechos de Garantía

Tomo I

- Sustantivo
- Procesal
- Concursal
- Preconcursal

Ángel Carrasco Perera
Encarna Cordero Lobato
Manuel J. Marín López

Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí



||| ARANZADI

© Ángel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato y Manuel Jesús Marín López, 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Quinta edición: febrero 2026

Depósito Legal: M-2115-2026

ISBN versión impresa (Obra Completa): 978-84-1085-557-1

ISBN versión impresa: 978-84-1085-559-5

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-558-8

La portada es creación de Rosana Sancho.

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



ÍNDICE DEL TOMO I

ABREVIATURAS	69
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	75
PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN	83

PARTE PRIMERA GARANTÍAS PERSONALES

CAPÍTULO 1

LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA FIANZA

I. La definición básica de la fianza en el CC	87
1. Obligación de refuerzo	87
2. Compromisos de garantía interna	90
3. Obligación de refuerzo subsidiaria o solidaria	91
4. Subsidiariedad y beneficio de excusión	92
5. Subsidiariedad, solidaridad y contingencia concursal del crédito contra el fiador	92
6. La fianza como garantía	93
7. La fianza como intercesión	94
8. <i>Causa intercedendi</i> y <i>causa solvendi</i>	95
9. Contrato de fianza y fianza debida	96
10. Deudor principal y deudor de refuerzo	97
11. La fianza como fuente de obligaciones	97
12. La fianza es accesorio	99
13. La prestación fideusoria y el interés de cumplimiento del acreedor	99
14. Terminología	100
15. La fianza como equivalente a garantía en general	101



II. Los distintos bloques normativos	101
1. Modos de constitución de la fianza	102
2. Las relaciones fiador-acreedor	102
3. Las relaciones acreedor-deudor	102
4. Las relaciones deudor-fiador	103
5. Las relaciones entre cofiadores	103
6. La subfianza	104
III. Fianza civil y fianza mercantil	104
1. La mercantilidad de la fianza	104
2. Forma del afianzamiento mercantil	105
3. La causa onerosa o gratuita	106
4. El afianzamiento por operaciones mercantiles duraderas	106
5. ¿Presunción de solidaridad de la fianza mercantil?	107
IV. Las formas de manifestación social de la fianza	109
1. La fianza prestada por entidades de créditos o de seguros	109
2. La fianza prestada por un familiar	110
3. Las fianzas en sociedades cerradas	112
4. Consecuencias en orden a la interpretación y aplicación de las normas	113
V. La obligación fideusoria legal	114
1. La obligación fideusoria directamente fundada en la ley	114
2. La fianza recíproca en la solidaridad de deudores	115
3. Los efectos del endoso de una letra de cambio	116
4. La comisión de garantía	117
5. Levantamiento del velo societario	118
6. La responsabilidad de los administradores sociales <i>ex art. 367 LSC</i> .	118
7. La acción directa contra el comitente de obra	120
8. La responsabilidad del financiador en los préstamos vinculados .	121
9. La responsabilidad del socio colectivo	121
10. La unipersonalidad sobrevenida	122
VI. Fianza y solidaridad de deudores	122
1. El sentido de la remisión del art. 1822.II CC	122



2.	Solidaridad y fianza en la jurisprudencia	123
3.	La función de la solidaridad	124
4.	Régimen aplicable	125
5.	Simulación relativa entre fianza y solidaridad	126
6.	Fianza solidaria y fianza sin beneficio de excusión	127
VII.	Derecho internacional privado	128
1.	Ley aplicable	128
2.	Competencia judicial internacional	131
3.	La STS 1117/2025, 15 julio	132

CAPÍTULO 2

LA CONSTITUCIÓN DE LA FIANZA

I.	Fianza convencional, legal y judicial	133
1.	La fianza convencional en el CC	133
2.	La fianza legal o judicial	134
3.	Contenido de la obligación de «dar fiador»	134
4.	Relaciones causales de la <i>Sicherungsabrede</i>	135
5.	Insolvencia sobrevenida del fiador	136
6.	La prestación de garantías suplementarias	137
7.	Fianza convencional y contrato de fianza	137
8.	La fianza convencional, legal y judicial y la aceptación de la fianza por el acreedor	139
II.	La estipulación de fianza en favor de tercero	139
1.	Inadmisibilidad de la figura	139
2.	Relevancia en tema de oponibilidad de excepciones	141
3.	La asunción interna de deuda	141
4.	Asunción interna de deuda entre coobligados	142
III.	Oferta y aceptación en el contrato de fianza	143
1.	Naturaleza contractual y consensual	143
2.	Afianzamiento como cláusula y fianza como negocio jurídico ...	144
3.	La oferta de fianza	145



4.	La aceptación del acreedor	146
5.	Precontrato de fianza	147
6.	¿Se puede constituir una fianza por declaración individual?	147
IV.	Vicios del consentimiento contractual	148
1.	Vicios del consentimiento en el acreedor	148
2.	Error del fiador	148
3.	Dolo del acreedor	150
4.	Dolo del deudor	151
5.	Intimidación por parte del acreedor	151
6.	Vicios de la voluntad del fiador y del deudor	152
V.	La capacidad y la legitimación para otorgar fianza	152
1.	Representación voluntaria	152
2.	Autocontratación	153
3.	Fianza otorgada por menor emancipado	154
4.	Fianza otorgada por representantes legales	154
5.	Fianza otorgada por persona casada	155
6.	En particular: el cónyuge administrador social	157
7.	Fianza prestada por familiares del deudor	158
8.	Garantías prestadas por compañías de seguros	159
9.	Fianza otorgada por administradores sociales	160
10.	Fianza prestada por los socios	161
11.	Fianza prestada en favor de los socios	163
12.	Sociedades unipersonales	163
13.	Fianzas prestadas por fundaciones de interés público	164
VI.	La interpretación del contrato	164
1.	El principio de interpretación restrictiva en la jurisprudencia ...	164
2.	El carácter expreso de la fianza	164
3.	La no presunción de la fianza	165
4.	Reglas de interpretación	166
5.	Aplicaciones de las reglas generales	167
6.	La suscripción de un contrato ajeno	171
7.	Cartas de patrocinio. Remisión	172



8.	El mandato de dar crédito a un tercero	172
9.	Las relaciones entre mandante y mandatario de crédito	174
10.	La promesa de cumplimiento de un tercero	174
11.	Fianza subsidiaria y fianza solidaria. Reglas interpretativas	175
VII.	La asunción cumulativa de deuda ajena	176
1.	El supuesto de hecho	176
2.	Régimen jurídico indiscutido de la asunción cumulativa	177
3.	La posición tradicional en doctrina y jurisprudencia	178
4.	Crítica: la asunción cumulativa como fianza	179
5.	Régimen de excepciones oponibles	179
6.	Asunción, cofianza y regreso	181
VIII.	La fianza prestada bajo condiciones generales de la contratación	181
1.	La predisposición contractual	181
2.	Las cláusulas sospechosas	182
IX.	La causa de la fianza	183
1.	La llamada abstracción de la fianza	183
2.	La finalidad típica del negocio	183
3.	Fianza onerosa y gratuita	184
4.	La fianza retribuida por el acreedor o causalizada al crédito	185
5.	Otras formas de onerosidad: Los EPAs	185
6.	Rescisión concursal de la fianza prestada por concursado	186
7.	Inoponibilidad de la relación de cobertura	186
8.	Error y dolo sobre la situación financiera del deudor	187
9.	La concurrencia de otras garantías como presuposición del fiador	188
10.	La desaparición sobrevinida de la base del negocio	189

CAPÍTULO 3

LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA FIANZA

I.	La extensión de la fianza simple	193
1.	El art. 1827.II	193
2.	La determinación inicial de la cuantía	193



3.	Iliquidez de la deuda	194
4.	Los «accesorios» de la obligación principal	194
5.	Fianza de una opción de compra	195
6.	Intereses moratorios	196
7.	Los intereses de la deuda en caso de concurso	196
8.	Daños <i>extracontractuales</i> con ocasión del contrato	197
9.	En especial, fianza simple de obligación arrendaticia	198
10.	Alcance temporal de la responsabilidad del fiador	198
11.	Fianza de un codeudor solidario	199
12.	En especial, los gastos judiciales	199
13.	El vencimiento anticipado de la deuda principal	201
II.	La fianza limitada	202
1.	Modalidades de fianzas limitadas	202
2.	La limitación de la cuantía	203
3.	Fianza limitada en el tiempo	204
III.	Las obligaciones afianzables	205
1.	La amplitud del modelo legal	205
2.	Obligaciones de dar, hacer o no hacer	205
3.	Obligaciones <i>extracontractuales</i> presentes o futuras	206
4.	Obligaciones principales y consecuenciales	207
5.	Obligaciones condicionales o a término	207
6.	Obligaciones naturales	208
7.	Excurso. la fianza de un porcentaje del precio de compra	208
IV.	La fianza de obligación ineficaz	210
1.	La exigencia de una obligación principal válida	210
2.	La fianza de una obligación nula	211
3.	La nulidad provocada por el fiador	212
4.	La fianza consciente de una obligación nula	213
5.	Fianza de contrato relativamente simulado	213
6.	Fianza de obligación nula y obligaciones secundarias	214
7.	La conversión automática de la fianza ineficaz	214
8.	Fianza de contrato frustrado por <i>culpa in contrahendo</i>	215



9.	La extensión de la fianza a las resultas de la resolución contractual	215
10.	Obligaciones nulas y anulables	216
11.	La nulidad fundada en excepción puramente personal del deudor	217
12.	Sobre la aplicación analógica del art. 1824.II	219
13.	El préstamo al hijo de familia	220
14.	La renuncia a la excepción de nulidad no declarada	220
15.	Aplicación de la regla <i>nemo auditur propriam turpitudinem</i>	221
16.	Fianza prestada por cumplimiento de convenio concursal	221
17.	Fianza por deuda subyacente del consumidor que no es deuda de consumo	222
V.	La fianza general	223
1.	La admisión legal de la figura	223
2.	Descripción de la praxis negocial	223
3.	Su admisión por la jurisprudencia española	225
4.	Las deudas contraídas después de la muerte del fiador	226
5.	Cobertura futura y obligaciones fideusorias determinadas	227
6.	El problema de la determinabilidad	228
7.	Condiciones de validez de la fianza general: derecho de denuncia .	229
8.	Pactos sobre la duración	230
9.	Condiciones de validez de la fianza general: establecimiento de un máximo	231
10.	Cláusulas sorprendentes	232
11.	Buena fe y derecho de información	232
12.	Exclusión de las deudas extracontractuales	233
13.	Exclusión de las deudas adquiridas por cesión	233
14.	Exclusión de deudas renovadas	234
15.	Exclusión de deudas afianzadas por el deudor principal	234
16.	Deudas futuras dotadas de garantía real	235
17.	Garantías reales globales prestadas por el fiador	235
18.	Identidad personal entre deudor y fiador	235
19.	La reclamación al fiador	235



20. Fianza general y cuenta corriente	236
21. Fianza prestada por <i>insider</i>	236
VI. La fianza <i>in duriolem causam</i>	237
1. El sentido de la exigencia del art. 1826	237
2. La «reducción» de la obligación excesiva	238
3. La posible divergencia del interés de cumplimiento	239
4. <i>Fideiussio indemnitis</i>	239
5. Los vicios de la voluntad del fiador	240
6. Fianza de obligaciones infungibles	240
7. La onerosidad de las condiciones	241
VII. La fianza del saldo de una cuenta corriente	242
1. Fianza de crédito incluido en cuenta corriente	242
2. Fianza con vencimiento anticipado	243

CAPÍTULO 4

LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE ACREEDOR Y FIADOR

I. El fiador como obligado	245
1. Obligación unilateral	245
2. La notificación del incumplimiento del deudor	246
3. La subrogación y cesión del crédito	246
4. La defensa del crédito fideusorio	247
5. La «entrega» del aval como carga del cumplimiento	248
II. Las excepciones oponibles por el fiador	249
1. La accesoriadad de la fianza y las excepciones del deudor	249
2. Remisión	249
3. Ámbito de las excepciones oponibles	249
4. Excepciones incompatibles con el fin de la garantía	251
5. Oposición de excepciones y posición procesal del deudor	252
6. Excepciones de los codeudores principales	253
7. Derechos potestativos impugnatorios	253
8. En particular, la simulación	255



III. Renuncia a la oponibilidad de excepciones	255
1. Renuncia a las excepciones	255
2. Tipos de renuncia	256
3. Reglas interpretativas	256
4. Renuncia a excepciones y mayor onerosidad del fiador	257
5. Inoponibilidad de excepciones y causa de garantía	257
IV. La transacción hecha con deudor o fiador	258
1. Importancia de la regulación	258
2. Interpretación extensiva	259
3. Límites impuestos por la accesoriedad de la fianza	260
4. El consentimiento del fiador	261
5. El derecho a aprovecharse de la transacción	262
6. La imposibilidad de aprovecharse de la transacción	262
7. La transacción hecha por el acreedor con el fiador	263
8. El aprovechamiento de la transacción por el deudor	264
V. Los efectos de la dación en pago	264
1. El art. 1849 CC y su valor sistemático	264
2. Ámbito de aplicación	265
3. La aceptación del acreedor	266
4. El pacto en contrario	267
5. Prescripción	267
VI. La prórroga concedida al deudor	268
1. La prórroga como causa de extinción	268
2. El fundamento de la norma y su crítica	269
3. Ámbito de aplicación	270
4. Exclusión de las prórrogas no voluntarias	272
5. El mero retraso o tolerancia del acreedor	273
6. La prórroga consentida por el fiador	274
7. Prórroga y contragarantía	275
8. La emisión de títulos cambiarios	275
9. Final. Propuesta de interpretación reductora	276



VII. La excepción de perjuicio en la subrogación	277
1. La liberación del fiador por el perjuicio en la subrogación	277
2. Ámbito subjetivo de aplicación	278
3. Garantías prestadas por terceros	279
4. Excepción propia del fiador	280
5. Casuística	280
6. El fundamento de la norma	282
7. La existencia de vía de regreso eficaz	284
8. Hecho propio del acreedor	285
9. Derechos, garantías y privilegios	286
10. En particular, la concurrencia de varias garantías personales	287
11. En particular, la concurrencia de la fianza con una garantía real del mismo crédito	288
12. Subrogación pasiva del adjudicatario en cargas preferentes y subrogación activa del fiador	289
13. Fianza y acción rescisoria por fraude	292
14. Fianza limitada en su extensión	292
15. Pérdida de garantías y privilegios y pérdida de la vía de regreso . .	292
16. Final. La conducta del acreedor y del fiador	294
17. La renuncia a la excepción	295
VIII. La oponibilidad de los convenios de quiebra, concurso y suspensión de pagos antes de la Ley Concursal	296
1. La falta de una regulación expresa	296
2. La interpretación doctrinal	297
3. Valoración de la jurisprudencia	299
4. Las dos causas alternativas en la fianza	300
5. Disponibilidad o no de la vía de regreso	301
6. La posibilidad de una conducta alternativa	301
7. Conclusión	302
IX. Convenios concursales y fiadores en EL TR/2022: acreedores que no votan a favor del convenio	302
1. El tenor de la norma	302
2. Incentivos perversos	303



3.	Fiadores, avalistas, avalistas cambiarios, aseguradores de caución .	304
4.	Garantes a primer requerimiento	304
5.	Garantes reales por deuda ajena	304
6.	Conclusión: el alcance subjetivo de los términos del art. 399 TRLCon	305
7.	Deudores solidarios, fiadores e identidad patrimonial de los codeudores	305
8.	Acuerdo concursal que excluye la subrogación del fiador	306
9.	Voto favorable y conservación de privilegios	307
10.	Voto contrario y mayoría favorable a la liberación del garante . . .	308
X.	Convenios concursales y fiadores en la Ley Concursal: acreedores que votan a favor del convenio	308
1.	La regla	308
2.	Concurso del deudor de refuerzo	309
3.	Las normas aplicables a la obligación contraída	309
4.	Matizaciones (i): el garante promotor del convenio	311
5.	Matizaciones (ii): garantes especialmente relacionados con el deudor	311
6.	Codeudores solidarios no contractuales. Distintas situaciones . . .	312
7.	La regla de derecho común para codeudores solidarios	313
8.	Causalidad del voto en la aprobación del convenio	313
XI.	Acreedor y fiador en el plan de reestructuración homologado	314

CAPÍTULO 5

LA EXTINCIÓN DE LA FIANZA

I.	Causas de extinción	315
1.	Extinción de la fianza y de la obligación principal	315
2.	Remisión	315
II.	La extinción por transcurso del tiempo	316
1.	El transcurso del tiempo en la fianza	316
2.	Fianza temporalmente limitada	316
3.	Deudas nacidas y deudas reclamadas	317



4.	Vencimiento de la obligación principal en fianza temporalmente no determinada	318
III.	Pago	319
1.	Pago por deudor y por fiador	319
2.	Pago de tercero	320
3.	Imputación de pagos en caso de pluralidad de deudas	320
4.	Imputación de pagos parciales en la fianza limitada	322
5.	Imputación de la ejecución de las garantías reales	322
6.	Pagos hechos por deudor o por fiador antes de concurso de acreedores	323
IV.	La compensación	325
1.	Oponibilidad por el fiador	325
2.	Compensación con crédito propio del fiador	326
3.	Compensación y cesión de créditos	327
4.	Compensación y regreso	328
5.	Momento de la oposición de la compensación	329
6.	La compensación opuesta por el acreedor al fiador	330
V.	Imposibilidad sobrevenida	330
1.	Imposibilidad de la obligación principal	330
2.	<i>Rebus sic stantibus</i>	330
VI.	Confusión	331
1.	Confusión entre acreedor y fiador	331
2.	Confusión entre acreedor y uno de los fiadores independientes ..	332
3.	Confusión entre acreedor y deudor	332
4.	Confusión entre acreedor y codeudor solidario no afianzado	333
5.	Confusión entre deudor y fiador	333
6.	Confusión entre deudor y cofiador solidario	334
7.	Confusión y subfianza	335
VII.	Muerte y extinción de la personalidad	335
1.	Fallecimiento del fiador o del deudor en la fianza de una obligación determinada	335
2.	Fallecimiento del fiador en fianza simple de una deuda futura ..	336



3.	Fallecimiento del fiador en la fianza general por deudas futuras . . .	336
4.	Fallecimiento del deudor en fianza general por deudas futuras . . .	337
5.	Absorción de la sociedad fiadora en la fianza general	337
6.	Disolución de la sociedad deudora	337
7.	Disolución de la sociedad fiadora en la fianza general	338
8.	Fusión de la sociedad acreedora	338
9.	Fusión de la sociedad deudora	339
VIII.	Condonación	341
1.	Condonación hecha al deudor principal	341
2.	Condonación hecha al fiador	341
3.	Condonación conjunta a deudor y fiador	342
4.	Condonaciones legales COVID	342
IX.	Prescripción	343
1.	El <i>dies a quo</i> de la prescripción	343
2.	Interrupción de la prescripción	343
3.	La renuncia a la prescripción ganada	344
4.	Interrupción de la prescripción en la fianza solidaria	344
5.	Prescripción y beneficio de excusión	345
X.	Novación	345
1.	Novación extintiva y modificativa	345
2.	La modificación objetiva de la obligación	346
3.	Las fianzas sucesivas	346
4.	El cambio de deudor	347
5.	Sociedades y socios	348
6.	Cambio de acreedor	349
7.	Cambio de acreedor en créditos no cedibles	349
8.	Cesión independiente del crédito fideusorio	350
9.	Transformación de la sociedad deudora	351
10.	Pactos en contrario	351
XI.	Derecho de desistimiento	351
1.	Excepcionalidad del desistimiento	351
2.	Liquidación de operaciones pendientes	352



3.	Desistimiento del cofiador	352
4.	Denuncia por justa causa	353
XII.	Revocación y renuncia	354
1.	Revocación por el deudor	354
2.	Revocación por el fiador	354
3.	Renuncia en convenio concursal	355
4.	Revocatoria concursal	355

CAPÍTULO 6

LAS RELACIONES ENTRE DEUDOR Y FIADOR

I.	La relación jurídica entre fiador y deudor	357
1.	Vía de regreso y acción de relevación	357
2.	Remedios legales y convencionales	357
3.	Naturaleza jurídica de la relación de cobertura	358
4.	La causa de la relación de cobertura	359
5.	Inexistencia de acción de regreso	359
6.	Fianza sin consentimiento o conocimiento del deudor	361
7.	Irrelevancia frente al acreedor	361
8.	Legitimación del fiador para la acción pauliana	362
II.	Acciones de regreso y subrogación	362
1.	Presupuestos de la acción: el pago	362
2.	¿Dualidad o identidad de las acciones?	365
3.	La unicidad de la vía de regreso	367
4.	Reembolso del principal e intereses	369
5.	Calificación concursal del regreso por intereses	370
6.	Gastos originados tras el requerimiento de pago	370
7.	La indemnización de daños y perjuicios	371
8.	La subrogación en la posición del acreedor	372
9.	Subrogación del acreedor y contra el acreedor	373
10.	Los derechos a los que alcanza la subrogación	374
11.	Límites a la subrogación	377



12. La subrogación contra terceros	379
13. Terceros contra quienes cabe la subrogación	379
14. La subrogación por pago parcial	381
15. Subrogación en la garantía real para el pago de una segunda deuda	382
16. Subrogación en la fianza global y en las garantías reales globales .	383
17. Pactos de exclusión de la vía de regreso	384
18. Pactos de agravación de la vía de regreso	384
19. Subrogaciones concurrentes	385
20. Subrogación y pretensiones concurrentes de terceros	387
21. Pactos de subrogación preferencial	387
22. Concurso del deudor	388
23. Subordinación del fiador «especialmente relacionado» con el deudor principal	390
24. Convenio concursal y crédito de regreso del fiador	390
25. Cargas del acreedor	391
26. Prescripción	391
27. Ejercicio procesal de la subrogación	392
28. El regreso fundado en el contrato de cobertura	393
29. Excurso sobre el regreso del fiador/pignorante de las acciones sociales de un tercero o del deudor	394
30. Préstamos ICO-COVID coavalados por un particular	394
III. Excepciones oponibles por el deudor en vía de regreso	395
1. En general	395
2. Las excepciones de valuta no opuestas por el fiador	396
3. La articulación procesal del art. 1840	397
4. Fundamento de la norma y ámbito de aplicación	397
5. La conducta del deudor	398
6. Pluralidad de deudores	398
7. El pago materialmente indebido al acreedor	399
8. Pactos en contrario	399
9. El doble pago hecho al acreedor	400
10. Inoponibilidad en regreso del pago previo hecho por el deudor .	401



11. El pago anticipado hecho por el fiador	401
12. Cesión de acciones	402
IV. Las acciones de relevación y de cobertura	402
1. Introducción: AAP Barcelona de 15 abril 2010, (AC 2010, 1180) .	402
2. La protección de los derechos del fiador antes del pago	403
3. ¿Puede el fiador preconstituir el pago del deudor?	404
4. Alcance de la acción	405
5. Carácter dispositivo	407
6. La acción de cobertura y los terceros acreedores	408
7. Defensas del deudor	408
8. Naturaleza de la acción de relevación o cobertura	408
9. Relación entre ambas	410
10. Garantías convencionalmente pactadas	410
11. Acción de relevación en caso de cofianza	411
12. Las causas tasadas para la relevación o cobertura	411
13. Fiador demandado judicialmente para el pago	412
14. Concurso e insolvencia	412
15. Pacto de relevación de la fianza	413
16. Exigibilidad de la deuda	413
17. Fianza por deuda temporalmente indeterminada	414
V. Excurso. El sujeto que mandata a un banco para que salga garante de la deuda de un tercero: concurrencia de acciones de regreso.	415
1. Un supuesto de hecho estándar	415
2. Análisis de las relaciones jurídicas	415
3. El derecho de regreso del garante	415
4. Las relaciones entre BB y CC en vía de regreso	416
5. Final sobre mandato, préstamo y fianza	416

CAPÍTULO 7

COFIANZA Y SUBFIANZA

I. Configuración jurídica de la pluralidad de fiadores	419
1. Descripción de la regulación del CC	419



2.	Formas de la cofianza	420
3.	Cofianza mancomunada indivisible	421
4.	El sistema del CC: mancomunidad y beneficio de división	421
5.	El beneficio de división	422
6.	La comunidad en la garantía	423
7.	La constitución conjunta de la fianza y sus consecuencias	424
8.	Causas de la pérdida del beneficio de división	424
9.	El pacto expreso de mancomunidad	425
10.	Configuración convencional de la cofianza	426
11.	Interpretación de las declaraciones de voluntad	427
II.	Fianzas independientes	429
1.	Pluralidad de fianzas independientes	429
2.	El regreso entre garantes independientes	430
3.	Fianzas independientes de una pluralidad de deudores	431
4.	Liberación de un garante y perjuicio en la subrogación	432
III.	Relaciones entre cofiadores	432
1.	¿Acción de cobertura previa al pago?	432
2.	El regreso entre cofiadores	433
3.	Pago parcial	434
4.	Cobertura de insolvencia	435
5.	Requisitos del pago	435
6.	La aplicación jurisprudencial del art. 1844.III	436
7.	Valoración de la solución jurisprudencial	437
8.	Regreso entre cofiadores y regreso contra el deudor	437
9.	Excepciones oponibles entre cofiadores	438
10.	Cofianza por partes desiguales	439
11.	Regreso por pago y cesión del crédito	440
IV.	Relaciones con el acreedor	441
1.	Excepciones oponibles	441
2.	Ineficacia de la fianza respecto de algunos cofiadores	442
V.	La subfianza	444
1.	Fianza de segundo grado	444



2.	Obligación principal y obligación fideusoria	445
3.	La confusión entre fiador y deudor	445
4.	El beneficio de excusión	446
5.	Acciones de relevación o cobertura	447
6.	Regreso contra el deudor principal y contra el fiador	448
7.	Excepciones oponibles por el fiador	448
VI.	El subfiador del cofiador	449
1.	El sentido del art. 1846 CC	449
2.	Carácter de la norma	449
3.	Subrogación y deudor principal	450
4.	La cobertura de la insolvencia del cofiador	450
5.	Relaciones externas	451

CAPÍTULO 8

LAS CARTAS DE PATROCINIO

I.	Descripción de las declaraciones de patrocinio	453
1.	El supuesto básico de la emisión de declaraciones de patrocinio .	453
2.	Patrocinio y derecho de grupos	454
3.	Supuestos marginales	455
4.	Naturaleza jurídica	456
II.	Clasificación	456
1.	Panorama	456
2.	Clasificaciones fácticas	456
3.	Declaraciones fuertes o débiles	457
4.	Clasificación propuesta	457
5.	Declaraciones de hechos	458
6.	Declaraciones de voluntad	458
III.	La interpretación jurisprudencial	459
1.	Los hechos y el fallo de la STS 16 diciembre 1985	459
2.	La argumentación de la sentencia	460
3.	Las contradicciones de la sentencia	461



4.	SAP Barcelona 26 mayo 2000	461
5.	Fianza o <i>culpa in contrahendo</i>	462
6.	Carta de patrocinio como mandato de crédito: STS 30 junio 2005 .	462
7.	Mandato de crédito e incongruencia de la carta	463
8.	Carta de patrocinio e indeterminación del contrato futuro: STS 13 febrero 2007	464
9.	Crítica de la sentencia: contra el <i>holismo</i> interpretativo	466
10.	Cartas de patrocinio fuertes como fianzas. STS 18 marzo 2009 ...	467
11.	Carta de patrocinio para aumentar capital de empresa deudora caída en concurso. STS 26 diciembre 2014	468
12.	Cartas de patrocinio «condicionadas» y «convertibles» en caso de concurso del patrocinado. SAP Salamanca 30 julio 2014	469
13.	La carta de patrocinio fuerte que no es fianza pero que obliga como fianza. SSTS 28 julio 2015 y 16 junio 2025	470
14.	Cartas de patrocinio no emitidas por matrices ni socios mayoritarios. STS 27 junio 2016	471
15.	Cartas de patrocinio emitidas por una Administración Pública en favor de sus sociedades participadas. STS 20 diciembre 2017	472
IV.	Criterios de interpretación de las cp	472
1.	La pluralidad de posibles destinatarios	472
2.	Ambigüedad y negociación	473
3.	El horizonte de comprensibilidad del destinatario	473
4.	Coacción y déficit de información	474
5.	Regla <i>contra proferentem</i>	474
6.	Los resultados de la negociación	475
7.	Interpretación textual	476
8.	Irrelevancia del énfasis	476
9.	Irrelevancia de la falta de consciencia sobre el alcance de la declaración	477
10.	Hechos y derechos	477
11.	Presente y futuro	477
12.	Incertidumbre sobre el tiempo de la declaración	478
13.	El grado de control sobre el deudor	478
14.	Evitación de redundancias	478



15. Precontratos y contrato definitivo	479
16. Grado de indeterminación admisible	480
17. Interpretación contextual	480
18. Rechazo de extensiones implícitas	481
19. Conocimiento y aprobación de la operación con la filial	481
20. Declaraciones dirigidas a una colectividad indeterminada	481
21. Declaraciones emitidas en favor de consumidores y destinatarios no experimentados	482
V. Declaraciones «fuertes»	482
1. El interés de cumplimiento del acreedor	482
2. Incumplimiento irrelevante de la emitente	483
3. El principio de no intercesión	483
4. Compromisos relativos al mantenimiento de la participación	484
5. Pérdida del control sometida a condición	485
6. Compromisos relativos a la influencia o vigilancia	485
7. El problema de la relación de causalidad	486
VI. La declaración fuerte de provisión de medios a la filial	487
1. Clases	487
2. La obligación de provisión de medios de cumplimiento	488
3. Satisfacción del acreedor versus exoneración de la emitente	489
4. ¿Conversión de la deuda de provisión en deuda fideusoria?	490
5. Derechos de la masa del concurso (I)	491
6. Derechos de la masa del concurso (II)	492
7. Convenios concursales	493
8. Subrogación frente a la filial	493
VII. Declaraciones equivalentes a fianza	493
1. Declaraciones en concepto de garantía personal	493
2. El elemento característico	494
3. Declaraciones fideusorias y no fideusorias	495
4. La garantía de buena ejecución del contrato	495
5. La promesa de procurar el cumplimiento	496
6. La aseveración de una determinada política relativa a la filial	496



7.	La promesa de considerar como propias las deudas de la filial . . .	497
8.	Reembolso del crédito como condición de la enajenación	497
VIII.	La información como obligación contractual	497
1.	Inexistencia de contrato de información	497
2.	Informaciones incompletas o falsas	498
3.	En especial, la declaración de plena confianza	498
4.	En especial, los proyectos y las acciones a corto plazo	499
5.	La información posterior como deber contractual	499
6.	Información falsa o incompleta y causalidad del daño	499
IX.	Derecho internacional privado	499
1.	El supuesto de la STS 1117/2025, 15 julio	499
2.	La doctrina de la STS 1117/2025, 15 julio	501
3.	El petitum de la demanda	504
4.	Crítica	505

CAPÍTULO 9

GARANTÍAS A PRIMER REQUERIMIENTO

I.	La descripción básica de la garantía	507
1.	El formato documental	507
2.	Fenomenología de las garantías internas e internacionales	508
3.	Orden de exposición	509
II.	La caracterización doctrinal común de las gpr	510
1.	Singularidad frente a la fianza	510
2.	Autonomía de la voluntad	510
3.	Inoponibilidad de excepciones	510
4.	La excepción de abuso o fraude	511
III.	Textos normativos y convencionales	512
1.	Ley de Enjuiciamiento Civil	512
2.	Las garantías personales prestadas en los contratos públicos	512
3.	Los seguros de caución en la ley de ordenación de la edificación	512
4.	Las reglas uniformes de la CCI/RUGD 445	513



5.	Las reglas uniformes de la CCI/RUGD 758	514
6.	La Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente	515
IV.	La jurisprudencia española relativa a las garantías a primer requerimiento	516
1.	El carácter atípico y autónomo de la garantía	516
2.	No accesoriadad e inversión de la carga de la prueba	518
3.	La fórmula jurisprudencial consagrada	519
4.	Inversión de la carga de la prueba o solve et repete	519
5.	La fórmula de pago a pr	521
6.	Gpr. y seguro de caución	521
7.	Gpr. y acción de regreso del garante	522
8.	Fianza a pr. y gpr	523
9.	Gpr. y renuncia a excepciones	524
10.	Alcance de la inoponibilidad de excepciones	525
11.	Garantías de preliquidación y garantías de incumplimiento	526
12.	El uso triple de la buena fe	527
13.	El valor de las RUDG	528
14.	¿Una nueva doctrina? La especificidad material y no procesal de la cláusula a pr	528
15.	¿Son garantías autónomas los avales prestados conforme a la Ley 57/1968 (Disp. Adic. 1.ª LOE)?	529
16.	Aval a primer requerimiento y nulidad del contrato subyacente (STS 10 junio 2014)	530
17.	Retorno a la accesoriadad «formal»	532
18.	Conclusiones	532
V.	La fórmula «a primer requerimiento»	533
1.	Universalidad de la fórmula a pr	533
2.	Gpr. y condiciones adicionales de la reclamación	534
3.	Gpr. e incumplimiento del deudor	535
4.	Gpr. y deudas condicionadas de terceros	536
5.	Definición de la GPR	536
6.	La gpr. como garantía causal	536
7.	Tipos de incumplimiento cubiertos	537



VI. La interpretación de las gpr	537
1. Los intereses en presencia	537
2. Las distintas descripciones materiales de la fórmula a pr	538
3. Fórmulas débiles y fórmulas fuertes	540
4. Cláusula de pago a pr. y renuncia a excepciones singulares	541
5. Buena fe y cláusula <i>contra proferentem</i>	542
6. Interpretación circunstanciada e interpretación normativa de la cláusula a pr	542
7. Las excepciones de contenido propias de la garantía	543
8. Excepciones de validez no accesorias	544
VII. Validez de las gpr	544
1. Renuncia a la oponibilidad de excepciones	544
2. Condiciones generales de la contratación	545
3. Gpr. prestada por consumidores y por deudas de consumidores .	545
4. Límite a la inoponibilidad de excepciones	546
5. En especial, la cláusula «prorroga o paga»	547
6. Orden público y causa ilícita	548
7. ¿Excepción de concurso del deudor principal?	548
8. Excurso. Cómo evitar la presión	548
VIII. La acción de regreso contra el ordenante	549
1. Regreso contra el deudor y restitución del pago indebido	549
2. La titularidad de la acción de regreso	550
IX. Aplicación del régimen de la fianza	551
1. Solidaridad y subsidiariedad	551
2. Cuantía	552
3. El régimen del regreso	552
4. Los modos de extinción de la garantía	552
5. Extensión de la garantía, cofianza y subfianza	553
6. La cesión de la garantía	553
X. Contragarantías	554
1. La praxis de las garantías de segundo grado	554
2. Las relaciones entre deudor y banco garante	554
3. Garante y contragarante	554



CAPÍTULO 10

LA DECLARACIÓN CAMBIARIA DE AVAL

I.	La sociología del aval cambiario en España	557
1.	Realidad y teoría	557
2.	Los sujetos de la relación de aval	558
3.	Los casos «típicos» de aval	559
4.	Aval y fianza	559
II.	Normativa reguladora del aval	560
1.	La regulación de la LCCH	560
2.	Diferencias con la ley uniforme de Ginebra	561
3.	LCCH y CCOM	561
III.	El contrato y la relación jurídica de aval	562
1.	El aval como contrato entre acreedor y avalista	562
2.	Terceros y partes	563
3.	El acreedor beneficiario del aval	564
4.	Parte en el aval y parte en la relación causal subyacente	565
5.	Consecuencias de la relación de parte	565
6.	La condición de partes entre avalista y avalado	566
7.	El aval es un contrato con causa propia	567
8.	El aval como afianzamiento cambiario	568
9.	Obligación cambiaria y extracambiaria como objeto de la garantía	569
10.	El aval no requiere un contrato de entrega de la letra	570
IV.	Aval y garantía subyacente	571
1.	Declaración cambiaria y negocio extracambiario	571
2.	Los pactos de garantía subyacente al aval	572
3.	El aval como documentación de una garantía extracambiaria ...	573
4.	El precontrato de aval	574
5.	Aplicación supletoria del régimen común de la fianza	575
6.	En especial, el pacto de favor	576



V. El «aval en sentido amplio»	577
1. La jurisprudencia	577
2. El significado de la figura	578
3. La «conversión» del aval en afianzamiento extracambiaro	579
VI. El avalista	580
1. Los terceros y los obligados cambiarios como avalistas	580
2. Capacidad	581
3. Representación	581
VII. El avalado	583
1. La persona avalada	583
2. La indicación del avalado	584
3. Discrecionalidad de la indicación de avalado	585
4. Falta de indicación	585
5. El valor de la regla legal supletoria	586
VIII. La declaración cambiaria de aval	588
1. Oferta y aceptación	588
2. Ley aplicable	588
3. Garantía de pago	589
4. Contenido de la declaración cambiaria de aval	589
5. Beneficiario del aval	590
6. El lugar de la firma de aval	590
7. El montante de la obligación cambiaria	591
8. Determinaciones accesorias de la declaración	592
9. Limitaciones temporales y condiciones	592
10. Tiempo de la firma del aval	594
11. Aval en documento separado	595
12. Interpretación de la declaración de aval	595
13. La aceptación por un tercero distinto del librado	596
IX. La simple firma como aval	597
1. La firma en el anverso de la letra	597
2. La simple firma del representante	598
3. El significado de la equivalencia	599
4. Firmas en el dorso de la letra	600



CAPÍTULO 11

LAS RELACIONES JURÍDICAS DERIVADAS DEL AVAL

I.	Inoponibilidad de excepciones	603
	1. Aval y fianza	603
	2. La regla de la inoponibilidad de excepciones y sus límites	603
	3. Relaciones entre partes y con terceros	605
	4. Las excepciones personales en el art. 37.I LCCH	606
	5. Partes en la relación avalada y terceros en la relación de aval	607
	6. Conclusión sobre la regla de la inoponibilidad de excepciones ..	608
	7. Excepciones personales cambiarias y extracambiarias	609
	8. Validez formal de la obligación avalada	610
	9. Aval de una obligación cambiariamente inexistente	610
	10. Excepciones personales del avalista	611
	11. Excepciones documentales del avalado	612
	12. Excepciones derivadas de la relación de aval	612
	13. Excepción de prórroga	613
II.	Responsabilidad del avalista	615
	1. Referencia a la responsabilidad del avalado	615
	2. La acción de enriquecimiento contra el avalista	616
	3. Responsabilidad solidaria	617
	4. Alcance de la responsabilidad	618
	5. Solidaridad y excepciones oponibles	618
	6. Prescripción	620
III.	El pago por el avalista	620
	1. El pago	620
	2. La adquisición de los derechos derivados de la letra	621
	3. Aplicación del art. 1852 CC	622
	4. Solidaridad en la vía de regreso	624
	5. Regreso contra el avalado	624
	6. En especial, el art. 1843 CC	624
	7. Prescripción	625



IV. La fianza ordinaria de crédito cambiario	626
1. Fianza cambiaria y extracambiaria	626
2. Fianza extracambiaria en letra de cambio	626
3. Obligación cambiaria y subyacente	627
4. Subrogación	627
5. Alcance material de la subrogación	628
6. Protección del fiador extracambiario en vía de regreso	629
7. Conflictos de subrogaciones	630
8. Garantía cambiaria y extracambiaria de deudas cambiarias de distinto rango	631
9. Deudas cambiarias de distinto rango y beneficiarios de distinto rango cambiario	632
10. Deudas cambiarias del mismo rango	633
V. Pluralidad de avalistas	633
1. Remisión	633
2. Subaval	633
3. Regreso entre avalistas	634
VI. De la letra de cambio al pagaré	634

CAPÍTULO 12

EL SEGURO DE CAUCIÓN

I. Normativa reguladora	635
1. Ley de contrato de seguro	635
2. Ley de ordenación de la edificación	636
3. Cantidades adelantadas a cuenta en la compraventa de viviendas ..	637
4. Contratos de las administraciones públicas	640
II. La construcción jurisprudencial	640
1. La contribución de la jurisprudencia	640
2. La naturaleza jurídica del seguro de caución	643
III. Las especialidades del régimen asegurativo	644
1. Seguro por cuenta ajena	644



2.	Riesgo y siniestro	645
3.	La transferencia del riesgo	646
4.	Pólizas estimadas y garantía de pago a primer requerimiento	646
IV.	El seguro de caución como seguro y como obligación fideusoria	647
1.	Las polémicas sobre la naturaleza jurídica	647
2.	La póliza caucional como seguro	647
3.	Obligación fideusoria	648
4.	La subrogación	650
5.	El montante del regreso	651
6.	Excepciones de la relación de valuta	651
7.	La solidaridad y la prescripción entre deudor contractual y asegurador de caución	652

CAPÍTULO 13

RÉGIMEN PROCESAL DE LA FIANZA

I.	Deudor y fiador como demandados	655
1.	Competencia territorial	655
2.	Cláusula arbitral	656
3.	Reclamación extrajudicial y demanda en la fianza subsidiaria	656
4.	Reclamación extrajudicial y demanda en la fianza solidaria	657
5.	Demanda individual contra el fiador	658
6.	Demanda conjunta	658
7.	Juicio ejecutivo	659
8.	Ejecución contra el fiador y excepción sobrevenida	660
9.	Ejecución contra fiador y título ejecutivo contra el deudor	660
10.	Litispendencia	661
11.	Cosa juzgada	662
12.	Medios alternativos de solución de controversias	662
II.	El beneficio de excusión	663
1.	Naturaleza del beneficio de excusión	663
2.	Legitimados para oponer el beneficio de excusión	664
3.	Normas protectoras de los acreedores	665



4.	Momento para la oposición del beneficio de excusión	665
5.	Excusión realizada antes de la demanda contra el fiador	667
6.	Beneficio de excusión y subsidiariedad de la fianza	667
7.	¿Puede oponerse el beneficio de excusión en ejecución de sentencia?	667
8.	Deudor concursado	668
9.	Incompetencia de los tribunales españoles	669
10.	Modo de proponer el beneficio de excusión	670
11.	Los efectos de la oposición del beneficio de excusión	671
12.	La carga del acreedor de realizar la excusión	672
13.	La excusión opuesta antes del requerimiento de pago	672
14.	La renuncia al beneficio de excusión	673
15.	Fianza legal y judicial	673
16.	El beneficio de excusión en el concurso del fiador	673
17.	Final: ejecución de la fianza y de otras garantías reales concurrentes	674
III.	La ejecución procesal de las garantías autónomas	675
1.	Competencia territorial interna	675
2.	Competencia judicial internacional. Reglamento Bruselas	676
3.	Competencia judicial internacional. LOPJ	677
4.	La prueba sobre la relación subyacente	677
5.	Medidas cautelares	678
6.	Jurisprudencia sobre medidas cautelares	680
7.	Litisconsorcio pasivo y medida cautelar	683
8.	Arbitraje	683
IV.	Reclamación de pago de garantías autónomas en juicio ejecutivo ordinario	683
1.	Garantías autónomas sin soporte documental ejecutivo	683
2.	Liquidez predeterminada en el título	684
3.	Pacto sobre la liquidez	685
4.	Liquidación por el saldo	686
5.	Excepciones subyacentes en el juicio ejecutivo	687
6.	Estrategias procesales	688



7. Pagaré superpuesto a la garantía	688
V. Final. Proceso y realidad en las gpr	689

PARTE SEGUNDA
INTRODUCCIÓN A LAS GARANTÍAS REALES

CAPÍTULO 14

INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

I. Generalidades sobre las garantías reales	695
1. Mapa	695
2. Elementos comunes a los contratos de garantía real	695
3. Privilegio y garantía	697
4. Acciones recuperatorias y valor de garantía concursal y preconcursal	700
II. <i>Ius distrahendi</i> y privilegio de cobro	702
1. Numerus clausus y numerus apertus de garantías reales	702
2. Tipicidad y garantía inmobiliaria	702
3. El privilegio de ejecución singular	704
4. Preferencia de cobro	705
5. El valor de la posesión real	706
6. « <i>Marshalling</i> »	707
7. El debate sobre la eficiencia y justicia de las garantías reales	708
III. La propiedad como instrumento de garantía	710
1. Propiedad en garantía y principios generales del derecho español .	710
2. Propiedad y garantía en el <i>Convenio de Ciudad del Cabo</i>	711
3. Transmisión fiduciaria o compraventa con pacto de recompra ...	712
4. La jurisprudencia española sobre la transmisión de la propiedad en garantía y su crítica	714
5. Reserva en garantía del dominio de los derechos políticos de la acción	715
6. Usufructo en garantía	716
7. ¿A quién hay que proteger?	718
8. Lo esencial de la teoría	719



9.	Derechos de propiedad de fiduciante y fiduciario	719
10.	Ejecución y consolidación del dominio	720
11.	La transmisión fiduciaria del dominio en el concurso	721
12.	Propiedad fiduciaria versus adquisición ejecutiva de la propiedad	722
13.	Es válido el pacto «marciano»	723
14.	STS 1033/2023, de 27 junio (RJ 2023, 4216)	724
IV.	Inconsistencias del sistema español de garantías mobiliarias	726
1.	Coexistencia de modelos de propiedad y modelos de carga real .	726
2.	El alcance de la calificación registral	728
3.	El ineficiente modelo hipotecario aplicado a bienes muebles	730
4.	Financiación de créditos y sobre créditos	731
5.	Garantías sobre inventario y manufacturas	733
6.	<i>Consignment</i>	735
7.	El «valor concursal de la garantía mobiliaria»	736
8.	Excurso. Derechos, facultades reales, créditos	736

PARTE TERCERA
HIPOTECA INMOBILIARIA

CAPÍTULO 15

LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA

I.	Los títulos de constitución de hipotecas	741
1.	Hipoteca convencional y legal	741
2.	Hipoteca legal y crédito privilegiado	744
3.	La hipoteca legal en favor de la Hacienda Pública	745
4.	La subhipoteca legal de las cédulas hipotecarias y otros bonos garantizados, participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipoteca	748
5.	La afección de las fincas durante el proceso urbanizador	748
6.	La garantía de los créditos por gastos comunes en los edificios en régimen de propiedad horizontal	750
7.	La extensión de la hipoteca	752
8.	La conversión de anotaciones preventivas en hipotecas	753



9.	Adquisición de hipoteca convencional por usucapión	753
II.	Título constitutivo del contrato de hipoteca y oponibilidad del derecho de hipoteca	754
1.	Diversidad de requisitos	754
2.	Requisitos esenciales del contrato de hipoteca	754
3.	Propiedad y libre disposición del hipotecante	755
4.	Título formal para la inscripción	756
5.	La escritura pública y la inscripción de la hipoteca	757
6.	Contrato de financiación, escritura pública y cláusulas inscribibles en el registro de la propiedad: la situación hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2007	757
7.	Cláusulas hipotecarias inscribibles tras la Ley 41/2007	759
8.	Otras cláusulas inscribibles no mencionadas en la reforma de 2007	762
9.	Nueva formulación de la regla sobre cláusulas inscribibles tras la reforma de 2019	763
III.	La causa del contrato de hipoteca	764
1.	La relevancia práctica de la causa en la hipoteca	764
2.	El problema de la expresión formal de la causa	764
3.	La finalidad de garantía	766
4.	La relación de accesoriedad	767
5.	Onerosidad o gratuidad de la hipoteca	767
IV.	Propiedad y libre disposición del hipotecante	767
1.	La regla	767
2.	Legitimación de titulares condicionales	768
3.	Legitimación de titulares sujetos a condición resolutoria	769
4.	Legitimación de titulares de derechos temporalmente limitados ..	770
5.	Legitimación del usufructuario con facultad de disposición y del fiduciario de residuo	770
6.	Hipoteca de bienes en comunidad	770
7.	Hipoteca DE bienes gananciales, presuntivamente gananciales, de la vivienda habitual de parejas casadas y de viviendas atribuidas en uso en caso de crisis matrimonial y de ruptura de parejas de hecho	771



8.	Hipoteca de bienes privativos confesados	773
9.	Hipoteca de bienes patrimoniales del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales	773
10.	Titulares sujetos a prohibiciones de disponer	774
11.	Prohibiciones de disponer establecidas sobre elementos procomunales en régimen de propiedad horizontal	776
12.	La hipoteca constituida mediante deductio o reserva	776
13.	Adquisición de hipoteca a non domino	776
V.	Contratación como acreedor hipotecario	778
1.	La regla	778
2.	La hipoteca a favor de persona jurídica en formación	778
3.	Hipotecas a favor de personas no residentes	779
VI.	Contratación como hipotecante	780
1.	Momento relevante	780
2.	Hipoteca otorgada por menores y personas discapacitadas	781
3.	Presentante y representante	782
4.	Hipotecas constituidas por medio de representante voluntario ..	782
5.	Hipotecas constituidas por administradores de sociedades mercantiles y sobre activos esenciales conforme al art. 160 f) LSC	783
6.	Hipotecas constituidas por el patronato de fundaciones	787
VII.	La promesa de constituir hipoteca	787
VIII.	Contratos de crédito inmobiliario Y otros contratos hipotecarios con consumidores: ámbitos de aplicación de la LCCI y de la Ley 2/2009 ..	788
1.	Ámbito objetivo de aplicación de la LCCI	788
2.	Ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2009	793
3.	Acreedores, intermediarios y agentes sujetos a la LCCI	794
4.	Acreedores e intermediarios sujetos a la Ley 2/2009	796
5.	Equivalente protección en la LCCI de deudor y garante personal o real. El problema del cónyuge no titular en la hipoteca de vivienda habitual	797
6.	Deudores, fiadores o garantes personas físicas en créditos con garantía real sobre inmuebles residenciales	799
7.	Deudores, fiadores o garantes personas físicas consumidoras en créditos para adquirir o conservar el dominio de bienes inmuebles ..	800



8.	Régimen del crédito subyacente con fiador o garante persona física o, cuando proceda, consumidor	802
9.	Aplicación de la LCCI en caso de subrogación pasiva	804
10.	Aplicación de la LCCI en caso de novación	806
11.	Contratos de crédito inmobiliario sujetos a Ley extranjera	808
IX.	La transparencia y otras medidas de protección en el proceso de contratación de créditos hipotecarios	812
1.	Transparencia vs. protección material y protección procesal	812
2.	Breve introducción a la transparencia hipotecaria antes de la LCCI	813
3.	Transparencia frente a consumidores y transparencia entre empresarios	817
4.	La transparencia y la proliferación de obligaciones y fichas informativas estandarizadas	818
5.	La información precontractual en los créditos hipotecarios contratados a distancia	819
6.	La información precontractual de créditos sujetos a la Ley 2/2009	821
7.	Régimen de transparencia estatal vs. normas autonómicas de transparencia en la contratación con consumidores	824
8.	Presentación a la transparencia en la LCCI: diversos sedimentos de información contractual y control notarial sobre todo tipo de cláusulas contractuales	825
9.	La transparencia sobre el clausulado del contrato y de las garantías accesorias	826
10.	La transparencia en la LCCI: las guías de acceso al préstamo hipotecario	826
11.	La transparencia en la LCCI: previo depósito y publicidad de condiciones generales de la contratación	827
12.	La publicidad de contratos de crédito inmobiliario	828
13.	La transparencia en la LCCI: la información general del artículo 9 LCCI contenida en la FIPRE	829
14.	Evaluación de la solvencia del cliente	830
15.	La FEIN de contratos de crédito inmobiliario	831
16.	Otras informaciones adicionales a la FEIN en la contratación de créditos inmobiliarios	833



17. Las explicaciones adecuadas del prestamista en la contratación de créditos inmobiliarios	834
18. Régimen aplicable al proceso de contratación con información previa deficiente que es correctamente facilitada y explicada al menos diez días naturales antes de la firma de la escritura	835
19. Consecuencias del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones de información previa que no hayan sido subsanadas al menos diez días naturales antes de la firma	836
20. Manifestación firmada por el deudor o garante sobre la recepción de la información y explicaciones adecuadas	838
21. Remisión telemática al notario	839
22. Comprobación y asesoramiento notarial. El acta previa y la escritura	840
23. Los gastos de constitución de créditos hipotecarios sujetos a la LCCI	843
24. Información a facilitar al deudor durante la vigencia del crédito	843
25. La transparencia en la hipoteca inversa	844
26. En todo tipo de hipoteca, se facilitará información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés	845
27. Contratos de crédito inmobiliario con productos vinculados y combinados	845
X. La hipoteca de constitución unilateral	846
1. El régimen legal	846
2. El problema del momento constitutivo de la hipoteca unilateral	847
3. Los requisitos del título unilateral	848
4. Inscripción como título unilateral del título bilateral defectuoso	849
5. El desistimiento unilateral de la solicitud de inscripción del título unilateral	849
6. El requerimiento para la aceptación	850
7. La aceptación y su constancia registral	852
8. Eficacia de la aceptación que no conste registralmente, en particular, la aceptación tácita	852
9. Posición del acreedor antes de la aceptación	853
XI. La hipoteca constituida por tercero	854
1. El hipotecante tercero	854



2.	El hipotecante tercero como garante	855
3.	La relación entre el hipotecante y el acreedor	859
4.	La relación entre el hipotecante y el deudor	860
5.	La concurrencia entre hipoteca de tercero y otras garantías	861
6.	La hipoteca prestada por tercero en el concurso del deudor y del garante	864
XII.	La constitución de hipotecas del mismo rango	867
1.	La regla	867
2.	La constitución simultánea de hipotecas del mismo rango	867
3.	La constitución de hipoteca del mismo rango que una preexistente	868
XIII.	La constitución de hipoteca condicional y a término	870
1.	La constitución de hipoteca sujeta a condición suspensiva	870
2.	La constitución de hipoteca sujeta a condición resolutoria	872
3.	La concesión temporal de hipoteca	872

CAPÍTULO 16

EL OBJETO DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA

I.	Condiciones de hipotecabilidad	873
1.	Derechos que recaen sobre inmuebles	873
2.	Derechos reales: la oponibilidad erga omnes	875
3.	Derechos enajenables	875
4.	Derechos inscritos	876
5.	Hipoteca de partes indivisas	877
6.	Hipoteca de partes divisas	878
7.	Derechos no hipotecables	879
II.	Hipotecas especiales por su objeto	879
1.	Hipoteca de derechos futuros y sujetos a condición suspensiva ..	879
2.	Hipoteca de derechos resolubles y temporalmente limitados	880
3.	Hipoteca de derechos litigiosos	881
4.	Hipoteca del derecho de usufructo	882
5.	Hipoteca de la nuda propiedad	883



6.	Hipoteca de derechos hipotecados	883
7.	La subhipoteca	883
8.	Hipoteca de los derechos de superficie, vuelo y aprovechamiento de fincas ajenas	883
9.	Hipoteca de concesiones de obras públicas	884
10.	Hipoteca de los derechos de adquisición preferente	886
11.	Hipoteca del derecho del rematante sobre los bienes subastados .	886
12.	La hipoteca y el censo	887
13.	Hipoteca del aprovechamiento urbanístico	887
14.	Hipoteca sobre vivienda habitual	887
III.	La hipoteca y la propiedad horizontal	888
1.	Declaración de obra nueva, división horizontal e hipoteca	888
2.	Hipoteca de solar con extensión a edificaciones existentes, sobrelevaciones y nuevas edificaciones	891
3.	Hipoteca sobre los derechos de vuelo y de superficie	891
4.	Hipoteca de pisos y locales independientes	892
5.	Hipoteca de cuotas indivisas de finca destinada a garaje o a trastero .	893
6.	Hipoteca de anejos y titularidades <i>ob rem</i>	894
7.	Hipoteca de elementos procomunales	894
8.	Hipoteca de elementos comunes	895
9.	Hipoteca unitaria de edificio dividido horizontalmente	896
10.	Hipoteca de edificio no dividido horizontalmente	897
IV.	La constitución de hipoteca sobre varias fincas	898
1.	La regla	898
2.	Distribución-determinación del artículo 119 LH y distribución-división del crédito hipotecario del artículo 123 LH	901
3.	Hipotecas solidarias, distribución y redistribución del crédito ...	902
4.	La distribución del crédito y la indivisibilidad de la hipoteca	904
5.	Régimen aplicable a la hipoteca distribuida	904
6.	La constitución de hipoteca sobre varios derechos recayentes sobre una finca	905
V.	La indivisibilidad de la hipoteca	905
1.	La regla	905



2.	Indivisibilidad y ejecución parcial de la hipoteca	906
3.	La renuncia a la indivisibilidad	907
4.	La división de finca hipotecada sin distribución del crédito	908
VI.	Extensión objetiva del gravamen hipotecario	909
1.	Extensión legal de la hipoteca a las partes integrantes del inmueble	909
2.	Extensión legal de la hipoteca a las edificaciones preexistentes	911
3.	Extensión legal de la hipoteca a otros bienes	912
4.	Indemnizaciones comprendidas en la extensión legal de la hipoteca	913
5.	Prenda sobre el crédito indemnizatorio o expropiatorio	914
6.	La renuncia a la extensión legal	916
7.	Extensión convencional de la hipoteca frente al hipotecante	916
8.	Los principios de fe pública y legitimación y la extensión convencional a pertenencias	918
9.	Pertenencias afectadas por la extensión	919
10.	Eficacia de las cláusulas convencionales de extensión a pertenencias	919
11.	Las cláusulas de extensión sobre bienes previamente gravados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de la posesión	921
12.	Las cláusulas de extensión sobre bienes previamente sujetos a reserva de dominio o a prohibición de enajenar	922
13.	La extensión a pertenencias y su embargo	923
14.	Las cláusulas de extensión y el privilegio refaccionario	923
15.	Los derechos de vuelo y de superficie y la extensión de la hipoteca a las sobreelevaciones y nuevas edificaciones	925
16.	El tercer poseedor	925
17.	Límites a la extensión de la hipoteca frente al tercer poseedor	926
18.	Hipoteca sin extensión a sobreelevaciones y nuevas edificaciones	928

CAPÍTULO 17

OBLIGACIONES ASEGURABLES CON HIPOTECA INMOBILIARIA: REQUISITOS GENERALES Y MODALIDADES

I.	Condiciones de asegurabilidad	929
1.	La determinación de la obligación garantizada	929



2.	La función del principio de determinación	932
3.	Determinabilidad de la obligación garantizada y ejecución hipotecaria	933
4.	La cifra máxima de responsabilidad. Las llamadas hipotecas de máximo	934
5.	Hipoteca en garantía parcial de un crédito	935
6.	Hipoteca a favor de acreedores parciarios, mancomunados y solidarios	936
7.	Hipoteca de titularidad plural sin determinación de cuotas de participación. Sobre la llamada hipoteca «en mano común», «colectiva» o «unitaria»	938
8.	Hipoteca que asegura deudas parciarias y solidarias	939
II.	La relación entre las distintas modalidades hipotecarias por razón de la obligación asegurada	940
1.	Inexistencia de modalidades hipotecarias típicas	940
2.	Inexistencia de modalidades hipotecarias excepcionales	942
III.	La hipoteca de máximo	942
1.	Caracterización	942
2.	Su justificación	944
3.	La doctrina de la DGRN sobre la función del máximo	944
4.	La ineficacia del máximo <i>inter partes</i>	946
IV.	Hipoteca en garantía de obligaciones futuras y condicionales	947
1.	Las reglas	947
2.	El problema de la accesoriedad de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras	948
3.	Obligaciones futuras y puramente futuras	950
4.	La hipoteca en garantía de obligaciones futuras no dependientes de ninguna relación jurídica	952
5.	El problema del carácter potestativo del gravamen hipotecario ..	952
6.	Efectos de la hipoteca cuando la obligación no ha nacido	953
V.	Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito	954
1.	Su contraste con la hipoteca global del art. 153 bis LH y la hipoteca en garantía de obligaciones futuras del art. 142 LH	954
2.	Las reglas	956



3.	Cuenta corriente comercial	957
4.	La apertura de crédito	959
5.	Créditos contemplados en el art. 153 LH	960
6.	Requisitos exigidos para constituir una hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito	962
VI.	Hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones	963
1.	Crédito incorporado a una emisión de obligaciones	963
2.	Una emisión de obligaciones	963
3.	El emisor	965
4.	Requisitos del negocio de emisión de obligaciones emitidas en España	966
5.	Requisitos adicionales exigidos para la emisión de valores hipotecarios	967
6.	Especialidades en la constitución de la hipoteca que asegure una emisión de obligaciones	970
7.	Bilateralidad o unilateralidad de la hipoteca	970
8.	La ejecución de la hipoteca en garantía de una emisión de valores	971
VII.	La hipoteca cambiaria	971
1.	Admisión de la figura	971
2.	Caracterización	972
3.	Requisitos de la letra	973
4.	Especialidades de la constitución de la hipoteca cambiaria	974
5.	Pluralidad de letras y de fincas gravadas	974
6.	Extensión de la hipoteca a la renovación de la letra	975
7.	La hipoteca cambiaria de máximo por extensión de la hipoteca a los intereses de la letra	975
8.	La ejecución de la hipoteca cambiaria	976
VIII.	Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas	976
1.	Las reglas	976
2.	Una obligación de renta o de cumplimiento de prestaciones esencialmente periódicas	977
3.	Sobre la pretendida obligación <i>propter rem</i>	978
4.	Cargas asimiladas a la hipoteca de renta	981



5.	La obligación de constituir hipoteca de renta	981
6.	La hipoteca de renta sobre derechos temporalmente limitados . .	982
7.	La redención de la hipoteca de renta	982
8.	La hipoteca de renta y el censo	983
IX.	Hipoteca en garantía de un préstamo de disponibilidad condicionada	983
1.	Descripción	983
2.	Hipoteca en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva .	984
X.	La hipoteca con pacto de concreción de responsabilidad al valor de los bienes gravados	985
1.	Las reglas	985
2.	La concreción de la responsabilidad	986
3.	La accesoriedad de esta hipoteca	986
4.	El problema de la transmisión de la finca gravada a tercer poseedor	987

CAPÍTULO 18

LA HIPOTECA FLOTANTE, LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE LA OBLIGACIÓN DE INTERESES, LA HIPOTECA MULTIDIVISA Y LA HIPOTECA INVERSA

I.	Introducción a la hipoteca flotante	989
1.	Evaluación de la situación	989
2.	Hipoteca flotante, hipoteca de máximo e hipoteca global: algo más que una cuestión terminológica	992
3.	Hipoteca flotante del art. 153 bis LH e hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito del art. 153 LH	994
II.	El pasado de la hipoteca flotante	994
1.	Descripción de la hipoteca flotante	994
2.	El criterio inicial de la DGRN	997
3.	El criterio de la DGRN inmediatamente anterior a la Ley 41/2007 .	998
4.	Cláusulas de globalización admitidas y no admitidas por la DGRN .	1000
5.	La determinabilidad de la cobertura en garantía	1002
6.	Significado de la accesoriedad	1002
7.	El reproche de la «flotabilidad»	1002



8.	La ratio de la separación de cuotas de valor en garantía	1003
9.	El rango y la protección de los acreedores intermedios	1004
10.	El bloqueo patrimonial de los bienes gravados	1006
11.	El reproche del «vínculo inútil»	1007
12.	El «monopolio situacional» del acreedor	1008
13.	La «redención» de una hipoteca global	1010
14.	Un modelo de pacto de cancelación de una hipoteca global	1012
15.	La integración de la cobertura en garantía	1014
III.	La hipoteca flotante del art. 153 bis LH	1014
1.	Créditos asegurables con hipoteca flotante conforme al art. 153 bis LH	1014
2.	La determinación de la cobertura en garantía	1016
3.	En particular, la descripción de los «actos jurídicos básicos»	1017
4.	En concreto, la hipoteca en garantía de «operaciones regulares del negocio bancario»	1018
5.	La interpretación de la cláusula de cobertura: el problema de las obligaciones nacidas	1019
6.	Otro problema de interpretación: los créditos de terceros	1019
7.	Sobre las limitaciones subjetivas a la titularidad de hipotecas globales	1020
8.	El plazo de duración de la hipoteca	1022
IV.	La hipoteca en garantía de la obligación de intereses	1025
1.	Límites a la obligación de intereses hipotecarios	1025
2.	La usura	1026
3.	Régimen general aplicable a intereses remuneratorios fijos, variables o mixtos. Las cláusulas suelo	1028
4.	Régimen general sobre intereses de demora	1031
5.	Régimen general de capitalización de intereses y sus limitaciones .	1032
6.	El interés remuneratorio en la LCCI	1033
7.	El interés moratorio y la prohibición de capitalización en créditos sujetos a la LCCI	1033
8.	La abusividad de intereses contratados con consumidores	1038
9.	Los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés	1039



10.	La limitación de los intereses de demora a deudores situados en el umbral de exclusión que soliciten la aplicación del Código de Buenas Prácticas	1041
11.	El cálculo de los intereses según año de 360 o 365 días	1041
12.	El devengo de intereses	1042
13.	El devengo de intereses y su comunicación tras la declaración de concurso	1042
14.	Prescripción de la obligación de intereses	1043
15.	El aseguramiento de intereses remuneratorios y de demora	1044
16.	Sobre la posibilidad de aseguramiento en un único máximo	1045
17.	Sobre la ineficacia del máximo interpartes	1047
18.	Las cuotas de amortización	1047
19.	Los intereses asegurados en perjuicio de tercero	1048
20.	El tercero del artículo 114 LH	1050
21.	El cómputo de los intereses asegurados en perjuicio de tercero ..	1051
22.	La ampliación de hipoteca por los intereses no cubiertos en perjuicio de tercero	1053
23.	Rango de la garantía hipotecaria ampliada	1054
24.	Otras opciones del acreedor hipotecario ante el impago de intereses	1054
V.	La hipoteca multidivisa	1055
1.	Créditos en moneda extranjera e hipoteca multidivisa	1055
2.	El pasado de la hipoteca multidivisa en la contratación con consumidores	1055
3.	La facultad de conversión de divisa en hipotecas sujetas a la LCCI ..	1056
4.	Los sistemas de limitación de riesgo de tipo de cambio para deudores no consumidores	1057
5.	Información en la FEIN e información periódica durante la vigencia del contrato	1057
6.	Comisión por conversión de divisa	1058
7.	Incumplimiento de exigencias y nulidad	1058
VI.	La hipoteca inversa regulada en la Ley 41/2007	1059
1.	Las ventajas y los riesgos de este producto financiero	1059
2.	Régimen aplicable a la hipoteca inversa	1060



3.	El acreedor hipotecario	1061
4.	El deudor y los beneficiarios	1061
5.	Hipoteca inversa de vivienda habitual del deudor y de otros inmuebles distintos	1061
6.	El crédito asegurado	1063
7.	La garantía por intereses y la capitalización anticipada de intereses	1063
8.	Vencimiento del crédito por fallecimiento del deudor o de los beneficiarios y vencimiento anticipado por transmisión voluntaria del inmueble hipotecado	1064
9.	Pactos admisibles y no admisibles en hipotecas inversas sujetas a la Ley 41/2007	1065
10.	Responsabilidad	1067
11.	Beneficios fiscales y arancelarios	1067

CAPÍTULO 19

TRANSMISIÓN, GRAVAMEN Y NOVACIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA

I.	La cesión de créditos hipotecarios	1069
1.	Cesión y subrogación en el crédito hipotecario	1069
2.	Cesión del crédito asegurado y cesión de la titularidad de la hipoteca	1071
3.	Créditos hipotecarios susceptibles de cesión	1072
4.	Cesión de créditos hipotecarios futuros	1073
5.	Cesión de créditos hipotecarios ilíquidos	1073
6.	Cesión de créditos hipotecarios accesorios	1074
7.	Cesión parcial de créditos hipotecarios	1074
8.	Cesión de créditos hipotecarios tras la expedición de la nota marginal de dominio y cargas	1075
9.	Cesión de créditos hipotecarios tras la aprobación del plan de liquidación concursal	1076
10.	Cesión de créditos sujetos a requisitos subjetivos	1076
11.	Cesión de créditos asegurados con hipoteca flotante o global ...	1077
12.	Cesión de todos los créditos sin transmisión de la garantía	1078



13. Cesión parcial del crédito o cesión de parte de los créditos sin transmisión de la garantía	1078
14. Cesión de créditos garantizados con hipoteca flotante o global sin transmisión de la garantía	1079
15. Cesión parcial sin transmisión de la hipoteca y novación del contrato de hipoteca	1080
16. Perfección y oponibilidad de la cesión de créditos hipotecarios . .	1080
17. Efectos de la cesión parcial con garantía accesoria sobre la hipoteca	1084
18. La legitimación del cedente para ejercitar y disponer del derecho de hipoteca en caso de cesión no inscrita	1084
19. La legitimación del cesionario no inscrito para ejercitar el derecho de hipoteca frente al deudor hipotecante	1085
20. La legitimación del cesionario no inscrito para ejercitar el derecho de hipoteca frente a tercero	1088
21. La legitimación del cesionario no inscrito y el tracto sucesivo	1089
22. La cesión inscrita no notificada al deudor ha de cancelarse por pago del deudor al cedente	1090
23. La cesión de créditos hipotecarios transferibles por endoso o al portador	1090
II. Transmisión de la titularidad de una hipoteca global sin cesión de créditos	1091
1. Descripción del supuesto	1091
2. El problema de la hipoteca independiente	1092
3. La transmisibilidad del derecho de hipoteca	1093
4. El problema del art. 1528 CC	1093
5. El problema del art. 1205 CC	1093
6. La situación de los terceros que hayan adquirido derechos sobre el bien gravado	1094
7. El consentimiento de los terceros que hayan adquirido derechos sobre la hipoteca	1095
8. La posición del deudor hipotecario	1095
9. La posición del hipotecante no deudor	1095
10. Las obligaciones aseguradas	1095



III. La subrogación legal en el crédito hipotecario	1096
1. Subrogación en el crédito, en la hipoteca y en las garantías accesorias	1096
2. El pago realizado por el tercer poseedor de finca hipotecada	1097
3. El pago realizado por el hipotecante tercero	1098
4. El artículo 1211 CC	1099
5. La subrogación parcial	1100
6. La subrogación del vendedor <i>solvens</i> en caso de descuento o retención del importe de la deuda	1101
7. La subrogación del vendedor en caso de descuento o retención de un crédito hipotecario inexistente	1102
8. El pago de terceros no interesados en la obligación no produce subrogación legal y requiere consentimiento del <i>accipiens</i>	1102
9. Constancia registral de la subrogación	1103
10. La subrogación por pago en créditos cubiertos por una hipoteca flotante o global	1103
IV. La subrogación conforme a la Ley 2/1994	1103
1. Ventajas sobre la subrogación conforme al código civil	1103
2. Ámbito de aplicación	1104
3. Irregularidades procedimentales y beneficios fiscales y arancelarios	1106
4. El crédito objeto de subrogación	1106
5. No se exige subrogación en otras hipotecas a favor del acreedor inicial	1108
6. Tomar dinero prestado en escritura pública	1108
7. El nuevo préstamo: la problemática integración del protocolo de transparencia de la LCCI	1109
8. Notificación de la oferta aceptada	1111
9. Certificación de la deuda	1111
10. Cálculo del prestamista inmobiliario oferente	1112
11. La posición del deudor	1113
12. Naturaleza del derecho a enervar la subrogación	1113
13. La renuncia del derecho a enervar la subrogación	1114
14. No hay intervención notarial previa a la subrogación	1115



15. Ofertas y contraofertas	1115
16. Novación con el acreedor originario: la alocada carrera contrarreloj para enervar la subrogación antes de quince días	1115
17. Pago en caso de certificación de la deuda	1116
18. Pago en caso de cálculo del prestamista inmobiliario que pretenda subrogarse	1116
19. La escritura de subrogación	1117
20. Compensación por amortización anticipada y daños indemnizables	1121
21. El error en el cálculo	1122
22. Aplicación del art. 1213 CC	1122
23. Constancia registral y ejecución hipotecaria	1123
V. La modificación y el rango del crédito hipotecario	1123
1. Novación extintiva y modificación del crédito hipotecario	1123
2. Transparencia, perfección y formalización de la novación modificativa	1125
3. Modificación de créditos hipotecarios y rango registral: las reglas .	1126
4. Modificaciones del crédito hipotecario que comportan una alteración del rango	1128
5. En particular, el rango y las prórrogas del vencimiento de las obligaciones garantizadas: primer criterio de la DGRN	1130
6. El nuevo criterio de la DGRN sobre el mantenimiento del rango en caso de prórroga de la obligación garantizada	1133
7. También en particular, la división de créditos hipotecarios	1135
8. Opciones para articular los pactos de ampliación de crédito hipotecario y consecuencias procesales	1135
9. Ampliación de crédito con incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria	1137
10. Ampliación de capital sin incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria: la hipoteca recargable	1138
11. La alteración del plazo: plazos de carencia, plazos de disposición, ampliación y reducción del plazo de vencimiento de la obligación asegurada	1140
12. La novación y los requisitos exigidos a las escrituras de constitución en la ley 1/2013: tasación y vencimiento por impago	1142



13. Modificaciones de créditos hipotecarios exentas y con reducción de arancel conforme a la Ley 2/1994	1143
14. La comisión por modificación	1145
15. Constancia registral de la modificación	1146
VI. La subhipoteca	1146
1. Las reglas	1146
2. El objeto gravado	1147
3. Significado de la subhipoteca	1147
4. Contenido del derecho de subhipoteca	1148
5. Legitimación del acreedor subhipotecario	1149
6. La subhipoteca y la prenda del crédito hipotecario	1150
7. Validez y oponibilidad de la subhipoteca	1151
8. Extinción y cancelación de la inscripción de la hipoteca gravada ..	1151
9. Extinción y cancelación de la inscripción de subhipoteca	1152
VII. Los negocios de modificación del rango hipotecario	1152
1. La negociabilidad del rango hipotecario	1152
2. Requisitos comunes a todos los negocios de modificación del rango	1153
3. El consentimiento del propietario gravado y de los terceros	1154
4. La posposición con reserva de rango a favor de una hipoteca de constitución futura	1155
5. Posición del beneficiario de una reserva de rango	1156
6. La posposición a favor de una hipoteca inscrita	1157
7. La permuta de rango	1157
8. El convenio sobre igualdad de rango	1158

CAPÍTULO 20

LA TRANSMISIÓN DE BIENES HIPOTECADOS

I. Régimen aplicable a toda compraventa de finca hipotecada	1159
1. El deber general de información del vendedor	1159
2. Remedios civiles frente al incumplimiento del deber de información	1160



3.	Gastos de financiación no repercutibles por el vendedor al consumidor en la primera venta de viviendas	1161
4.	Las supuestas hipótesis de asunción legal liberatoria de la deuda .	1162
II.	La compraventa de finca hipotecada con subrogación en la deuda asegurada	1163
1.	La subrogación requiere siempre consentimiento del acreedor hipotecario	1163
2.	No hay subrogación en la compraventa con asunción no liberatoria .	1163
3.	Deberes generales de información del vendedor sobre el préstamo hipotecario en el que el comprador va a subrogarse	1164
4.	Obligaciones específicas de información del vendedor profesional al consumidor que va a subrogarse en la hipoteca	1164
5.	En subrogación de personas físicas en contratos de crédito inmobiliario garantizados con hipoteca, rige la LCCI y se imponen obligaciones de información a las entidades	1165
6.	Intereses devengados antes de la subrogación	1166
7.	Adquisición de la propiedad de VPO y subrogación hipotecaria .	1166
8.	Compraventa con subrogación en la deuda y sociedad de gananciales	1167
III.	Compraventa de finca hipotecada sin subrogación en la deuda asegurada .	1168
1.	Eventual acuerdo de cancelación con ocasión de la venta	1168
2.	El tercer poseedor de finca hipotecada	1169
3.	Compraventa con descuento o retención del importe de la obligación asegurada sin subrogación en la deuda	1169
IV.	La transmisión judicial de finca hipotecada	1170
1.	La jurisprudencia del TS sobre la «subrogación» del adjudicatario de fincas hipotecadas en las cargas anteriores	1170
2.	No hay subrogación, pero puede haber asunción interna si el tipo para la subasta se fijó con descuento de las cargas anteriores	1172

CAPÍTULO 21

**PRIVILEGIOS CREDITICIOS Y CANCELACIÓN
DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA**

I.	Privilegios crediticios y conflictos extraconcursales	1175
1.	Privilegios del acreedor hipotecario	1176



2.	En particular, la preferencia escrituraria del acreedor hipotecario y el sobrante de la ejecución hipotecaria	1177
3.	La colisión entre hipoteca y créditos salariales superprivilegiados .	1178
4.	La cancelación de cargas anteriores no preferentes en la ejecución por créditos salariales preferentes	1179
5.	Las preferencias convencionales entre coacreedores hipotecarios	1180
II.	La extinción del derecho de hipoteca inmobiliaria	1180
1.	Extinción del derecho y cancelación registral	1180
2.	Extinción de una hipoteca no cancelada y fe pública registral . . .	1181
3.	Tipos de causas de extinción del derecho de hipoteca	1181
4.	Extinción de la hipoteca por extinción de la obligación asegurada	1182
5.	La exoneración del pasivo insatisfecho no extingue la obligación asegurada	1182
6.	Efectos sobre la hipoteca de la extinción parcial de la obligación .	1183
7.	En particular, la extinción de hipotecas de máximo por pago del deudor	1183
8.	La extinción de hipotecas de máximo por pago del tercer poseedor y del hipotecante no deudor	1184
9.	Causas de extinción de los derechos sobre inmuebles	1184
10.	En particular, la extinción de la hipoteca de concesión de obras públicas	1185
11.	La extinción por confusión o consolidación	1186
12.	La extinción por renuncia	1187
13.	La caducidad del derecho de hipoteca	1188
14.	La caducidad convencional del derecho de hipoteca	1189
15.	La prescripción de la acción hipotecaria	1192
16.	La extinción por ejecución total o parcial de la hipoteca	1193
17.	Sobre la posibilidad de una usucapión liberatoria	1193
III.	Cancelación de la inscripción de hipoteca	1193
1.	Cancelación registral y extinción del derecho inscrito	1193
2.	La cancelación en sentido formal y material	1194
3.	El título formal para la cancelación	1195
4.	La cancelación por sentencia firme	1195



5. La cancelación de hipoteca prestada por el deudor o por tercero y la exoneración del pasivo insatisfecho	1198
6. La cancelación por consentimiento del acreedor hipotecario . . .	1198
7. Cancelación de hipoteca ganancial o presuntivamente ganancial .	1200
8. La cancelación de hipotecas durante la indivisión hereditaria . . .	1201
9. La cancelación de hipoteca una vez practicada la nota marginal expresiva de la certificación de dominio y cargas	1201
10. Cancelación en caso de pago liberatorio al acreedor transmitente del crédito	1202
11. Legitimación para cancelar	1202
12. La cancelación por medio de representante	1202
13. La cancelación condicional	1203
14. La cancelación por extinción del derecho inscrito que resulte del título constitutivo de la hipoteca	1204
15. La cancelación por extinción del derecho inscrito que resulte de otro documento fehaciente	1204
16. La cancelación con consignación por extinción del derecho inscrito que resulte de otro documento fehaciente	1205
17. La cancelación por extinción del derecho inscrito que resulte de la ley	1206
18. La cancelación de hipoteca recayente sobre varias fincas sin división del crédito	1207
19. La cancelación de hipoteca recayente sobre varias fincas con división del crédito	1207
20. Especialidades en la cancelación de una hipoteca de constitución unilateral	1208
21. Especialidades de la cancelación de una hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas	1208
22. La cancelación total de hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones representadas por títulos al portador	1209
23. La cancelación total de hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones representadas por títulos endosables	1210
24. La cancelación parcial de hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones representadas por títulos endosables o al portador .	1211
25. La cancelación de hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones representadas por medio de anotaciones en cuenta	1211



26. Especialidades en la cancelación de hipotecas que garantizan títulos del mercado hipotecario	1212
27. La cancelación de hipoteca cambiaria	1212
28. La cancelación parcial en caso de pluralidad de fincas gravadas con una hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones . . .	1213
29. La cancelación de una hipoteca flotante o global	1213
30. La liberación de cargas y gravámenes	1215

CAPÍTULO 22

**REEMBOLSO ANTICIPADO, VENCIMIENTO
Y EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA**

I. El reembolso anticipado de créditos hipotecarios	1217
1. Significado y diversos regímenes jurídicos	1217
2. Carácter imperativo o dispositivo de la facultad de reembolso anticipado	1220
3. El reembolso anticipado y sus consecuencias económicas en créditos no sujetos a la LCCI cuando el acreedor sea un prestamista inmobiliario sujeto a la LCCI	1220
4. El reembolso anticipado y sus consecuencias económicas en créditos hipotecarios sujetos a la Ley 2/2009 y en créditos hipotecarios concedidos a personas jurídicas de reducida dimensión	1221
5. Descripción general del reembolso anticipado en la LCCI	1222
6. Retorno de costes inherentes al crédito que dependan de su duración	1223
7. El retorno de costes inherentes al contrato de crédito y a contratos vinculados y combinados	1224
8. La compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada	1225
II. El vencimiento de la obligación asegurada	1227
1. La regla	1227
2. La cláusula de vencimiento anticipado de la obligación asegurada .	1229
3. La constancia registral de las cláusulas de vencimiento anticipado .	1230
4. Cláusulas de vencimiento anticipado e integración extrarregistral .	1232
5. Cláusulas de vencimiento anticipado declaradas inscribibles	1233



6.	Cláusulas de vencimiento anticipado declaradas no inscribibles . . .	1236
7.	Consideraciones críticas sobre el criterio de la DGRN	1239
8.	En particular, el vencimiento anticipado por impago de la obligación garantizada: punto final de dos regímenes jurídicos para un tortuoso pasado	1239
9.	El régimen general de vencimiento anticipado y su aplicación intertemporal	1241
10.	El vencimiento anticipado por impago en créditos sujetos a la LCCI, incluidos los no vencidos concertados antes de su entrada en vigor. Régimen de vencimiento anticipado plural para deudor persona jurídica y garante persona física	1243
11.	El régimen de vencimiento anticipado de la LCCI	1245
12.	Vencimiento anticipado y ejecución de la hipoteca	1247
13.	El vencimiento anticipado en las hipotecas a favor de una pluralidad de titulares parciarios	1248
14.	El vencimiento de las deudas a plazo por la declaración de concurso	1249
15.	Vencimiento anticipado y resolución contractual	1249
III.	Opciones procesales del acreedor hipotecario	1249
1.	Libertad de elección procesal	1249
2.	El procedimiento de los arts. 681 y ss. LECiv	1251
3.	La venta extrajudicial notarial	1251
4.	Ejercicio de la acción personal en el juicio ejecutivo ordinario . . .	1252
5.	El ejercicio de la acción hipotecaria en juicio ejecutivo ordinario .	1253
6.	Acumulación de ejecuciones hipotecarias sobre bienes distintos .	1254
7.	La condena en procedimiento declarativo no se puede articular como ejecución hipotecaria	1255
IV.	Panorama de medidas de protección de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad y las ejecuciones hipotecarias	1256
1.	Descripción de estas medidas	1256
2.	Diversidad de sujetos protegidos: Hipotecantes de viviendas vs. deudores y garantes situados en el umbral de exclusión vs. colectivos especialmente vulnerables	1258
3.	La ley 1/2013 REFORMÓ las ejecuciones hipotecarias sin limitar las medidas protectoras a las hipotecas constituidas por consumidores	1260



4.	Aplicación transitoria de las medidas de protección del RDL 6/2012	1261
5.	Las medidas del Código de Buenas Prácticas del RD ley 6/2012 ..	1261
6.	La suspensión de lanzamientos de la Ley 1/2013	1263
7.	Las medidas establecidas en el RD Ley 19/2022 para proteger a deudores vulnerables frente al incremento acelerado de tipos de interés	1267
V.	El procedimiento judicial especial de ejecución hipotecaria	1268
1.	Régimen aplicable	1268
2.	Imperatividad de los trámites de este procedimiento	1269
3.	Sumariedad de este procedimiento	1269
4.	Constitucionalidad de este procedimiento	1270
5.	Presupuestos de aplicación del procedimiento especial de los arts. 681 y ss. LECIV	1271
6.	El domicilio señalado para requerimientos y notificaciones	1272
7.	El valor de tasación y su incidencia como tipo para la subasta ...	1274
8.	Juzgado Competente	1279
9.	Las partes de la ejecución: el actor	1279
10.	Legitimación del acreedor beneficiario de una hipoteca unilateral	1281
11.	Pluralidad de ejecutantes	1281
12.	Los legitimados pasivos	1282
13.	El adquirente no inscrito	1285
14.	El adquirente posterior a la certificación de dominio y cargas ...	1286
15.	Inicio del procedimiento: demanda ejecutiva y documentos a presentar	1286
16.	El título o los títulos de crédito	1288
17.	La integración del título por medio de títulos ejecutivos extrarregistrales	1291
18.	Títulos ejecutivos aptos para el despacho de ejecución	1292
19.	La ejecución del crédito de intereses variables y de los créditos en divisas	1293
20.	Régimen de la ejecución por el saldo de operaciones	1293
21.	La integración del título constitutivo de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras	1295



22. La integración del título constitutivo de una hipoteca flotante o global	1296
23. Hipotecas ejecutables por el saldo de operaciones	1297
24. La certificación del saldo como título ejecutivo	1298
25. La integración del título de la hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones	1301
26. La integración del título de la hipoteca cambiaria	1302
27. Verificación por el tribunal de los presupuestos para despachar ejecución, incluido el control de oficio sobre cláusulas abusivas en la contratación consumidores	1302
28. Deudas a plazos	1303
29. La liberación por pago en las deudas a plazos	1304
30. El requerimiento de pago	1305
31. La certificación de dominio y cargas	1307
32. La nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas	1308
33. Información de cargas extinguidas o aminoradas	1311
34. Comunicación del procedimiento al titular inscrito	1312
35. Comunicación a los acreedores posteriores	1312
36. Administración del inmueble hipotecado	1313
37. Realización del inmueble gravado: el convenio de realización y la subasta judicial	1314
38. El tipo para la subasta y el descuento de las cargas y derechos anteriores	1316
39. Los arrendatarios y ocupantes de hecho	1317
40. Condiciones para la eficacia tras la ejecución de los pactos consentidos por el ejecutante sobre subsistencia de arrendamientos y derechos de superficie posteriores (instalaciones fotovoltaicas) ..	1321
41. Subasta, aprobación del remate y adjudicación	1322
42. Subasta sin ningún postor	1330
43. Adjudicación al acreedor y subsistencia de la acción personal por la parte de deuda no cubierta. Sobre la pretensión de enriquecimiento injusto	1331
44. La entrega de la posesión al adquirente	1335
45. Pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante	1336



46. Las reglas sobre ejecución de la hipoteca de concesión	1338
47. Las cargas posteriores y la dación en pago	1339
48. La cancelación de cargas posteriores	1340
49. El problema de la cancelación de las cargas posteriores pero preferentes a la hipoteca	1343
50. La cancelación de las cargas preferentes	1344
51. Causas de oposición a la ejecución	1345
52. En particular, la oposición basada en el carácter abusivo de cláusulas contractuales	1348
53. Reclamaciones no suspensivas de la ejecución	1352
54. En particular, la tercería de mejor derecho por créditos preferentes al del actor	1354
55. El incidente de nulidad de actuaciones	1356
VI. La venta extrajudicial de bienes hipotecados	1356
1. Regulación y significado del pacto de venta extrajudicial	1356
2. Constitucionalidad de este procedimiento	1357
3. El pacto de venta extrajudicial no es de por sí abusivo	1358
4. Imperatividad de los trámites de este procedimiento	1358
5. Presupuestos de aplicación del procedimiento ejecutivo extrajudicial	1359
6. Hipotecas ejecutables extrajudicialmente	1361
7. Notario competente	1363
8. El régimen aplicable al procedimiento	1363
9. Inicio del procedimiento	1363
10. El control de las cláusulas abusivas	1364
11. La certificación de dominio y cargas y su constancia registral	1365
12. El requerimiento de pago al deudor	1366
13. Comunicación del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores	1367
14. Terminación de la ejecución por pago	1368
15. Realización del inmueble, adjudicación y cancelación	1368
16. La entrega al adjudicatario y la situación de los arrendatarios y ocupantes del inmueble	1370
17. Pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante	1370



18. Causas de oposición a la ejecución. En particular, la oposición basada en la existencia de cláusulas abusivas	1371
19. Certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente. Aplicación del art. 579.2 LEC	1373
VII. La ejecución parcial	1373
1. Utilidad de la ejecución parcial	1373
2. Los argumentos en contra de la ejecución parcial en caso de hipoteca a favor de varios acreedores parciarios	1374
3. Consideraciones críticas sobre estos argumentos	1375
4. La posibilidad de ejecución parcial como regla general	1376
5. Pacto especial en créditos hipotecarios sujetos a la LCCI	1377
6. El caso especial de la hipoteca de máximo	1377
PLAN GENERAL DE LA OBRA	1379



CAPÍTULO 1

LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA FIANZA*

I. LA DEFINICIÓN BÁSICA DE LA FIANZA EN EL CC

1. OBLIGACIÓN DE REFUERZO

La fianza se regula en el Tít. XIV del Lib. IV del CC. En la concepción del legislador la fianza es, por ello, considerada como un *contrato* del que

* **Bibliografía:** ALONSO SÁNCHEZ: *Protección del fiador en vía de regreso*, 1993; «Derecho concursal y fianza», *RDP*, 1993, pp. 38 y ss.; ALVENTOSA DEL RÍO: *La fianza: ámbito de responsabilidad*, 1988; «Fianza mercantil y responsabilidad del fiador», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Broseta*, 1995, pp. 107 y ss.; BRENES CORTÉS: «Solidaridad en la fianza mercantil», *Homenaje en memoria de Joaquín Lanza y de Luis Selva*, 1998, I, pp. 49 y ss.; CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, 1992; «La fianza general», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo*, II, 1993, pp. 1045 y ss.; «¿Se extingue la fianza por la fusión de la sociedad acreedora?», *AC* 1999 III, pg. 2201; CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, 1984; DELGADO ECHEVERRÍA: «La Fianza», en *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, II, vol. 3.º, 1986; Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 1993, pp. 413 y ss.; ESTRADA ALONSO: «La fianza aseguradora», *ADC* 2003, pp. 599 y ss.; FÍNEZ RATÓN: «La prórroga forzosa como causa de extinción de la fianza (Análisis del art. 1851 CC)», *RJN* 5, 1993, pp. 71 y ss.; «La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (estudio del art. 1852 del Código Civil)», *RCDI* 614, 1992, pp. 9 y ss.; GÓMEZ BLANES: *El principio de accesoriedad de la fianza*, 2008; GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXIII, 1979; INFANTE PÉREZ: «El plazo de validez de los avales cambiarios», *RDBB* 71, 1998, pp. 829 y ss.; INFANTE RUIZ: *Las garantías personales y su causa*, 2004; «La interpretación del contrato de fianza», *RJN* 110, 2020, pp. 189 y ss.; MONTSERRAT VALERO: *El contrato de fianza y aval a primer requerimiento*, 2017; PÉREZ ÁLVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, 1985; PÉREZ RAMOS: «El deudor garante», *AAMN* 55, 2015, pp. 245 y ss.; REYES LÓPEZ y BUIGUES OLIVER: «Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza», *ADC* 1996, pp. 1451 y ss.; REYES LÓPEZ: *Fianza y nuevas modalidades de garantía*, 1996; «La situación del fiador tras la aprobación de un convenio con prórroga para el deudor en un expediente de suspensión de pagos (especial consideración del art. 1851 CC)», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Broseta Pont*, 1995, III, pp. 3117 y ss.; TIRADO SUÁREZ: «Acotaciones sobre los límites esenciales de la fianza mercantil», en *Estudios Homenaje a Menéndez*, 1996, III, pp. 3005 y ss.; VALENZUELA GARACH:



surge una determinada *obligación* por la parte del fiador. El art. 1822.I se expresa en términos por los que por el contrato de «fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste». Este «uno» que se obliga (fiador) es un garante de un «tercero» que es a su vez un deudor (deudor principal) del acreedor. El acreedor del fiador es (necesariamente)¹ el acreedor del deudor principal y el acreedor de éste es (necesariamente) el acreedor del fiador. El deudor será la persona «a favor» de quien se constituye la fianza (art. 1823.II). La carga del fiador es personal, y en virtud de la sola fianza no se generan derechos reales de garantía (prenda del crédito del fiador contra el deudor, prenda de los derechos del beneficiario frente a terceros, etc.), ni tampoco se presuponen tales derechos reales como subyacente de una fianza²; sin perjuicio de que se puedan pactar garantías reales de refuerzo de la obligación del garante o de otras obligaciones dentro del espectro contractual. La deuda que se promete cumplir no es otra deuda materialmente distinta (y duplicada) de la deuda principal, sino la misma deuda principal, cuyo cumplimiento asume el fiador por medio de una *nueva y propia* obligación³, que no se puede llamar «condicional» pero que funciona como tal⁴ y que, desde luego, no se contrae «en nombre del deudor»⁵. Y como es una nueva y propia obligación, el fiador personal hipotecante de bienes propios que limita la hipoteca de tales bie-

«El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales», en NIETO CAROL y BONET SÁNCHEZ (coord.): *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, 1996, I, pp. 425 y ss. Estudios jurisprudenciales: ALONSO SÁNCHEZ: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (1983 a 1988)», *ADC* 1989, pp. 979 y ss.; CARRASCO PERERA: «Jurisprudencia en materia de fianza (1994-1997)», *AC* 1988-I, pp. 55 y ss.; GUILARTE ZAPATERO: *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, 1997; RUBIO GARRIDO, en PASQUAU LIAÑO (dir.): *Jurisprudencia civil comentada*, 2.ª ed., 2009, tomo III, arts. 1821 a 1856. Más bibliografía en los Epígrafes y Capítulos que siguen.

1. De otra forma la fianza se extinguiría.
2. Pignorar el crédito de A frente a B en favor de C, no hace a B *ordinariamente* fiador en favor de C. Y para que B afiance a C no hace falta que previamente A pignorase en favor de C un eventual crédito que tuviese contra B.
3. El deudor no puede ser fiador de sí mismo (SSTS 26 mayo 1950 [RJ 1950, 744]; 17 junio 1953 [RJ 1953, 1671]; 4 junio 1985 [RJ 1985, 3093]).
4. La cuestión tuvo su importancia en el Derecho común, a efectos de la aplicación o no de la regla hoy contenida en el art. 1119 CC; se consideró que era condicional la fianza *indemnitatis*, pero no la fianza simple (VINNIO: *Comentario a las Instituciones de Justiniano*, versión española, Barcelona, 1847 II, p. 41). En cualquier caso, el cumplimiento de la eventualidad no produce contra el fiador efectos retroactivos.
5. Esto se sostenía empero, intensivamente, en el Derecho de Pandectas, y de esta forma, se decía, quedaba distinguida la fianza de la *correalitas* y del *constitutum debiti alieni* (por todos, BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, 2.ª ed., 1879, §§ 255, 256). Pero la propuesta de tan esclarecidos autores es insostenible ya para el Derecho romano (donde no se conocía la representación como tal), y más en nuestros días. Si el fiador se obligara en nombre ajeno, no se obligaría él, sino que obligaría redundantemente a quien ya es



nes a su *propia* obligación, no es ni tan siquiera hipotecante por deuda ajena de la deuda del deudor principal⁶. No tiene desarrollo hoy mantener una diferencia entre prometer la prestación debida por el deudor o prometer su mera satisfacción⁷. La fianza no es un contrato de juego (prohibido o permitido), porque sólo una de las partes asume el riesgo de perder, y el acreedor realmente no tiene interés empírico en que el fiador tenga que responder⁸. «Cumplir por otro» significa cumplir *si no lo hace* el otro, no cumplir *además* del otro, pues el cumplimiento por parte del fiador o del deudor extinguen frente al acreedor la obligación del otro codeudor. Existen, en consecuencia, dos obligaciones, surgidas de título diverso, siendo una de ellas refuerzo del cumplimiento de la otra, y sin que exista novación subjetiva. No existe en la fianza una *delegación* del deudor (o de tercero) al fiador para que éste se comprometa con el beneficiario, porque la fianza no comporta novación subjetiva (extintiva) de la deuda subyacente; pero sí puede ocurrir que un tercero mandate a un sujeto para que salga fiador de un tercero, lo que es importante porque entonces el fiador que paga dispondrá de dos vías de regreso, como fiador y como mandatario (*cf.* Cap. 6.V). Las obligaciones del deudor y del fiador frente al acreedor no son acumulativas, por lo que el acreedor no tiene en la obligación de refuerzo un interés de cumplimiento distinto o adicional al que tiene respecto de la obligación principal. La deuda del fiador es una deuda propia cuyo objeto es procurar la satisfacción del interés del acreedor en el cumplimiento de la principal. Pero no es contenido de la obligación fideusoria *prometer que el deudor cumplirá*, pues el acreedor no tiene por regla interés en los esfuerzos que pueda hacer o no el fiador, orientados al cumplimiento por el deudor, ni cabe considerar en modo alguno que el compromiso infungible del garante pueda extinguirse por imposibilidad sobrevenida cuando el fiador, a pesar de todos sus esfuerzos, no pudo conseguir que el deudor cumpliera. Aunque el modelo de fianza del CC acaso permitiera la extensión, no se corresponde con la estructura típica de este contrato que el garante se comprometa a cumplir en lugar del deudor (incumplidor, insolvente) un conjunto de obligaciones específicas (no dinerarias en principio) que nacen de un contrato de tracto

deudor. Otra cosa, que se puede aceptar, es que el fiador «pague en nombre del deudor» (*cf.* art. 1159 CC), y por eso puede subrogarse en el lugar del acreedor satisfecho.

6. La obligación del fiador puede ser tan dispar de la principal que no se puede presumir siempre que el fiador hipoteque en garantía de esta última. *Cfr.* un caso de fiador hipotecario de esta clase en STS 209/2022, de 15 marzo (RJ 2022, 1178).
7. Juego de palabras sobre el que, parece, se construyó la sutil diferencia entre la fianza y el *constituo debiti alieni*, instituto que ya antes de la codificación se daba por absorbido en la fianza ordinaria (*cf.* BRINZ, § 257).
8. La obligación derivada a una permuta financiera es un contrato financiero de cambio, no una garantía.



sucesivo. Tampoco vale como fianza prometer que se buscará o se designará un tercer deudor si el originario incumple.

2. COMPROMISOS DE GARANTÍA INTERNA

Tampoco es fianza (aunque, como ocurre en la práctica de las garantías intragrupo, se llame así, o garantía a primer requerimiento) la obligación subsidiaria contraída por un tercero frente al acreedor de proveer recursos al deudor para que éste pueda cumplir, como en los celebrados «contratos de apoyo de accionistas»⁹. En estos casos es posible que se pueda hablar de una estipulación a favor de tercero (deudor principal), y se pueda aceptar que el acreedor tiene una pretensión de cumplimiento en forma específica (de entrega de fondos al deudor principal), como de hecho sostiene el TS¹⁰, pero esta obligación no es fianza, ni se convierte en fianza por el hecho de que, caído el deudor en concurso, el promitente no pudiera cumplir su obligación en forma específica frente al deudor (normalmente una filial) (*cf.* Cap. 8). Nuevamente, si el *sponsor* de un proyecto financiado por terceros se compromete a adquirir a determinado precio una parte de los productos o servicios producidos por la sociedad que explota el proyecto financiado, seguramente estamos ante una garantía en sentido económico, pero no es una garantía personal en el sentido que lo es la fianza. En unos u otros casos puede el acreedor final hacerse ceder o pignorar los créditos *internos* que tiene la sociedad proyecto frente a su *sponsor* o matriz, pero este crédito tampoco será un crédito fideusorio. Si el FROB concede a una entidad financiera «resuelta» un esquema de protección de activos (EPA¹¹), no habrá fianza si este esquema se reduce a «cubrir las pérdidas» (hasta cierta cuantía) de determinados activos, pero habrá fianza si se compromete frente a la entidad (o frente al comprador de ésta) a «pagar créditos» incobrados que se encuentran incluidos en el perímetro del esquema. Con todo, de una u otra manera hay un fondo de accesoriedad de la obligación de soporte interno que contrae el *sponsor* o la sociedad matriz o el FROB, pues esta obligación no tiene existencia propia salvo como vehículo de cumplimiento de la obligación principal de devolución del crédito. Quedará por determinar en cada caso en qué medida serán aplicables reglas de la fianza a través de las cuales se expresa un principio general por el que las obligaciones que son accesorias de otras no pueden sobrevivir sino en la medida en que siguen existiendo las obligaciones principales.

9. *Cfr.* CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, 4.^a ed., 2024 Cap. 12 § 16 y nota pie de página.

10. STS 19 febrero 2020 (RJ 2020, 483).

11. MÍNGUEZ HERNÁNDEZ: «Herramientas contractuales de apoyo financiero a entidades en crisis: los esquemas de protección de activos», *La Ley Mercantil* 1, 2014, pp. 199 y ss.



3. OBLIGACIÓN DE REFUERZO SUBSIDIARIA O SOLIDARIA

El art. 1822 CC tiene dos partes. En la primera se define la fianza en términos de «obligación de cumplir por otro en caso de no hacerlo éste». En el párrafo segundo se regula por medio de una remisión la llamada fianza solidaria. Después nos referiremos a ésta en detalle. Ahora basta considerar que la obligación de refuerzo («cumplir por otro») puede presentarse de dos formas. Si la obligación es *subsidiaria*, el fiador sólo estará obligado a cumplir «por otro» cuando éste no haya cumplido; es decir, cuando esté constituido en mora. En la fianza *solidaria* el fiador puede ser requerido judicial o extrajudicialmente para el pago cuando la obligación «principal» esté vencida, sin que el deudor haya todavía *incumplido* en sentido propio¹². Por ello, ha de afirmarse ya en este lugar que no es cierta la consideración —hecha, por cierto, por la mejor doctrina— de que toda fianza, incluso la solidaria, es una fianza subsidiaria¹³. «Cumplir por otro» sólo expresa el carácter de garantía que tiene la fianza, pero no su naturaleza subsidiaria, que no es esencial a la figura. Con todo, como veremos (*infra* 5. VI.6 y Cap. 2.VI.11) existe una regla interpretativa en virtud de la cual incluso la fianza solidaria requiere, salvo que se pacte lo contrario, que exista un previo incumplimiento del deudor. Es decir, existe un principio interpretativo en virtud del cual toda fianza, incluso la solidaria, debe interpretarse como fianza subsidiaria. La fianza solidaria no es un desvío atípico ni una fianza simple con «renuncia» al beneficio de excusión, hasta el punto de que no cabe considerar la existencia de un error anulatorio relevante por el hecho de que el fiador alegue que desconocía el alcance de la solidaridad, toda vez que ésta pertenece a uno de los tipos normales de fianza, no más excepcional que la fianza subsidiaria¹⁴, y que por eso hace innecesario un juicio propio de transparencia sobre la «renuncia al beneficio de excusión»¹⁵; aclaración ésta de importancia, porque la «solidaridad en la fianza» no es una «cláusula» contractual sujeta a control de contenido ni puede aplicarse el art. 86.7 LGDCU¹⁶.

12. STS 3 febrero 1990 (RJ 1990, 655).

13. GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., p. 19; CASANOVAS MUSSONS: *La relación obligatoria de fianza*, cit., p. 16; DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos*, cit., pp. 502 y ss. En el sentido del texto, ALVENTOSA DEL RÍO: *La fianza: ámbito de responsabilidad*, cit., pp. 90 y 92.

14. Que, por demás, no es cláusula abusiva, ni cabe fundar en ello una demanda de nulidad por error [SSTS 1 julio 2019 (RJ 2019, 3132), 2 noviembre 2021 (JUR 2021, 341384)].

15. «En la hipótesis que el fiador no hubiera entendido el alcance de la renuncia, la misma sería irrelevante cuando la fianza es solidaria», SAP Barcelona, sec. 15.^a, 1827/2021, 21 septiembre (JUR 2021, 351566).

16. SSTS 27 enero 2020 (RJ 2020, 145); 820/2021, 29 noviembre (RJ 2021, 5286), 685/2022, 21 octubre (RJ 2023, 5183). Y mucha jurisprudencia de Audiencias en seguimiento de esta doctrina, aunque no es unánime.



4. SUBSIDIARIEDAD Y BENEFICIO DE EXCUSIÓN

La subsidiariedad («cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste») ¹⁷ define la fianza con carácter institucional, que tiene como supuesto de hecho el incumplimiento del deudor principal. Esto es lo único que se exige para que la fianza sea subsidiaria. Pero no se exige que el fiador disponga además del beneficio de excusión (arts. 1830 y ss. CC). Toda fianza subsidiaria concede al fiador el beneficio de excusión en principio; pero la renuncia al beneficio de excusión no tiene que comportar sin más que la fianza sea solidaria y no subsidiaria. Cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión, está renunciando a que el acreedor tenga que perseguir los bienes del deudor antes de agredir los del fiador; pero no está renunciando a que, en todo caso, el deudor *haya incumplido*, para que el fiador pueda ser requerido de pago ¹⁸. Sin embargo, tradicionalmente se han considerado como intercambiables el beneficio de excusión y la subsidiariedad, quizá porque el art. 1831.2.º CC haya vinculado de modo automático la pérdida de este beneficio a la constitución de la fianza como solidaria. La distinción entre subsidiariedad y beneficio de excusión tiene una importancia práctica apreciable; si el fiador subsidiario es requerido para el pago antes de que el deudor haya sido constituido en mora, no sólo podrá oponer aquél el beneficio de excusión (art. 1834 CC), sino también la falta de fundamento material de la demanda, por ausencia de uno de sus presupuestos constitutivos. El deudor principal ha de estar necesariamente en mora en la fianza subsidiaria, y no precisa estarlo ¹⁹ en la fianza *genuinamente* solidaria.

5. SUBSIDIARIEDAD, SOLIDARIDAD Y CONTINGENCIA CONCURSAL DEL CRÉDITO CONTRA EL FIADOR

Acabamos de exponer que no es lo mismo una fianza subsidiaria que una fianza con beneficio de excusión. Sostenemos ahora, y fundamentare-

17. Los límites entre subsidiariedad y accesoriedad no siempre están claros. Para PÉREZ ÁLVAREZ es propio del requisito de la accesoriedad de la fianza lo que aquí consideramos como expresión de la subsidiariedad de la fianza (*Solidaridad en la fianza, cit.*, pp. 93 y ss.). En cambio, para CASANOVAS MUSSONS pertenecen al requisito de la subsidiariedad los rasgos que tradicionalmente se asignan a la accesoriedad (*La relación obligatoria de fianza, cit.*, pp. 7 y ss.).
18. *Cfr.* STS 1 abril 2000 (RJ 2000, 2969). Pero ello no significa, contra la sentencia citada, que sea siempre preciso el litisconsorcio pasivo necesario entre deudor y fiador. Correctamente, SSTS 31 octubre 1984 (RJ 1984, 5153); 5 febrero 1992 (RJ 1992, 830); 31 diciembre 1996 (RJ 1996, 9227). Esta distinción está supuesta, por ejemplo, en ANTONIO GÓMEZ, cuando distingue entre la fianza condicional y la fianza simple con beneficio de excusión (*Variae Resolutiones*, II, Cap. XIII, n. 2).
19. Salvo que la mora coincida en ese supuesto con el simple vencimiento de la deuda: *Cfr.* CARRASCO PERERA: *Derecho de Contratos*, 4.ª ed., Cap. 18 §§21, 22.



mos luego (*cf. infra* VI) que tampoco es lo mismo una fianza solidaria y una fianza no subsidiaria. En una fianza solidaria, el acreedor no podrá dirigirse como regla contra el fiador hasta que el deudor haya incumplido, por lo que la deuda del fiador sería subsidiaria del incumplimiento del deudor principal. Para que el fiador *solidario sea auténticamente solidario* tiene que haber constituido su obligación como una deuda propia, en los mismos términos que si se hubiera constituido desde el origen de la deuda como un codeudor principal de la misma y debe quedar claro de los términos del compromiso que el acreedor puede demandar directamente el cumplimiento al deudor de refuerzo. Por tanto, suscribimos la jurisprudencia concursal consolidada, según la cual el crédito contra el fiador concursado es siempre un crédito *contingente* en el sentido del art. 261.3 y art. 263.1 TRLCon²⁰, *incluso cuando la fianza es solidaria*, salvo que, en este último caso, el deudor haya ya incumplido²¹; queda excluido el caso en el que el fiador se haya constituido expresamente *como deudor principal, como si de una deuda propia se tratase*²². Respecto de la contingencia del propio crédito de regreso del fiador, *cf. Cap. 6.II.1. y 21*. Respecto de la particularidad (y sus consecuencias) de los avales ICO-COVID de los RR DD Leyes 8 y 25/2020, *cf. SAP Madrid 214/2024, 24 junio (JUR 2024, 306060)*.

6. LA FIANZA COMO GARANTÍA

La fianza es un contrato de garantía. Aunque esta calificación (de la que participan igualmente los contratos de prenda e hipoteca) no comporta ninguna consecuencia especial, pues el CC no contiene un régimen jurídico común para los contratos de garantía, es útil para identificar la causa del contrato y de la obligación fideusoria, con las consecuencias que veremos más adelante. A diferencia de la prenda y de la hipoteca, la fianza es

20. Afectados por los efectos de los planes de reestructuración (arts. 616.2 y 698.3 TRLCon).
21. SAP Valencia, secc. 9.^a, 25 enero 2011 (AC 2011, 270); SJMER 2 Bilbao 8 junio 2009, ADCO 19, 413; SJMER Bilbao 2, 12 diciembre 2012 (JUR 2013, 121237); SAP Burgos, secc. 3.^a, 20 enero 2012 (JUR 2012, 43245); SAP Barcelona, secc. 15.^a, 25 enero 2012; 2 mayo 2013; SAP Palma de Mallorca, secc. 5.^a, 23 julio 2013 (AC 2013, 1560); SSJMER Madrid 6, 18 febrero, 25 y 27 marzo 2013 (JUR 2013, 224837). Sobre la jurisprudencia de los jueces mercantiles de Barcelona, constante en este sentido, *cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: RDCyPar*, 19/2003, pp. 215 y ss. Esta doctrina ha sido confirmada por la STS 8 julio 2014 (RJ 2014, 3731); *cf. también* STS 18 febrero 2015 (RJ 2015, 1276), STS 27 enero 2020 (RJ 2020, 145) y SAP Asturias, secc. 1.^a, 10 noviembre 2020 (JUR 2021/37870). En sentido contrario, SJMER Pontevedra 1, 25 mayo 2010, ADCO 22, 662 y SAP Murcia, secc. 4.^a, 30 mayo 2013 (AC 2013, 1254), que lo califican de crédito ordinario no contingente; en el mismo sentido BRENES CORTÉS: «Calificación del crédito contra el fiador solidario declarado en concurso», *RDCyPar*, 16, 2012, pp. 185 y ss.
22. *Cf. SAP Barcelona*, secc. 15.^a 14 enero 2013 (JUR 2013, 72882).



una garantía personal, pues el acreedor fortalece sus expectativas de cobro mediante la aparición de un nuevo deudor de refuerzo, con la afección de un nuevo patrimonio al cumplimiento de la deuda contraída por el deudor principal. Al tratarse de un contrato de garantía, la obligación de refuerzo nace de un título contractual distinto de la obligación garantizada: el contrato de fianza. Esta consideración es de gran interés, porque la constitución de la fianza como *auténticamente* solidaria no excluirá que la obligación del fiador sea siempre una obligación de refuerzo que nace de un contrato de garantía, y no una simple cesión o asunción del título deudor por el que el deudor debía, como comprador, prestatario, etc. Al ser un contrato de garantía, el cumplimiento del fiador es liberatorio del deudor frente al acreedor. Por ello, no es fianza, ni causalmente un contrato de garantía (pero sí es una garantía en sus efectos empíricos), aquella promesa de cumplimiento que tiene como condición suspensiva un incumplimiento ajeno, pero sin que el cumplimiento del promitente tenga ninguna función liberatoria del otro deudor cuya conducta se configura como hecho condicionante²³. Por el contrario, *aunque la promesa en cuestión se configure como una promesa independiente y no como garantía*, deberá ser tratada como garantía personal, cuando el cumplimiento del promitente de refuerzo libere al otro deudor. No importa que se le llame «deuda propia», porque seguirá siendo garantía, aunque, en los términos ya explicados, se tratará de una garantía solidaria «pura» y no subsidiaria.

7. LA FIANZA COMO INTERCESIÓN

El garante al que se refiere el art. 1822 CC no es un simple deudor más, que acumula su responsabilidad a la del deudor principal. Existen efectos de garantía o situaciones de garantía, en las que el acreedor se encuentra que, en lugar de un deudor, tiene varios. Esto acrecienta la seguridad de su crédito. Pero sólo se puede hablar de fianza si el deudor de refuerzo *se obliga especialmente con el acreedor* mediante la asunción de una responsabilidad patrimonial propia en consideración o contemplación de una determinada responsabilidad ajena, y precisamente frente al acreedor de esta primera obligación; a esta intervención especial para garantizar al acreedor el cumplimiento de una deuda ajena se llama intercesión, y constituye una espe-

23. Es el caso de los instrumentos financieros conocidos como *credit derivatives* (*credit default products, total return swaps, credit spread options*, etc.). Cfr. Sobre la función de garantía de estos contratos derivados, WOOD: *Set-off and Netting, Derivatives, Clearing Systems*, 2007, pp. 206 y ss. Algunos tipos de *risk participation agreements* que se generalizan en el mercado adoptan una forma de garantía cuando en realidad constituyen especies de cesión de créditos por sindicación eventual. En todos estos casos hay que estudiar con detalle en qué medida se utilizan estructuras contractuales con fines de simulación.



cífica causa contractual²⁴, sin perjuicio de que, eventualmente, también se hubiera obligado con un tercero que le dio mandato para salir como fiador del deudor principal y por tanto concurren dos causas y dos acciones distintas de regreso. Cuando el titular de un crédito lo cede a un tercero (*cessio pro solvendo*, venta de crédito), el deudor cedido no es fiador del cesionario. Pues aquél debe en función de la obligación previamente contraída con el cedente. Igualmente ocurre con el tercero legitimado pasivo por una acción subrogatoria o con el deudor de la acción directa del art. 1597 CC; éstos deben en función exclusiva de su débito preexistente, y por ello pueden oponer al nuevo titular del crédito las excepciones que pudieran oponer al cedente o subrogatario²⁵, mientras que el fiador, obligado especialmente con el acreedor por medio de una intercesión, no puede oponerle las excepciones que le cupieran frente al deudor principal. Pero esto no quiere decir, como luego veremos, que no quepa considerarlos «fiadores legales».

8. CAUSA INTERCEDENDI Y CAUSA SOLVENDI

El fiador no se obliga como un comprador, un arrendatario o un prestatario. Éstos se obligan *solvendi causa* y constituyen una obligación de pago de una cantidad de dinero. El interés típico del acreedor es en estos casos (vendedor, prestamista, arrendador) que el deudor pague la deuda; si este pago no se produce, el interés creditorio habrá sido frustrado. Pero en el caso de la fianza no es el pago por el fiador el interés típico del acreedor; si el fiador no paga, porque ha cumplido el deudor, el interés del acreedor en la fianza no se podrá considerar un interés frustrado, una exigencia incumplida. Pues propiamente, *el fiador no promete el pago bajo una condición suspensiva*, sino que *se constituye como fiador* y cobra por ello la comisión de aval (en su caso), aunque no se dé nunca la circunstancia de que tenga que pagar. Por ello, si el deudor paga, no podrá decirse que la condición no se ha cumplido respecto de la obligación del fiador; si pudiera hablarse de condición incumplida, la obligación del fiador quedaría extinguida con efectos retroactivos, y tendría que devolver la comisión de aval que hubiera cobrado al acreedor o al deudor. Nada de eso ocurre, empero. Y la razón es que el interés creditorio en el contrato de fianza es que el fiador interceda por la deuda ajena y preste su garantía. Al margen de que pague o no, ya la sola prestación de esta garantía tiene un valor económico para las partes. Por eso el acreedor dispone del derecho del art. 1829 CC, aun antes del pago; y el fiador puede pedir la relevación de la fianza conforme al art. 1843

24. BADOSA: «La intercesión de la mujer casada catalana», *RJC* 1970, pp. 479 y ss.

25. Esto seguramente no es así con el privilegio del subporteador en la Disp. Adic. 6.ª Ley 9/2013, a tenor de la doctrina fundada en la STS 29 diciembre 2020 (RJ 2020, 5558), que cita otras anteriores.



CC, antes de haber tenido que pagar. Esto no quiere decir que un sujeto no se pueda constituir como deudor principal bajo condición y prometa pagar al acreedor lo que a éste deba otro deudor, en cuyo caso se obliga, aunque el deudor no pueda pagar por una razón que extingue la deuda y hubiera extinguido la del deudor secundario si éste fuera fiador²⁶. Se trata de una cuestión de interpretación, pero esta opción no debe presumirse en caso de duda. Para que se tratara de una condición en sentido propio sería preciso que el acreedor de los dos deudores *realmente* sólo tuviera interés en la obligación del deudor secundario, pasando a ser el no cumplimiento del deudor primario una mera contingencia propiciatoria del resultado buscado; altamente improbable que una situación tal se realice.

9. CONTRATO DE FIANZA Y FIANZA DEBIDA

Hemos dicho que la ubicación sistemática de las normas de la fianza en el CC revela que para el legislador aquélla es un contrato; es decir, un acuerdo de voluntades que produce obligaciones (art. 1254 CC). Pero no toda obligación de cumplir subsidiariamente por otro tiene su fuente en un contrato ni es infrecuente que la propia terminología legal (*v. gr.* «prestar fianza») en ocasiones presuponga que es una obligación, y no un contrato, la relación obligatoria de fianza en general²⁷. El art. 1823.I establece que la fianza puede ser convencional, legal o judicial, y el art. 1854 se refiere «al fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial». Pero estos términos no deben llevarnos a confusión. La «obligación de dar fianza» puede surgir de un contrato entre deudor y acreedor o de una disposición legal o una resolución judicial. Pero la *fianza como obligación de cumplir por otro* nace siempre de una declaración de voluntad de parte del fiador. Esta declaración, aceptada por el acreedor, es lo que denominamos contrato de fianza. Con todo, como veremos después, el Ordenamiento jurídico reconoce la existencia de obligaciones fideusorias que no nacen de un contrato de fianza, sino que son impuestas por la ley; es decir, obligaciones fideusorias que no requieren para su constitución una específica declaración de voluntad del fiador por la que se constituya como garante. Volviendo a la «obligación convencional de prestar fianza», que será una cláusula contractual o un contrato pleno entre el deudor y el acreedor (al que los alemanes conocen como *Sicherungsabrede*), este se constituye necesariamente como un presupuesto causal de la fianza, en la forma que se desarrollará en Cap. 2.IX.

26. Figura jurídica de calificación discutida en el Derecho común (*cf.* ANTONIO GÓMEZ: *Variae Resolutiones*, II, Cap. XIII, n. 3).

27. Sobre estas distintas perspectivas, ALVENTOSA DEL RÍO: *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *cit.*, pp. 65, 73 y ss.



10. DEUDOR PRINCIPAL Y DEUDOR DE REFUERZO

El deudor principal es un sujeto que en el CC se concibe como ya obligado a su vez con el acreedor. No se dice en el CC que este deudor deba estar obligado *previamente* a que el fiador se comprometa con el acreedor común. Pero sí resulta del CC que el deudor, aunque haya contraído la deuda posterior o simultáneamente a la prestación de la fianza, la ha contraído por un *título distinto* del que constituye al fiador como obligado de refuerzo. Si los dos deudores contraen la deuda conjuntamente por el mismo título, no habrá fianza propiamente, sino otro contrato (compraventa, arrendamiento, préstamo, etc.), celebrado por dos deudores en forma mancomunada o solidaria, y regido por los arts. 1137 y ss. CC. Por eso, cuando el art. 1822.II establece que «si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto» en los arts. 1137 y ss., está suponiendo que el deudor y el fiador *se obligan por distinto título*, aunque lo hagan de forma solidaria. Este *fiador solidario* no se constituye en coarrendatario o coprestatario, no asume la condición de deudor que resulta del título por el que se obligó el deudor principal, sino que sigue siendo un deudor de refuerzo, un garante, que se obliga como fiador. Por eso, el fiador solidario es siempre fiador, aunque solidario; mientras que los codeudores solidarios que se obligan por un título contractual determinado son codeudores, y no se aplican entre ellos, ni en relación con el acreedor común, las normas del Tít. XIV del Lib. IV del CC²⁸. Lo único que tienen en común fiador solidario y codeudor solidario es que por ambos medios se procura objetivamente al acreedor una garantía de que su crédito goza de mayor posibilidad de ser satisfecho que si sólo existiera un deudor obligado. El deudor principal sigue siéndolo en los términos que tuviese contraídos con el acreedor, su *carga de cumplimiento* no se disminuye ni se agrava por la circunstancia de contar con un coobligado; esta consideración última es importante en la medida en que el acreedor pudiera *resolver el contrato por incumplimiento* del deudor o *desahuciar* por impago al arrendatario que ha mandatado a un avalista a primer requerimiento o un fiador. El acreedor no tiene la carga de acudir al fiador o garante antes de resolver o desahuciar, si tales remedios proceden conforme a las reglas comunes.

11. LA FIANZA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Del contrato de fianza nacen, como de todo contrato, obligaciones. No establece el CC cuál es la materialidad de la obligación («pagar o cumplir», art. 1822.I), por lo que, al menos en teoría, cabe una obligación

28. Sin perjuicio de que se alcance casi el mismo resultado con la aplicación del art. 1145 CC.



fideusoria consistente en dar, hacer o no hacer, según sea la naturaleza de la obligación principal cuyo cumplimiento garantice. Aunque el CC habla de los «efectos» de la fianza entre los distintos sujetos que intervienen en una *operación de fianza*, de hecho, la única obligación típicamente *fideusoria* es la que contrae el fiador con el acreedor común. El acreedor sólo contrae obligaciones directas con el fiador si se ha comprometido a retribuir económicamente a éste, o procurarle otro tipo de contraprestación a cambio de la prestación de la fianza [*cf.* Cap. 4.I.1]; ni tan siquiera está *obligado* a subrogarle (la subrogación es una *carga*, *cf.* arts. 1839 y 1852); tampoco el fiador es por esta condición cesionario ni colegitimario del acreedor para exigir del deudor el pago de la deuda que éste tuviera bilateralmente con el beneficiario de la garantía²⁹. El fiador y el deudor principal pueden contraer obligaciones entre sí, pero ninguna de estas obligaciones puede decirse que es una obligación fideusoria. Así, la esposa que avala al marido ante el banco no celebra con el marido un contrato de fianza. Tampoco es una obligación fideusoria la que contrae el deudor principal con el acreedor, en virtud de la cual aquél se compromete a *ofrecerle un fiador*. *Ofrecer un fiador y cumplir como fiador* no es lo mismo. El incumplimiento de la obligación de ofrecer un fiador no es un incumplimiento del contrato de fianza, sino de la que hemos denominado *Sicherungsabrede*, y el acreedor que reclama el cumplimiento de esta obligación no está exigiendo con ello que se cumpla la fianza (pero *cf.* Cap. 2.I. y IX). Deudor y garante no pueden válidamente convenir que «revocan» el aval prestado a favor del acreedor. Fiador y deudor pueden acaso haber pactado entre sí (o uno sólo de ellos para el otro) que gozarán respectivamente de una legitimación propia para exigir al otro llegado el caso que *cumpla frente al acreedor*³⁰. Con todo, aunque el fiador carece de legitimación directa para exigir prestaciones a cargo del acreedor, sí es un sujeto respecto del cual el acreedor *está sujeto a un deber de cuidado* en el cumplimiento de sus propias obligaciones, especialmente cuando éste concede crédito al deudor en cumplimiento del contrato y lo hace de forma tan descuidada que agrava la situación de insolvencia del deudor o crea una situación de insolvencia que no debería haberse producido en la ejecución ordinaria del contrato (*cf.* Cap. 4.I.1)³¹.

29. STS 4 marzo 2014 (RJ 2014, 1436).

30. No se deduce que una obligación de esta clase exista por el hecho de que el contrato de garantía haya sido firmado por las tres partes concernidas o que la garantía se haya convenido juntamente con el contrato de crédito.

31. El fiador es según derecho americano *third party beneficiary* del contrato entre el deudor principal y su banco financiador, cuando éste cumplió negligentemente su deber de vigilancia antes de desembolsar fondos (MOELMANN/HOROWITZ/LYBECK: *The Law of Performance Bonds*, 2.ª edit., 2009, pp. 400 y ss.).



12. LA FIANZA ES ACCESORIA

Como toda obligación cuyo objeto es reforzar el cumplimiento de otra obligación, la fianza es accesoria de ésta³². No puede subsistir la fianza sin una obligación principal válida, y se extingue cuando se extinga ésta (arts. 1824 y 1847 CC)³³. La deuda fideusoria no puede ser de mayor extensión que la deuda principal (art. 1826 CC), y el fiador puede hacer valer en su beneficio todas las excepciones inherentes a la deuda afianzada (art. 1853 CC). Tema muy distinto es si la accesoriadad puede ser excluida por contrato, sin que la fianza como tal se desnaturalice. Remitimos este asunto al Cap. 9. No se trata, desde luego, de discutir la validez intrínseca de este pacto, pues nadie puede discutir, por ejemplo, que es válido obligarse bajo la condición suspensiva de que otro no cumpla, sin importar las razones de por qué tal cumplimiento no se produzca. Lo que cabe discutir es si una obligación no accesoria de garantía puede integrarse con el régimen codificado de la fianza. En efecto, no lo es una *delegatio promittendi* del deudor al fiador en virtud de la cual éste se compromete a un pago contingente en favor del acreedor y sin posibilidad de oponer las excepciones propias de la relación de cobertura entre el delegante (deudor) y el delegatario (acreedor); porque la delegación es una forma de novación y la fianza no lo es. No es fiador el simple *delegado* para el pago de una deuda de tercero³⁴.

13. LA PRESTACIÓN FIDEUSORIA Y EL INTERÉS DE CUMPLIMIENTO DEL ACREEDOR

Como la fianza se define como accesoria de una obligación principal, es tradicional afirmar que el fiador satisface el mismo interés de cumplimiento que el acreedor tiene en la deuda principal. A pesar de que existan dos obligaciones, existirá una sola prestación debida, pues la materialidad de la deuda fideusoria es la misma que la de la deuda principal³⁵. Sin embargo, como hemos de detallar después, esta afirmación no es una exigencia institucional de la fianza. Como veremos, los arts. 1826 o 1835 CC demuestran que el fiador puede satisfacer con su cumplimiento un interés creditario distinto del que el acreedor recibe del cumplimiento de la obligación

32. Con la notable consecuencia fiscal expresada en el 15.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados «la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

33. STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 502).

34. La mujer a quien su acreedor delega su deuda no incurría en fianza prohibida por el SC Veleiano (Cod. 4. 29. 2).

35. La formulación más acabada de esta idea puede encontrarse en CASANOVAS MUSSONS: *La relación obligatoria de fianza, cit.*, p. 19.



principal. Se trata, por lo demás, de una consideración puramente subjetiva del acreedor; a él le toca decidir si acepta pactar una fianza que tenga por objeto una materialidad de cumplimiento distinta de la deuda fiada. Si el acreedor acepta esta equivalencia no existirá problema alguno; pero no por ello podrá afirmarse sin más que una y otra obligación contengan la misma prestación. El «fiador» puede haber pactado, nada más, una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la obligación infungible del deudor. O puede haberse comprometido a entregar un inmueble si el deudor no concluye en plazo una obra. Lo que sí debe ser claro es que el fiador no puede ser el deudor principal, aunque se haya obligado como si se tratase de «deudor principal». Aunque no siempre es clara la distinción entre una responsabilidad principal propia por hecho de terceros independientes que auxilian en el cumplimiento de la deuda y la responsabilidad como fiador de estos terceros. Véase, por ejemplo, art. 161 de la LGDCU, referido a la responsabilidad de organizador y detallista en viajes combinados.

14. TERMINOLOGÍA

Una vez ofrecidas las definiciones anteriores, y dada la polisemia del término «fianza», bueno será fijar en este momento el uso de los términos que emplearemos en esta obra cuando nos refiramos a la «fianza». Llamamos *contrato de fianza* a la declaración de voluntad conjunta de acreedor y fiador (¡o sólo de éste!) en virtud de la cual éste se compromete a cumplir frente a aquél por el deudor principal. Llamamos *fianza convencional* (*Sicherungsabrede*) a la declaración de voluntad conjunta de deudor principal y acreedor en virtud de la cual aquél se compromete frente a éste a proporcionarle una persona que se obligue a constituirse en fiador y a cumplir como fiador. *Fianza legal* describe la existencia de una norma jurídica que impone a un sujeto la obligación de proporcionar frente a su acreedor una persona que se comprometa a constituirse en fiador y cumplir como fiador. Si la fuente de la obligación es una resolución judicial estaremos ante una *fianza judicial*. La obligación que contrae la persona que se constituye como fiador, cualquiera que sea la razón de por qué lo hace, se llama *obligación fideusoria*. Esta obligación fideusoria nace normalmente de un *contrato de fianza*. Pero en ocasiones puede surgir directamente de la ley, que constituye *ope legis* a una persona como fiador de una deuda ajena; en este caso hablaremos de *obligación fideusoria legal*. Incluso puede nacer de negocio jurídico testamentario, cuando el testador grava con *obligación fideusoria negocial* a uno de sus herederos o legatarios, legando al acreedor el derecho correspondiente. Cuando nos refiramos simplemente a la «fianza», sin más aclaración, nos referiremos al *contrato o declaración obligatoria unilateral de fianza* o a la *obligación fideusoria*, según resulte del contexto.



15. LA FIANZA COMO EQUIVALENTE A GARANTÍA EN GENERAL

Las anteriores no son las únicas formas y significaciones que adopta el concepto de «fianza» en el Ordenamiento español. En otros lugares se habla de «fianza» para referirse a cualquier tipo de garantía o a una garantía real³⁶, y normalmente como prestación necesaria (carga) para el desempeño de un cargo o derecho, la obtención de una ventaja especial o la concesión de una posibilidad procesal³⁷. En otras ocasiones es sólo la fianza personal la que se excluye, aceptándose el «aval bancario», lo que es especialmente llamativo en las garantías prestadas por particulares para asegurar el cumplimiento de obligaciones de Derecho público³⁸ o en la propia LECiv en la que se habla genéricamente de caución (arts. 526 y 530.3) o de caución prestable mediante aval, que, significativamente, no podrá ser una fianza típica, sino un aval a primer requerimiento (arts. 64.2, 449.5, 529.3, 700.III, 728 *in fine* y 747.3)³⁹. Por eso hoy el art. 1855 CC carece de virtualidad práctica alguna, al querer convertir a la fianza personal en la garantía preferente cuando se trata de fianzas legales o judiciales.

II. LOS DISTINTOS BLOQUES NORMATIVOS

Ni todos los preceptos del Tít. XIV del Lib. IV regulan una misma relación jurídica, ni todos ellos son propios ni definitorios de la fianza como contrato. De hecho, como veremos a continuación, algunas de las normas

-
36. En el propio CC es testimonio de ello el art. 1922.3.º. En la jurisprudencia, STS 25 noviembre 1991 (RJ 1991, 7979), relativa a una caución, como fianza impropia, o la STS 26 mayo 1950 (RJ 1950, 744), sobre un depósito de valores, que, por serlo, no estaba sujeto al art. 1843 CC.
37. *Cfr.* arts. 167 («fianza o caución»), 284, 491, 522, 800, 803, 805 («caución»), 1028, 1050 del CC; 29, 381, 385, 787, 788, 923, 943, 967, 976, 1007, 1009, 1179, 1289, 1335, 1336, 1402, 1423 a 1428, 1476, 1481, 1559, 1618, 1621, 1672, 1722, 1803, 1833 a 1835, 1837, 1841, 1865 a 1867, 1869, 2024 y 2046 de la LECiv/1881; art. 36 LAU; en la LECrim se sigue utilizando el término clásico de «fianza» para referirse a toda forma de garantía, y en alguna ocasión se distingue entre la fianza en general y la «fianza personal» (*cfr.* art. 536), o entre la «fianza personal» y la pignoratícia o hipotecaria (art. 591). La nueva LECiv ha sustituido el término general de «fianza» por el de «caución». En la legislación más reciente se ha popularizado el término de «aval», con el que unas veces se quiere hacer referencia a las garantías prestadas por entidades de crédito [*cfr.* arts. 65.4, 82.1 LGT; 84.1.b) Ley 30/2007] y otras veces al carácter solidario e, incluso, a primer requerimiento, de la garantía personal (*cfr.* arts. 64.2, 529.3, etc., LECiv). Las fianzas a prestar por los miembros de la Bolsa en garantía de las operaciones pendientes de liquidación se regulan (parcialmente hoy) en el art. 61 RD 116/1992, como equivalentes a garantía en general.
38. Así, las garantías en la contratación pública, las garantías prestadas en procedimientos de recaudación pública (art. 48 RD 939/2005) o la obligación de urbanizar [art. 46 c) RPU], etc.
39. Pero tampoco podrá ser una primera hipoteca inmobiliaria unilateral, porque la garantía de esta clase no es líquida (STC 173, 2016).



allí recogidas son plasmaciones de otras relaciones contractuales que nada tienen que ver con la fianza.

1. MODOS DE CONSTITUCIÓN DE LA FIANZA

Un conjunto de normas se refiere a las particularidades de la constitución de la fianza como contrato o al nacimiento de la obligación fideusoria. Así, los arts. 1823, 1824, 1825 y 1827 CC.

2. LAS RELACIONES FIADOR-ACREEDOR

El segundo y más importante conjunto de normas es el de aquellas que se caracterizan por regular las relaciones entre el acreedor común y el fiador. Es la relación jurídica propiamente fideusoria. A ella se refieren los arts. 1824, 1826, 1830 a 1835, 1842, 1845, 1847, 1849, 1851, 1852, 1853 y 1856 CC. Estas normas regulan el nacimiento, evolución y extinción de la obligación fideusoria que contrae el fiador con el acreedor. Básicamente esta obligación carece de rasgos definitorios propios, pues, aunque no lo afirma expresamente, el CC supone que se trata de una simple obligación de pago de una cantidad de dinero. Las normas referidas no disciplinan, pues, la estructura y contenido de esta relación, sino la medida en que la misma está condicionada por la suerte de la obligación principal, o influye en ella.

3. LAS RELACIONES ACREEDOR-DEUDOR

Las normas que se refieren a esta relación tienen un contenido y finalidad heterogéneos. Algunas se refieren a las vicisitudes de la obligación que frente al acreedor tiene el deudor de ofrecer o proporcionar un fiador (*fianza convencional*: arts. 1828 y 1829 CC; *fianza legal o judicial*: arts. 1854 y 1855 CC). Fuera de estos casos sólo cabe hacer mención del art. 1835.I CC, que recuerda el principio de independencia entre deuda principal y deuda subsidiaria. De esta atención limitada del legislador resulta la idea básica de que la fianza es una institución que no afecta, una vez prestada, a la relación jurídica principal entre acreedor y deudor. Desde luego, la existencia de una fianza no puede traducirse en un empeoramiento de la posición creditoria del acreedor garantizado frente al deudor principal, aunque el garante fuera un *insider* de este deudor, por lo que preceptos tan polémicos como el art. 263.2 TRLCon deben ser interpretados restrictivamente para no perjudicar la posición del acreedor, cualquiera que fuere la relación que vincule a fiador y deudor⁴⁰.

40. Para la interpretación del precedente de esta norma se remite a CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3.^a ed., 2009, pp. 295 y ss. En la jurisprudencia, SSTs 22 diciembre 2011 (RJ 2012, 299), 3 febrero 2020 (RJ 2020, 125), 8 junio 2020 (RJ 2020, 1570).



Normalmente el CC sólo considera esta relación subyacente en la medida en que tenga una determinada influencia en la obligación de refuerzo (*cf.* arts. 1849, 1851 CC, etc.). Esta relación es conocida como *relación de valuta*.

4. LAS RELACIONES DEUDOR-FIADOR

El contrato o relación jurídica que media entre el deudor principal y la persona que sale fiador por él no es, obviamente, una relación fideusoria ni un contrato de fianza, toda vez que el fiador no ha de cumplir frente al deudor, sino frente al acreedor. Esta relación jurídica, que el CC engloba en las normas de la fianza, es siempre una relación de mandato oneroso (*v. gr.*, fianza prestada por un banco) o gratuito (fianza prestada por un familiar), o una relación de gestión de negocios ajenos sin mandato (art. 1888 CC). Las normas que el CC dedica a regular esta relación son un remedo de las que, en general, regulan la relación gestora derivada de un contrato de mandato o de gestión oficiosa, y pretenden proteger la *acción de regreso* del fiador contra el deudor (arts. 1838, 1839 y 1843 CC), así como arbitrar medios de defensa de este deudor frente a los pagos hechos por el fiador en daño de los derechos de aquél (arts. 1835, 1840 a 1842 CC)⁴¹. Esta relación se conoce con el nombre de *relación de cobertura*. Suponemos por facilidad una relación de mandato/gestión entre deudor y fiador, pero puede que la relación de cobertura gestoría sólo exista con un tercero que manda al garante (y éste acepta) salir fiador por un tercero distinto del mandante. Para facilitar la explicación, suponemos que las partes de esta relación de cobertura son el deudor y el fiador, pero nada obsta que sea un tercero (asegurador, por ejemplo) el que instruye a un sujeto para que salga fiador del deudor (asegurado por el mandante o beneficiario) frente al acreedor⁴² o que un consumidor contraiga el compromiso de instruir a su banco para que preste (a cuenta de aquél) una garantía bancaria en favor de la sociedad familiar deudora. En principio, el fiador no puede prevalecerse frente al acreedor de la relación que le liga con el deudor, sin que el acreedor sea parte (*cf.* Cap. 2.IX.7)⁴³.

5. LAS RELACIONES ENTRE COFIADORES

También aquí el legislador comete el exceso de incardinar en el régimen de la fianza relaciones jurídicas que son simple aplicación de las reglas

41. La cosa cambia en el concurso de acreedores de la sociedad deudora, si ésta paga su deuda con objeto de «liberar» al socio garante, porque entonces cabría considerar si se estaría pagando un crédito subordinado, cabiendo rescisión concursal de este pago (*cf.* Tribunal Federal alemán, 30 abril 2015, BHH IX, ZR 196/13).

42. *Cfr.* PORTELLANO: «El seguro de caución indirecta», *RES*, 161 (2015), pp. 29 y ss.

43. STS 4 marzo 2014 (RJ 2014, 1436), que las llama «contrato de cobertura de fianza».



generales que gobiernan la concurrencia de deudores. Es evidente que entre los distintos cofiadores no tendría que regir ninguna regla distinta de la que rige entre los distintos codeudores de cualquier otra obligación que no sea una obligación fideusoria. Se trata de decidir, como en el resto de los casos, qué tipo de responsabilidad conjunta asumen los codeudores (mancomunada o solidaria), cuáles son los derechos de regreso del cofiador que paga y cuáles las excepciones que el cofiador demandado puede oponer al acreedor (arts. 1837, 1844, 1845 y 1850 CC). La regulación que en este punto ofrece el CC era innecesaria, y sólo ha servido para crear confusión cuando se la compara con el régimen general de las deudas conjuntas, de los arts. 1137 y ss. CC.

6. LA SUBFIANZA

Algunas normas del Tít. XIV se refieren a las obligaciones y derechos de la persona que sale fiador por un fiador principal. Básicamente el CC sólo se preocupa de esta situación para conceder al subfiador los mismos derechos y obligaciones que corresponden al fiador (arts. 1836, 1846, 1848 y 1856 CC).

III. FIANZA CIVIL Y FIANZA MERCANTIL⁴⁴

1. LA MERCANTILIDAD DE LA FIANZA

Como ocurre con otros tipos de contratos, el CCom contiene una regulación parcial y muy escueta de los afianzamientos mercantiles, que se reputan contratos distintos de las fianzas civiles. La justificación histórica para esta duplicidad regulatoria ha desaparecido, y en la jurisprudencia civil apenas ha sido problemática la calificación como civil o mercantil de una fianza, ya que el régimen jurídico es prácticamente equivalente. Para el CCom, la mercantilidad de la fianza no proviene de la condición de profesional mercantil del fiador⁴⁵, sino de la naturaleza mercantil de la operación principal afianzada (art. 439 CCom)⁴⁶. De esta forma, una fianza prestada por

44. La distinción ha perdido su importancia principal al «unificar» el TS el régimen de la prescripción y «derogar» la singularidad de la interrupción del art. 944 CCom [SSTS 1046/1995, 4 diciembre (RJ 1995, 9157); 1269/1998, 31 diciembre (RJ 1998, 9769); 273/2000, 21 marzo (RJ 2000, 2022); 189/2006, 8 de marzo (RJ 2006, 1074); 119/2020, 20 de febrero (RJ 2020, 5716)].

45. La prestación de fianza no es un acto de comercio, ni el fiador, sin más, es empresario por este sólo hecho (AAP Ourense, secc. 1.ª, 31 enero 2020, [JUR 2020, 103576]).

46. Esto es algo que comúnmente ignora la jurisprudencia: *cfr.* STS 20 octubre 1989 (RJ 1989, 6941) (CCJC 21 § 557, comentario de PÉREZ ÁLVAREZ): que considera mer-



un banco en garantía de una obligación civil (por ejemplo, la derivada de un contrato de obra o de una compraventa para consumo privado o empresarial) es una fianza civil⁴⁷. Y una fianza prestada por el cónyuge del deudor comerciante en garantía de un préstamo solicitado por éste (préstamo que es mercantil, por el art. 311.1.ª CCom) es un afianzamiento mercantil. El profundo absurdo de estas consecuencias revela que la distinción entre fianza civil y mercantil no haya tenido apenas mayor repercusión en la jurisprudencia⁴⁸.

2. FORMA DEL AFIANZAMIENTO MERCANTIL

A diferencia de la fianza civil, de la que sólo se requiere que sea expresa (art. 1827 CC), en el afianzamiento mercantil se requiere forma escrita para la validez de la garantía (art. 440 CCom). No parece que la jurisprudencia haya extraído especiales consecuencias de esta norma⁴⁹. La forma escrita queda satisfecha con una carta de los oferentes de fianza, que puede ser aceptada por el acreedor mediante hechos concluyentes⁵⁰. De hecho, se ha dado por buena una fianza mercantil en la que constaba indubitadamente una voluntad de afianzar, y existían determinados documentos escritos que sólo podrían presuponer semejante facultad, pero siendo el caso que ninguno de tales escritos recogía una declaración de voluntad fideusoria en sentido estricto⁵¹. Esta exigencia formal carece de justificación, como ocurre en general con cualquier otro tipo de exigencia de forma sustancial para los contratos mercantiles. Como la norma no merece una interpretación extensiva, hemos de entender que la forma escrita exigida para la validez del «afianzamiento» se refiere en exclusiva a la declaración de voluntad del

cantil la fianza pactada «entre entidades dedicadas al comercio». Igualmente, STS 7 marzo 1992 (RJ 1992, 2007). En sentido correcto, STS 20 mayo 1975 (RJ 1975, 2054).

47. Contra SAP Córdoba 17 febrero 2014 (JUR 2014, 97394).

48. Para los detalles de esta jurisprudencia, MONTSERRAT VALERO: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, 2017, pp. 67 y ss.

49. En una sola ocasión el TS ha estimado la nulidad de una fianza mercantil por no constar por escrito (STS 17 diciembre 1996 [RJ 1996, 9002]). Pero en la sentencia no se explica cómo la Audiencia pudo haber dado por probada la existencia de esta fianza sin constar una prueba por escrito, con lo que seguramente se está combatiendo no la forma de la fianza, sino la interpretación del documento escrito hecha por la Audiencia. En la confusa STS 3 julio 1999 (RJ 1999, 4901) parece que el TS exige menos requisitos de forma para considerar válido un aval mercantil que los precisos para que fuera válida la garantía como fianza civil.

50. SSTS 2 julio 1917, *RGLJ*, t. 141, núm. 1, 14 noviembre 1988 (RJ 1988, 9037), SAP Barcelona, secc. 11.ª, 31 marzo 2006 (JUR 2006, 254610).

51. STS 6 octubre 2005 (RJ 2005, 8758), y el comentario de INFANTE RUIZ en *CCJC*, 71 (2006) § 1903.



fiador, sin que resulte preciso que conste de la misma forma la aceptación del acreedor, que se deducirá normalmente de los hechos concluyentes (por ejemplo, conceder crédito, recibir el documento de aval, etc.). Bien es verdad que la importancia práctica del art. 440 CCom es escasa, ya que apenas cabe imaginar una fianza que no se preste por escrito, al menos la declaración fideusoria del fiador. En todo caso, la jurisprudencia civil ha limitado más aún el alcance de esta exigencia. De esta forma, ha sostenido que no cabe exigir forma escrita para la validez del consentimiento prestado por el fiador para la prórroga de la obligación afianzada⁵²; lo que cabe extender a cualquier otra declaración del fiador, distinta de la constitución misma de la fianza, aunque aquélla tenga por efecto mantener o extender el efecto de la fianza prestada. Es difícil, finalmente, pensar que un aval sin forma escrita, prestado por un *insider* de la sociedad deudora no condujera al mismo resultado que si se hubiese prestado en la forma debida, ya en virtud de la regla de la buena fe, ya por la «responsabilidad» societaria del art. 241 LSC, ya por la lógica del «levantamiento del velo».

3. LA CAUSA ONEROSA O GRATUITA

De modo paradójico, el art. 441 CCom declara que, salvo pacto en contrario, el afianzamiento mercantil es gratuito, frente a la fianza civil, cuya causa no sólo es neutra, sino en la que se omite introducir ninguna presunción, ya sea en favor de la onerosidad ya lo sea en favor de la gratuidad. En la fianza mercantil, por el contrario, es elemento natural (no esencial) del contrato que el fiador presta su garantía sin ser retribuido por el deudor principal ni por el acreedor. Esta situación revela que el CCom no está pensando en un garante profesional (banco), sino en un consumidor unido por relaciones personales o amistosas con el deudor que contrae una deuda mercantil. Con todo, la importancia práctica de esta regla es igualmente escasa y no ha dado lugar a ninguna declaración jurisprudencial. En especial, la eventual onerosidad o gratuidad de las fianzas a efectos de su rescindibilidad concursal (*cf.* Cap. 37.I) no ha estado influida en ningún caso por el carácter civil o mercantil de la garantía.

4. EL AFIANZAMIENTO POR OPERACIONES MERCANTILES DURADERAS

El art. 442 CCom es la única norma que contiene una especificidad de orden material frente al CC. En el CC, como veremos, el fiador puede comprometerse con carácter indefinido, prestando su garantía por un conjunto no identificado de deudas futuras que pueda contraer el deudor (art. 1825).

52. STS 8 octubre 1986 (RJ 1986, 5333).



En la fianza mercantil a título oneroso⁵³, cuando la relación de valuta sea por tiempo indefinido, y salvo que otra cosa se pacte, la garantía subsistirá hasta que «por la terminación completa del contrato principal que se afiance, se cancelen definitivamente las obligaciones que nazcan de él»; en estas condiciones, el fiador no sólo no puede pretender la aplicación del principio de interpretación restrictiva de la fianza, sino que tampoco puede exigir la relevación de la fianza o la obtención de una garantía de cobertura, como permite el art. 1843.4.^a CC al fiador en una fianza civil. Para la aplicación del art. 442 CCom no basta que exista una *relación comercial continuada* (relación de cuenta corriente en sentido amplio), sino que debe tratarse de una relación surgida de «un contrato por tiempo indefinido» (por ejemplo, un contrato de cuenta corriente o de apertura de crédito en cuenta corriente, o de suministro); una pluralidad sucesiva de contratos equivalentes no basta para activar el efecto legal. Pero la fianza no se extingue con la «terminación del contrato», en tanto no se hayan extinguido las obligaciones que resultan de él, incluso las obligaciones restitutorias o indemnizatorias que puedan resultar del incumplimiento que motivó la resolución del contrato. Obsérvese que si el contrato subyacente está determinado, aunque tenga un plazo indefinido de duración, la fianza no se puede extinguir por ejercicio de un derecho de desistimiento del fiador, aunque su propia fianza sea igualmente indefinida. Por eso es importante determinar bien si hay un «contrato principal» o simplemente una relación comercial subyacente, pues en este caso no se puede privar al fiador del derecho de desistimiento en las circunstancias en que la fianza no esté delimitada en el tiempo. Por lo demás, el art. 442 CCom constituye una regla interpretativa, que es válida igualmente en la fianza civil. La sustancia de la regla sería ésta: si la relación jurídica subyacente está determinada en el concepto, pero es indefinida en el tiempo, el fiador no puede desistir en tanto en cuanto la relación subyacente persista, aunque de hecho el deudor principal (por ejemplo, el distribuidor comercial) pudiera terminarla por desistimiento. *Cfr.* Cap. 5.XI.

5. ¿PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD DE LA FIANZA MERCANTIL?

El TS ha sostenido a veces, sin fundamento legal, que la fianza mercantil se presume solidaria, entendiendo por tal aquella en la que el fiador no puede hacer uso del beneficio de excusión de los arts. 1830 y ss. CC⁵⁴. Pero

53. ¿Y cuál será la regla contraria en la fianza a título gratuito?

54. SSTS 4 diciembre 1950 (RJ 1951, 227); 7 diciembre 1968 (RJ 1968, 5748); 25 abril 1969 (RJ 1969, 2232); 20 octubre 1989 (RJ 1989, 6941) (CCJC, 21 § 557, comentario de PÉREZ ÁLVAREZ); 7 marzo 1992 (RJ 1992, 2007); 14 febrero 1997 (RJ 1997, 1419) (CCJC, 45 § 1207, comentario VAREA SANZ y RDM 1997, pp. 2065 y ss., comentario de MARIMÓN DURÁ); como ha demostrado PÉREZ ÁLVAREZ en el comentario citado,



esta doctrina no es unánime, y existe jurisprudencia contraria⁵⁵, sin que, por lo demás, se pueda determinar cuál es la posición hoy dominante en los tribunales⁵⁶. A veces no se repara en la distinción entre civil y mercantil, sino que se postula que un «aval» (¡pueden existir avales «civiles»!) produce sin más responsabilidad solidaria⁵⁷. Desde luego, la afirmación de que la fianza mercantil se presume solidaria carece de todo apoyo legal, desde el momento en que tampoco existe una regla legal favorable a la solidaridad en las deudas mercantiles en general⁵⁸. Pero además del apoyo legal, carece de justificación razonable, pues no existe fundamento para hacer responder de modo solidario a un fiador que no es necesariamente profesional del crédito ni de las garantías. Las referencias, que se suelen hacer, a los criterios de interpretación adecuada a la realidad actual o a la necesidad de garantías firmes en el comercio mercantil o «el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos»⁵⁹, son peticiones de principio que no pueden servir de fundamento⁶⁰. Otra cosa distinta es que la solidaridad pueda inferirse por vía de interpretación, o que en general exista una tendencia compartida en toda la jurisprudencia a declarar la solidaridad como régimen común de todo supuesto de pluralidad de deudores. Pero ello no es específico de la fianza mercantil, ni debe singularizarse como un rasgo propio de la misma. En último extremo, si se considera cuidadosamente la jurisprudencia favorable a la solidaridad de la fianza mercantil, de lo que se trata realmente es del establecimiento por vía jurisprudencial de una *regla interpretativa* por la cual se entiende renunciado el beneficio de excusión

la máxima jurisprudencial era innecesaria para resolver el caso como se hizo; STS 26 mayo 2004 (RJ 2004, 4261) (CCJC, 67 [2005] § 1800, comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO).

55. SSTS 10 noviembre 1972 (RJ 1972, 4326); 7 abril 1975 (RJ 1975, 1412); 5 marzo 1990 (RJ 1990, 1665).
56. Sentencias más cercanas que vuelven a admitir el carácter naturalmente solidario de la fianza mercantil son las SSTS 16 octubre 1989 (RJ 1989, 6925) (aunque realmente se trataba de un caso de levantamiento del velo de la sociedad deudora); 20 octubre 1989 (RJ 1989, 6941) (que la define como «corriente casi unánime de la doctrina científica»); 7 marzo 1992 (RJ 1992, 2007); 14 febrero 1997 (RJ 1997, 1419).
57. Jurisprudencia en MONTSERRAT VALERO: *El contrato de fianza*, cit., pp. 96 y ss.
58. Esto es algo que destacan los propios mercantilistas (VALENZUELA GARACH: «El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales», en NIETO CAROL y BONET SÁNCHEZ [coord.]: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, 1996, I, p. 445).
59. STS 20 octubre 1989 (RJ 1989, 6941).
60. Es especialmente rechazable la doctrina contenida en la STS 15 abril 1998 (RJ 1998, 2982), comentario de BELLO JANEIRO en CCJC, 48 (1998) § 1305. Para admitir que el precio del retracto pueda consignarse en forma de aval, el TS sostiene que, a diferencia de la fianza, el aval crea en el garante una obligación distinta de la del deudor; además, la responsabilidad del avalista no es subsidiaria, ya que, no disponiendo del beneficio de excusión, el avalista responde de igual manera que el avalado (sic).



cuando los fiadores son los *socios o administradores de la sociedad deudora* (cfr. Cap. 2.VI.5). Esta regla interpretativa, que es seguramente correcta⁶¹, nada tiene que ver con el carácter civil o mercantil de la fianza, sino con la particular naturaleza de las fianzas prestadas en favor de sociedades cerradas, ya sean por operaciones civiles ya sean en garantía de obligaciones mercantiles. Y, además, es simultáneamente compatible con una regla de no-solidaridad entre los garantes entre sí, pues no puede presumirse que cada socio esté dispuesto a afianzar la entera deuda social⁶². Las garantías mercantiles específicas, las emitidas por los bancos en forma de *garantía autónoma*, no pueden, casi por definición, ser solidarias con la deuda de la relación de valuta (Cfr. Cap. 9).

IV. LAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN SOCIAL DE LA FIANZA

La fianza se muestra socialmente en tres tipos de conflictos muy caracterizados. Como veremos, la distinta fenomenología no es una simple consideración sociológica, sino que produce necesariamente consecuencias en la aplicación de las normas.

1. LA FIANZA PRESTADA POR ENTIDADES DE CRÉDITOS O DE SEGUROS

Un acreedor empresarial o institucional normalmente exigirá que la garantía sea prestada por una entidad profesionalmente dedicada al crédito o a los seguros, y no se satisfará (o no se satisfará sólo) con garantías prestadas por personas del círculo doméstico del deudor. Lo definitorio de la fianza prestada por un «profesional» es que el garante no tiene control *operativo* del funcionamiento de la empresa deudora, y que para aquél la prestación de garantía no es más que una pura operación de crédito. Las garantías personales prestadas por bancos y entidades de seguros constituyen hoy una modalidad fenomenológica a la que hay que asociar inevitablemente consecuencias normativas. Para empezar, carece de sentido que en este tipo de fianzas se extreme la interpretación protectora de las normas del CC, que suponen siempre un fiador a título gratuito que intercede por benevolencia con el deudor. Al contrario, lo que hay que extremar en este caso es la protección del deudor principal, que ha contratado la fianza por medio de un contrato de adhesión prerredactado por el banco y costeando

61. No se puede obligar al acreedor a que realice excusión de los bienes de la sociedad deudora cuando la insolvencia de la misma ha sido provocada por los administradores o, más generalmente, cuando la exigencia de fianza por parte de los acreedores revelaba la existencia de una situación de identificación patrimonial entre sociedad y socio, que hacía innecesario acudir a remedios como el beneficio de excusión.

62. Con la importante consecuencia que advierte la STS 13 abril 2016 (RJ 2016, 1677).



unas comisiones de aval que hacen rentable la operación para el banco. Y de hecho esto es lo que ordinariamente ocurre en la más famosa de las fianzas bancarias prestadas en favor de beneficiarios consumidores, a saber, los avales por cantidades adelantadas en la compra de vivienda (hoy Disp. Adic. 1.^a LOE), donde la muchísima jurisprudencia (*cf.* Cap.12.I.3) disponible sistemáticamente realiza una interpretación *contra fideiussorem*⁶³. Además, con toda seguridad el deudor principal se ha visto obligado a prestar contragarantías para el reembolso de las cantidades pagadas por el banco (acaso otra fianza, ahora prestada por un consumidor). A su vez, en el documento de fianza entregado al acreedor, el banco habrá procurado eximirse de todas las obligaciones o cargas que resultan exigibles a todo garante personal. Por tanto, en este conjunto de supuestos carece de sentido (y sería injusto) proponer una interpretación restrictiva de las obligaciones del fiador, el cual cobra comisiones por internalizar los riesgos de la fianza, y además se protege mediante todo tipo de cláusulas de exoneración contenidas en sus condicionados generales. La tipología de las fianzas bancarias o aseguradoras es multiforme. Unas veces el banco presta garantía por deudas presentes y futuras en favor de un tercero determinado en el contrato (*póliza de afianzamiento personal en garantía de operaciones mercantiles*). Otras veces el banco presta un aval (general o particular) en favor de terceros no determinados en el contrato, y que instrumentaliza mediante un *documento de aval* en el que el banco o asegurador promete al beneficiario un pago hasta cierta cantidad, con carácter irrevocable, y con un tiempo máximo de vigencia.

2. LA FIANZA PRESTADA POR UN FAMILIAR

Tanto en la financiación empresarial como en la financiación al consumo es práctica usual exigir la intercesión como garante del cónyuge o familiares del deudor, como condición para acceder al crédito. Normalmente el profesional en la operación lo es ahora el acreedor, que habrá preredactado las cláusulas del compromiso del fiador. Este fiador, además, es un garante que intercede siempre a título gratuito, y que muchas veces puede

63. Estas fianzas no pueden ser limitadas en su cuantía por el banco, son independientes de si el banco ha prestado en favor de cada beneficiario una declaración singularizada, pueden exigirse aunque el contrato de compraventa se haya resuelto sin un incumplimiento esencial del promotor, el avalista no puede oponer que se han hecho pagos en efectivo o fuera de la cuenta especial, no pueden ampararse en la causa extintiva del art. 1851 CC, cubren también (*contra legem*) el siniestro de entrega de vivienda con vicios ocultos y normalmente no se exige póliza individual. *Cfr.* SSTS 3 julio 2013 (RJ 2013, 5913); 20 enero 2015 (RJ 2015, 1361); 8 enero 2020 (RJ 2020, 6), 22 febrero 2021 (RJ 2021, 814), 8 marzo 2021 (ECLI: ES: TS: 2021: 829); SSAP Murcia, secc. 5.^a, 3 febrero 2015 (JUR 2015, 77000); Madrid, secc. 18.^a, 15 diciembre 2016 (AC 2017, 338); STS 1013/2024, de 16 septiembre (JUR 2024, 235625), con más referencias



verse sorprendido no sólo por las estrategias, gestiones y abusos del acreedor o del deudor, sino por la desaparición de la base personal que le unía al deudor principal, y que justificó la prestación de una garantía a título gratuito. La circunstancia de que la jurisprudencia española todavía no haya resuelto supuestos en que el cónyuge avalista separado o divorciado se ve demandado por el banco, con objeto de cobrar obligaciones contraídas por su *ex* cónyuge, no quiere decir que esta patología no exista ya en nuestro sistema jurídico. Igualmente, la patología del hijo insolvente que afianza el préstamo hipotecario solicitado por sus padres, en la que la escasísima jurisprudencia española que se enfrenta a este extremo no aprecia ninguna desproporción lesiva, toda vez que en la fianza convencional no se aplica el art. 1828 CC y porque, en último extremo, la fiadora será la sucesora *mortis causa* de los hipotecantes⁶⁴. Este fiador merece especial protección, empero, porque asume todos los riesgos de la operación y no se compensa de los mismos con ninguna remuneración actual y, algunas veces, ni tan siquiera con los beneficios indirectos que produce la obligación principal, si ésta se ha contraído exclusivamente en interés de su cónyuge o familiar. Con todo, la fenomenología de casos no es idéntica. Cuando el garante es el cónyuge o el hijo menor del deudor, lo que el acreedor busca con seguridad no es una garantía de un patrimonio solvente, o, al menos, más solvente que el del deudor, sino ponerse a cubierto de unas transferencias fraudulentas de bienes entre patrimonios muy permeables entre sí. En cambio, no es raro que el acreedor busque la garantía de un padre o de un hijo mayor solvente, no por el temor de pensar que el deudor distraerá sus bienes en favor del garante, sino por disponer aquél de un patrimonio de solvencia. Como propondremos en su momento (Cap. 4.VIII.4 y IX.7), no son las mismas reglas las que gobiernan la fianza prestada por un familiar solvente que la fianza prestada por un familiar insolvente con patrimonio permeable al del deudor. La necesidad de protección especial del garante en estos casos se extrema porque típicamente este garante puede ser un consumidor, incluso si afianza deudas de una sociedad o empresa familiar gestionada por su cónyuge⁶⁵ (*Cfr.* Cap. 40). Ya de momento, y de ser consumidor, se practicará

64. SAP Barcelona, secc. 19.ª, 28 octubre 2015 (JUR 2016, 20781).

65. Depende mucho del régimen económico que rijan entre los cónyuges: SSTS 28 mayo 2020 (RJ 2020, 1345) y 12 noviembre 2020 (RJ 2020, 4576). La doctrina de los «vínculos funcionales» (de cuya existencia depende negar la condición de consumidor de la persona física garante) se formula por los Autos TJUE 19 noviembre 2015 (*Tavaux*) y 14 septiembre 2016 (*Dumitras*). La jurisprudencia *Ditzinger* (STJUE 17 marzo 1998) está ya superada, así como la española que la seguía, considerando que no podía existir una fianza de consumo cuando la operación subyacente no lo era. *Cfr.* más referencias en RDBB 144/2016, pp. 21-22. Finalmente, AGÜERO ORTIZ, «La irrelevancia del régimen económico del matrimonio en la condición de las fiadoras de cónyuges comerciantes», RDP 3/2023, pp. 91 y ss.



sobre el tenor del contrato el examen de transparencia material singular de todo contrato con consumidores y cláusulas no individualmente negociadas. Pero también paradójicamente la condición familiar del garante puede perjudicar al deudor principal, como ocurrió en la STS 12 noviembre 2019⁶⁶, donde se consideró, con buen criterio —dadas las circunstancias del caso—, que la cláusula suelo hipotecaria resultaba «transparente» para el hijo deudor cuando la transparencia debía predicarse respecto del padre, que de hecho negoció el préstamo.

3. LAS FIANZAS EN SOCIEDADES CERRADAS

Toda operación de crédito contractual en favor de una sociedad cerrada (normalmente descapitalizada) o de una sociedad enteramente participada por otra sociedad matriz, requiere que los socios mayoritarios (o únicos), que a su vez controlan de hecho el órgano de administración de la sociedad deudora, garanticen con su patrimonio propio las deudas comerciales contraídas por la sociedad. Los garantes pueden ser comerciantes o no (*v. gr.* el cónyuge del socio mayoritario), pero en todo caso se identifican porque *prestan una garantía (más o menos) en interés propio*. Y por su condición de *insiders* que ejercen control operativo sobre el deudor es concursalmente subordinado su crédito de reembolso. Estas garantías son fianzas en interés propio del fiador y este fiador controla o participa de hecho la conducta comercial y contractual del deudor. Por esa razón carecen aquí de sentido aquellas normas que en el CC tratan de proteger al fiador (exonerándole de la garantía: arts. 1835, 1847, 1851 y 1852 CC) de las conductas estratégicas concertadas entre deudor y acreedor⁶⁷. También deja de tener sentido que el legislador o el intérprete se preocupen de garantizar o tutelar el ejercicio de la vía de regreso del fiador frente al deudor, pues ambos coinciden materialmente. Es por ello que resulta improcedente (e ineficiente) la decisión de la Ley 5/2019 de ofrecer a los administradores (personas físicas) fiadores de una deuda hipotecaria de la sociedad una protección equivalente a la que se depara a una persona física deudora hipotecaria, produciendo una «cesura» irreal entre dos estatutos jurídicos que deberían ser uniformes⁶⁸. Son a estas fianzas a las que debe aplicarse la presunción de solidaridad (recuérdese: solidaridad subsidiaria, por principio), pues el beneficio de excusión, tal como lo construye el CC, deja de tener aquí sentido. En este

66. (RJ 2019, 4528).

67. Por ejemplo, STS 21 mayo 2009 (RJ 2009, 3029).

68. Con consecuencias desestabilizadoras de estos contratos, como resulta del escenario diseñado por las RRDGRN 5 diciembre 2020 (RJ 2020, 780) y 20 diciembre 2020 (RJ 2020, 1135).



tipo fenomenológico de fianza es el acreedor el que debe ser protegido por medio de una interpretación y aplicación adecuadas de las normas. En ocasiones, este aval se presenta como una garantía recíproca y global de operaciones mercantiles, en las que los distintos firmantes se comprometen a garantizar de forma solidaria en favor del banco las deudas que de modo principal contraiga en el futuro cada uno de los cofiadores. Un problema distinto nace cuando es el cónyuge del socio o del administrador el que presta la fianza, siendo así que este sujeto carece de un vínculo funcional con la sociedad deudora, lo que dispara ordinariamente la calificación de consumidor, como antes se expuso (*cf.* Cap. 40).

4. CONSECUENCIAS EN ORDEN A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS

La consecuencia de las observaciones hechas es clara. A diferencia de lo que la jurisprudencia ha deducido del art. 1827 CC, sentando el principio de interpretación restrictiva de la fianza, lo cierto es que en esta materia debe rechazarse la existencia de cualquier principio dominante o cualquier regla única interpretativa. No existe ningún principio *pro fideussore* o *pro debitore*. Los principios que se aplican serán los usuales en el Derecho de obligaciones: interpretación *contra proferentem*, protección del consumidor, evitación del fraude, doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, interpretación favorable a la mayor reciprocidad, etc. Procede afirmar la *neutralidad de la fianza como institución*. Hay una segunda consecuencia, más importante si cabe, a saber, que las normas que conceden derechos y excepciones al fiador frente al acreedor, o al deudor frente el fiador, son normas *ceteris paribus* que sólo encuentran aplicación si las condiciones subjetivas de los intervinientes son tan exquisitamente neutrales y autónomas entre sí que el fiador no actúa como unidad junto con o en lugar del deudor o/y que no esté garantizando deuda materialmente propia. No se trata ya de que las partes puedan excluir por pacto normas dispositivas, sino que la norma misma decae cuando su supuesto de hecho está, como ocurre ordinariamente, *contaminado por una interrelación sesgada* entre los intervinientes. Pocas relaciones fideusorias en las que participan familiares, socios o *insiders* (¿pues quién otro afianza deuda ajena, salvo un banco y por precio?) dejarán de estar afectadas por este sesgo, lo que conducirá a la inaplicación directa de pocas o muchas de las normas legales. Para el Derecho romano y común, el fiador (persona física) no contaminado en la relación era ordinariamente el *amicus* que afianzaba *benevolentiae causa*. Hoy sólo cabe predicar tal cosa de algún tipo (marginal) de fianzas prestadas por familiares y de (algunas) cofianzas prestadas por socios personas físicas. Salvando las fianzas legales, y descontados los *insiders* personas físicas, sólo



quedan los bancos, que normalmente no necesitan la protección que el CC concede al fiador frente al acreedor o deudor y no toleran la que las normas deparan al deudor frente al fiador. En otros términos, el tipo puro de fiador que se representa el CC es *un supuesto de hecho improbable*.

V. LA OBLIGACIÓN FIDEUSORIA LEGAL

1. LA OBLIGACIÓN FIDEUSORIA DIRECTAMENTE FUNDADA EN LA LEY

Existen obligaciones fideusorias que no nacen de un contrato de fianza, es decir, de una declaración de voluntad hecha por un tercero de cumplir subsidiariamente una deuda ajena, sino que se imponen directamente por la ley a cargo de un sujeto que se halla en una especial relación jurídica con el deudor originario. Como ya hemos expuesto anteriormente, estas obligaciones fideusorias legales no coinciden con lo que el art. 1823 CC denomina *fianza legal*. La *fianza legal* no es una fianza impuesta por la ley, sino una obligación legal impuesta al deudor en virtud de la cual éste debe suministrar un fiador, que, por su parte, se compromete mediante una declaración de voluntad frente al acreedor. En la fianza legal, lo único impuesto por la norma es la obligación del deudor de suministrar un fiador, pero no la obligación de ningún tercero de responder *ope legis* de una deuda ajena. Cuando esto ocurre, y es la norma la que imputa directamente una responsabilidad de este tipo, hablamos de *obligación fideusoria legal*, y precisamente porque el supuesto se corresponde con la descripción básica de la fianza que se contiene en el art. 1822.I: obligación de cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste⁶⁹. En este apartado recogeremos los supuestos más significativos, sin entrar en el detalle de su interpretación, ya que son instituciones que pertenecen a sectores regulatorios ajenos al Tít. XIV del Lib. IV del CC. A los ejemplos que a continuación exponemos, puede añadir el lector todos aquellos supuestos en que la Ley ha dispuesto que el cedente de una posición contractual quede obligado junto al cesionario frente al acreedor, como el art. 42.2 ET, especialmente calificado de «fianza legal» (y ello tiene consecuencias concursales) en una reciente sentencia⁷⁰. Igualmente es una fianza legal la que prestan obligatoriamente los Fondos previstos en el art. 33 ET o en los arts. 98 y 187 LMV, la de la sociedad escindida en el supuesto del art. 70 RD Ley 5/2023⁷¹ y la

69. En ocasiones, empero, se seguirá, por rutina, la costumbre de expresarse como fianza legal.

70. STS 2 marzo 2021 (RJ 2021, 914).

71. Que, además, es una fianza solidaria con subsidiariedad, porque requiere el incumplimiento de la sociedad deudora principal SAP Alicante, secc. 1.ª, 12 febrero 2014 JUR 2014, 102890).



responsabilidad del productor en el art. 125 LGDCU o la del propietario del suelo contaminado en el art. 100 Ley 7/2022. Son fianzas legales las fianzas colectivas de los miembros de los mercados de valores (arts. 97.2, 98 LMV)⁷² y, muy cuestionable, la «derivación de responsabilidad» a que se refiere el art. 42.1 LGT⁷³. En los ejemplos que siguen (especialmente en aquellos en los que la garantía deriva de la posición societaria del garante como administrador social o socio colectivo, etc.) podría discutirse si tiene sentido pactar una fianza convencional, o si ésta tiene una causa propia, cuando la posición del obligado de refuerzo ya surge como tal directamente de la ley. El art. 399.2 TRLCon devuelve, sin embargo, la utilidad al pacto expreso de fianza. En efecto, se puede discutir si un socio colectivo o un administrador social en las condiciones del art. 367 LSC pueden o no beneficiarse de la quita acordada en un convenio concursal; pero al haber pactado la condición de fiador convencional, acaso superpuesta a otra forma de responsabilidad legal de refuerzo, favorece la posición del acreedor, que puede contar con la incomunicabilidad de los efectos del convenio, que protege el art. 399 LCon⁷⁴. Las antiguas obligaciones *adjecticias* que nacían del *iussum*, *peculium*, *in rem versio* y *praepositio*⁷⁵ ya no sobreviven, y donde todavía quedan (en el fondo, la responsabilidad del mandante en el art. 1717 II CC y la del empresario en el art. 286 CCom constituyen obligaciones *adjecticias* nacidas de una *praepositio*), el dueño del negocio no es fiador, sino deudor único o codeudor solidario: en la relación interna la deuda es suya, y carece de regreso, ni siquiera parcial, contra el gestor que se obliga directamente frente a tercero.

2. LA FIANZA RECÍPROCA EN LA SOLIDARIDAD DE DEUDORES

Cuando varios deudores de una misma deuda responden solidariamente ante el acreedor común, éste puede dirigirse contra cualquiera de ellos para reclamar el todo de la deuda, sin correr el riesgo de sufrir la insolvencia de cualquiera de ellos (arts. 1142 y 1145 CC). Cada uno de los codeudores solidarios responde de una parte de la deuda en la relación interna, pero frente al acreedor se presenta como un *garante* de los demás (art. 1147.

72. Para más detalles sobre estas fianzas colectivas en los mercados de valores, AGUILAR FERNÁNDEZ-MONTORIA: «Las garantías de la liquidación bursátil», en ALONSO UREBA/MARTÍNEZ SIMANCAS: *Instituciones del Mercado financiero*, 1999, VIII, pp. 5339 y ss.

73. Según la STS (1.ª) 17 junio 2020 (RJ 2020, 2290), que niega que se trate de una «sanción», con las consecuentes secuelas concursales. En la jurisprudencia contenciosa prevalece la interpretación contraria, STS (3.ª) 25 marzo 2021 (RJ 2021, 1353).

74. *Cfr.* referencias jurisprudenciales en CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, pp. 487, 497 y 498.

75. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* §§ 258, 259.



II CC)⁷⁶. Por eso, frente a la parte que corresponde en la relación interna al resto de los codeudores, el deudor reclamado para el pago puede oponer las mismas excepciones que podría oponer el fiador común (art. 1148 CC). Se habla entonces de una «fianza recíproca» entre codeudores solidarios⁷⁷. Con esta calificación no queremos dar a entender que todas las normas de la fianza se aplican en este punto. No tienen aplicación lógicamente las normas relativas al beneficio de excusión. No creemos que resulte aplicable la causa de extinción prevista en el art. 1851 CC (prórroga concedida por el acreedor al deudor). Respecto de la transacción, cada codeudor solidario podrá aprovecharse de la transacción operada con otro codeudor en la misma forma en que puede hacerlo un fiador *ex art.* 1835 CC. Tampoco puede hacer uso el codeudor solidario de la acción subrogatoria del art. 1839 CC para reclamar de cualquiera de sus compañeros el todo de la deuda. En cambio, se aplica el art. 1852 CC (exoneración del garante por pérdida de las garantías de las que disponía el acreedor), en la parte que corresponde al codeudor que prestó la garantía al acreedor común. La interrupción de la prescripción se gobierna por el art. 1974, no por el art. 1975 CC. También se aplicarían (siempre por la parte que corresponde a los otros codeudores no demandados) los arts. 1197 (compensación), 1824 (ineficacia de la fianza por una obligación nula), 1826 (límites cuantitativos de la obligación del fiador), 1840 (oponibilidad en vía de regreso de las excepciones no opuestas por el garante), 1841 (pago anticipado de la deuda), 1842 (pago por el garante sin ponerlo en conocimiento del otro deudor), 1849 (efectos liberatorios de la dación en pago), 1853 CC (inoponibilidad de excepciones puramente personales del codeudor no demandado)⁷⁸. En cambio, la aplicación del art. 1843 CC (acción de relevación o cobertura) depende del tipo de relación interna que exista entre codeudores solidarios⁷⁹.

3. LOS EFECTOS DEL ENDOSO DE UNA LETRA DE CAMBIO

El llamado «efecto de garantía» del endoso se expresaba con toda claridad en el art. 467 CCom, hoy sustituido por el art. 18 LCCH, cuando declaraba la «responsabilidad al afianzamiento» en que incurría el endosante de

76. Lo que importa si por acaso la prestación de fianzas estuviera prohibida a determinadas personas (Dig. 16. 1. 17. 2).

77. Así DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos*, cit., p. 501; CAFFARENA LAPORTA: *La solidaridad de deudores. Las excepciones oponibles por el deudor solidario*, 1980, p. 51.

78. CAFFARENA: ob. cit., pp. 53 y ss.

79. No siempre está claro cuándo la obligación solidaria legal obedece a una situación de incertidumbre en cuanto al origen de la deuda y cuándo deriva de la imposición de una obligación legal de garantía a un sujeto; es el caso del art. 17.3 LOE, que cumple ambas funciones en cuanto a la responsabilidad del promotor inmobiliario.



la letra. Ciertamente se trata de una obligación fideusoria que surge de un título contractual, pero este contrato no es de fianza sino de cesión de la letra mediante endoso. Claro está que como el endosante está previamente obligado con el endosatario por una relación causal distinta de la «fianza», apenas puede pensarse en la posibilidad de que pueda oponer a éste las excepciones que derivan de los arts. 1824 ó 1853 CC, y que le hubieran permitido al deudor cambiario precedente oponerse al pago. Pero las excepciones oponibles por el deudor cambiario precedente y que nazcan de circunstancias habidas entre el titular de la letra y el deudor cambiario después de la cesión, el endosante podrá oponerlas, como fiador que es o como codeudor solidario (art. 57 LCCH)⁸⁰. Especialmente creemos aplicable el art. 1852 CC, cuando el endosatario pierde por hecho propio una garantía asociada al endoso, de la misma forma que se aplica el art. 1170.II cuando se perjudica la letra de cambio. Las consideraciones anteriores pueden aplicarse igualmente a la cesión ordinaria de créditos, con las debidas adaptaciones.

4. LA COMISIÓN DE GARANTÍA

Según el art. 227 CCom, el comisionista que recibiere por la venta una comisión adicional (de garantía) a la comisión normal, correrá con el riesgo de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador⁸¹. Ciertamente, el comitente no es acreedor del comprador en la venta realizada por el comisionista en su propio nombre. Pero esta consideración, que en Derecho español es excesivamente formal como prueba el art. 1717 CC, no es suficiente para rechazar la calificación de fideusoria de esta obligación. El comisionista podrá oponer a la acción del comitente las mismas defensas que en general sirven al fiador para oponerse al pago y adquirirá contra el tercero los mismos derechos que adquiere contra el deudor principal el fiador que paga. Ello no obsta para que el comisionista deba responder frente al acreedor de los incumplimientos del comprador que hayan sido causados por el cumplimiento defectuoso del mandato, aunque de hecho sean incumpli-

80. Es claro que el endosante podrá oponer la novación extintiva habida entre acreedor y aceptante de la letra, o la compensación que se produzca con posterioridad a la cesión.

81. En términos equivalentes, art. 19 Ley de Contrato de Agencia, que es considerado como un supuesto de aplicación del art. 272 CCom. *Cfr.*, sobre la asimilación de la comisión de garantía a la fianza, MERCADAL VIDAL: *El contrato de agencia mercantil*, 1998, pp. 534 y ss., y allí más referencias y PEINADO GRACIA: «Pactos de garantía en contratos de colaboración», *CDC* 18 (1995), pp. 167 y ss., 172 y ss. Pueden consultarse en el mismo autor otros casos dudosos, como la comisión de transportes (pp. 193-195) el aseguramiento en la colocación de valores del art. 63.1 f) [actual art. 141] LMV (pp. 205-207).



mientos no imputables al deudor principal y que por eso mismo el simple fiador (pero no el comisionista incumplidor) podría utilizar para exonerarse de responsabilidad. Creemos que no procede el beneficio de excusión, pero la responsabilidad del comisionista o agente sigue siendo subsidiaria, y deberá haberse acreditado un incumplimiento previo del tercero. Un tipo «reforzado» de esta fianza legal se regula en el art. 71.3 LMV.

5. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

La jurisprudencia española aplica la doctrina del «levantamiento del velo» cuando la sociedad utiliza la veste de la personalidad para defraudar derechos de terceros o se ampara en la separación de patrimonios para sorprender la confianza depositada por los terceros o en contradicción con la conducta anterior de la propia sociedad hacia estos terceros. No es cuestión de profundizar aquí en esta doctrina⁸², pero sí de afirmar la naturaleza fideusoria de la obligación del socio que resulta de la aplicación de aquélla. El socio responde como fiador de la deuda social. Ciertamente se tratará de una fianza prestada en interés propio del fiador, por lo que las defensas del fiador frente al acreedor y el deudor se aplicarán con las mismas restricciones que en cualquier fianza en interés propio del fiador. Dada la identidad personal que subyace a la separación de personalidades, no tiene sentido tampoco pretender la aplicación del beneficio de excusión. Esta obligación fideusoria de tipo legal está sujeta al más estricto principio de accesoriedad, pues el garante no debe cuando el deudor principal no debe. Como la deuda pertenece enteramente al deudor principal en la relación interna, éste no podrá oponer ninguna excepción personal del garante, que dispone de un regreso por el todo, y no se aplica el art. 1145 CC. De hecho, no es difícil encontrar ejemplos en los que la situación propicia para el levantamiento del velo es utilizada para inferir por vía de presunción la prestación de una fianza⁸³. El carácter de deuda fideusoria legal hace que debe ser tratada como tal a los efectos de su tratamiento concursal en el art. 399 TRLCon.

6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EXART. 367 LSC

Este precepto hace «responder solidariamente» de las deudas sociales («posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución»)⁸⁴ a los admi-

82. Cfr. BOLDO RODA: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 1997.

83. STS 15 abril 2005 (RJ 2005, 3242).

84. Sobre este particular, CARRASCO PERERA: *La Ley Mercantil*, 8 abril 2020 y <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/02/Responsabilidad-de-los-administrado-res.pdf>



nistradores sociales cuando se produzcan las respectivas contingencias allí enumeradas. De esta norma caben dos interpretaciones. Según la primera, se trataría de un caso de responsabilidad extracontractual, para cuya aplicación se requiere que la omisión sea imputable a los administradores y que exista un daño causalmente vinculado a la omisión del deber de disolver; no existiría esta relación causal si el tercer acreedor tampoco hubiera cobrado su crédito en caso de haberse disuelto la sociedad, ya que en este caso su insatisfacción provendría del impago de la deuda por la sociedad, no de la omisión del deber de disolver por parte de los administradores. Para la segunda interpretación no se trataría de un supuesto de responsabilidad, sino de una asunción de deuda *ex lege* con carácter solidario por parte de los administradores, derivada del simple hecho de haber omitido el cumplimiento de su deber. La jurisprudencia estaba dividida, pero hoy es mayoritaria la que considera que se trata de una obligación solidaria de tipo legal⁸⁵. Si esta interpretación acaba preponderando, deberá calificarse semejante «responsabilidad solidaria» como obligación fideusoria legal de carácter solidario⁸⁶ «impropio»⁸⁷. Hasta tal punto parece haberse aceptado hoy así que la jurisprudencia niega que el administrador pueda ser condenado como responsable solidario (garante) del art. 367 LSC cuando ha sido demandado como responsable del art. 241 LSC⁸⁸. Se aplicarían las normas de la fianza, salvo las que suponen el beneficio de excusión. Como no se exige que los administradores se hallen en una posición de control de hecho de la sociedad, no se podrá decir siempre que se trata de una fianza en interés propio. Como el administrador responsable no se confunde necesariamente con el deudor principal, no habrá base para excluir por principio la aplicación de normas como los arts. 1835, 1851, 1852, 1853 CC, etc. Como en el caso examinado en el epígrafe anterior, la accesoriedad rige aquí, pues

85. Ésta es la doctrina que ha acabado prevaleciendo en el TS; *cfr.* ZAMORANO ROLDÁN: *CCJC*, 48 (1998) § 1301, MONTEAGUDO: *CCJC*, 51 (1999) § 1386, LÓPEZ SANTANA: *CCJC* 54 (2000) § 1469, RODRÍGUEZ SÁNCHEZ: *CCJC*, 55 (2001) § 1494, BRENES CORTÉS: *CCJC*, 58 (2002) § 1582; AUGOUSTATOS ZARCO: *CCJC*, 66 (2004) § 1760. *Cfr.* BATALLER: «Responsabilidad solidaria de los administradores», en ROJO-BELTRÁN (dirs.): *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, II, Madrid, 2011, p. 2575. En la jurisprudencia, SSTS 4 octubre 2011 (RJ 2011, 7388) y 11 enero 2013 (RJ 2013, 1815). Con todo, parece apartarse de esta posición la STS 8 noviembre 2019 (RJ 2019, 4592).
86. O cofideusoria, en la hipótesis singular de la STS 18 junio 2012 (RJ 2012, 8990), en la que concurren un regreso del fiador por pago y una cogarantía de regreso (no solidaria) del resto de los administradores sociales, por aplicación del art. 367 LSC.
87. Con las consecuencias oportunas en materia de interrupción de la prescripción. Sobre esto, CARRASCO PERERA, *Estudios sobre prescripción civil y mercantil*, 2025, §§ 7.1 y 11.2, con más referencias.
88. STS 28 junio 2000 (RJ 2000, 5912), *CCJC*, 55 § 1494, comentario de RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.



los administradores deben en la medida en que debe la sociedad. También rige lo dicho sobre la oponibilidad de excepciones por parte de la sociedad. Y rige igualmente la misma lógica en cuanto al tratamiento concursal del art. 399 TRLCon⁸⁹. En mi opinión, lo anterior se aplica igual a la situación fideusoria legal del art. 456 TRLCon.

7. LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL COMITENTE DE OBRA

El art. 1597 CC concede a quienes (empleados, subcontratistas, vendedores) pusieron su trabajo o material en una obra contratada a precio alzado el derecho de reclamar directamente del comitente lo que éste deba al contratista al momento en que aquéllos hicieron la reclamación. No se trata de que estos acreedores del contratista se subroguen en la posición jurídica de éste y en el crédito que tiene contra el comitente, sino de una acción directa fundada en un derecho propio⁹⁰. La obligación del comitente no es estrictamente fideusoria, porque no cumple subsidiariamente la deuda que incumbe al contratista, sino que cumple con terceros la deuda propia que él mismo mantiene con el contratista. Pero el efecto de garantía es indudable. Como también lo es que el comitente puede considerar su propia deuda respecto de los subcontratistas y empleados como una deuda accesoria de la que con éstos tiene el contratista; podrá oponerles las mismas excepciones que hubiera podido oponerles el contratista (arts. 1835.II y 1853). Y, desde luego, frente a la fianza contractual, podrá oponerles las excepciones propias de la relación que le vincula con el contratista, y por las que hubiera estado legitimado a no pagar⁹¹. La naturaleza de la acción excluye la aplicabilidad del beneficio de excusión, aunque se mantiene el carácter subsidiario de la responsabilidad, por lo que los actores tendrán que justificar que han requerido infructuosamente de pago al contratista. Como el comitente paga su propia deuda preexistente a la acción directa, no cabe hablar de acción de regreso o subrogación. Pero el art. 1840 CC es aplicable en favor del contratista, así como los arts. 1841 y 1842 CC, con las correspondientes adaptaciones. No existe acción de regreso, pues el comitente al pagar extingue su propia obligación con el contratista. Por eso el art. 1852 CC no encuentra aplicación, como tampoco el art. 1851 CC. Pero habrá que

89. Ver texto y jurisprudencia en nota en CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, pp. 487-488.

90. Cfr. RODRÍGUEZ MORATA: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, 1992, pp. 79 y ss. Sobre el alcance de esta responsabilidad, NÚÑEZ IGLESIAS (CCJC, 61, 2003 § 1648) e INFANTE RUIZ (CCJC 67, 2005, § 1792). Muy bien fundamentada, la SAP Barcelona 2 marzo 2006 (AC 2006, 1594).

91. Pero serán inoponibles al acreedor los pactos a que lleguen comitente y contratista después de que aquél hubiera sido reclamado de pago.



aplicar el art. 1849 CC. Distinta es, según jurisprudencia, la condición de la acción directa del subporteador en la Disp. Adic. 6.^a Ley 9/2013, porque, según la Sala, el cargador no puede oponer que ya ha pagado al contratante intermedio ni éste puede impedir que el subporteador salte por encima del concurso de dicho contratante⁹²; una fianza legal en toda regla.

8. LA RESPONSABILIDAD DEL FINANCIADOR EN LOS PRÉSTAMOS VINCULADOS

El art. 29 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo legitima al consumidor para ejercitar contra el financiador los mismos derechos que hubiera podido ejercitar frente al proveedor de los bienes adquiridos a crédito, siempre que se den los requisitos que establece la norma. El tenor de la norma deja claro que en el Derecho español no se han querido limitar los derechos del consumidor a una simple *oponibilidad de excepciones* frente al financiador que pretende el cobro del crédito, sino que el mismo financiador se legitima pasivamente de modo subsidiario (sin beneficio de excusión) frente a todas las reclamaciones que el adquirente tenga contra el proveedor⁹³. A los efectos que ahora interesan, esta responsabilidad alcanza a la reclamación de reembolso del precio pagado por el comprador, cuando éste resuelve (la compraventa y la financiación) por inidoneidad de la cosa adquirida, así como a la responsabilidad de financiar la reparación de la cosa o la restitución parcial por rebaja del precio. Consideramos que respecto del contrato de compraventa (no respecto del contrato de financiación) esta obligación del financiador es en todos sus términos (salvedad del beneficio de excusión) una obligación fideusoria de origen legal y puede aún llegar más allá si el consumidor liquida contra el financiador las consecuencias de la resolución contractual⁹⁴. Con todo, se trata de una obligación fideusoria subsidiaria, pues el art. 29.a) LCCC exige que exista previamente un incumplimiento del vendedor.

9. LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO COLECTIVO

El art. 127 CCom establece que todos los socios colectivos «estarán obligados personal y solidariamente» a las resultas de las operaciones que se

92. SSTS 24 noviembre 2017 [(RJ) 2017, 6185]; VILLAFÁÑEZ PÉREZ: *Rev. Der. Transportes*, 22 (2018), pp. 162 ss. y MARTÍN CASTRO: *RDM*, 308 (2018)]; 6 mayo 2019 (RJ) 2019, 1833); 29 diciembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4418). Cfr. LÓPEZ SANTANA: *RDM*, 317 (2020); GUTIÉRREZ SANZ: *Rev. Der. Transportes*, 29 (2019), p 57 y ss.

93. MARÍN LÓPEZ, M. J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, 2000, pp. 294 y ss.

94. Por ejemplo, restitución de las cantidades por él cobradas como financiador del contrato principal; esta restitución no es fideusoria porque el vendedor o prestador de servicios no es genuinamente deudor de restitución.



hagan a nombre y por cuenta de la compañía bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla. Se trata de una responsabilidad subsidiaria y con beneficio de excusión (art. 237 CCom)⁹⁵. Esta obligación es de tipo fideusorio, y su régimen no debe ser distinto del expuesto para la responsabilidad de los administradores en el caso del art. 367 LSC.

10. LA UNIPERSONALIDAD SOBREVENIDA

El art. 14 LSC establece un sistema de responsabilidad que es básicamente equivalente al del art. 367 LSC. Según la norma, transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiese inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Consideramos que es en efecto una obligación fideusoria legal, que alcanza al cumplimiento debido por la sociedad, y no una simple regla indemnizatoria por la que el socio se obliga a indemnizar por el incumplimiento de aquélla⁹⁶. En cambio, la responsabilidad interna del art. 16.3 no es una fianza legal, sino pura responsabilidad del socio único frente a la sociedad⁹⁷.

VI. FIANZA Y SOLIDARIDAD DE DEUDORES⁹⁸

1. EL SENTIDO DE LA REMISIÓN DEL ART. 1822.II CC

Según el art. 1822.II CC «si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4.^a, capítulo III, título I, de este Libro», es decir, lo dispuesto en los arts. 1137 a 1148 CC para la deuda contraída solidariamente por varios deudores⁹⁹. El sentido de esta remisión nunca ha quedado enteramente claro. Caben tres interpretaciones. Para la primera, la remisión del precepto sería una remisión total, de forma que la fianza solidaria dejaría de ser fianza, para convertirse en solidaridad de deudores, excluyendo esta calificación la aplicación de cualesquiera de los preceptos del régimen de la fianza. Para la segunda interpretación posible, la fianza solidaria sería fianza en la relación interna (deu-

95. Sobre la aplicación del régimen fideusorio, PAZ ARES: *La responsabilidad del socio colectivo*, 1993, pp. 101 y ss. y 150 y ss.

96. Contra, JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ-MORENO: «La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada», en URÍA: MENÉNDEZ Y OLIVENZA: *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, XIV, 1998, pp. 278-284.

97. *Cfr.* STS 28 mayo 2020 (RJ 2020, 1337).

98. Por todos, PÉREZ ÁLVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, *cit.*, pp. 84 y ss.

99. No nos referiremos ahora a la solidaridad entre cofiadores.



dor-fiador), toda vez que el fiador nada debe, y puede regresar por el todo, y sería solidaridad en la relación externa; en consecuencia, se aplicarían los arts. 1143, 1146 ó 1148 CC, y no los correspondientes preceptos de la fianza. Para la tercera interpretación posible, las reglas de la solidaridad se aplicarían exclusivamente a las relaciones externas (acreedor-fiador), pero no desplazarían enteramente las normas de la fianza ni tan siquiera en este particular. Nos parece que la interpretación correcta es esta última, como pasaremos a explicar.

2. SOLIDARIDAD Y FIANZA EN LA JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia del TS existen tres concepciones contrapuestas sobre el significado de la remisión del art. 1822.II, sin poderse aclarar casi nunca en qué medida las doctrinas son mero *obiter* o fundamentos del fallo¹⁰⁰. Una primera línea jurisprudencial sostiene que la remisión contiene una descalificación del contrato como fianza, que, por virtud de la solidaridad, pasa a convertirse en una institución distinta y autónoma de la fianza, con la única particularidad de que, pagada la deuda por el fiador, tiene regreso por el todo contra el deudor¹⁰¹. Una segunda corriente sostiene que en la fianza solidaria la relación externa se gobierna por las reglas de la solidaridad, mientras que las relaciones internas entre deudor y fiador, incluso antes del pago, se rigen por las normas de la fianza¹⁰². Para la tercera interpretación, la fianza solidaria conserva su calificación fideusoria incluso en las relaciones externas, dado el carácter accesorio de la fianza, lo que obliga a coordinar las respectivas normas de la solidaridad y de la fianza¹⁰³. De acuerdo con esta tercera concepción —que estimamos la correcta— el TS aplica a las relaciones externas entre acreedor y fiador normas propias de la fianza, como los arts. 1823.II¹⁰⁴, 1824¹⁰⁵, 1825¹⁰⁶, 1826¹⁰⁷, 1827¹⁰⁸, 1837¹⁰⁹,

100. Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ: *Solidaridad en la fianza, cit.*, pp. 104-111.

101. Así SSTS 7 febrero 1963 (RJ 1963, 780); 25 abril 1969 (RJ 1996, 2232); 28 septiembre 1977 (RJ 1977, 3521).

102. STS 21 abril 1931 (RJ 1931, 2024).

103. SSTS 3 junio 1968 (RJ 1968, 3064); 17 febrero 1962 (RJ 1962, 1094); 16 junio 1970 (RJ 1970, 3114); 11 junio 1987 (RJ 1987, 4277); 29 diciembre 1987 (RJ 1987, 9710).

104. SSTS 21 febrero 1956 (RJ 1956, 1170); 19 octubre 1982 (RJ 1982, 5562).

105. STS 23 mayo 1977 (RJ 1977, 2135).

106. SSTS 13 diciembre 1934 *RGLJ*, t. 216, núm. 73; 17 febrero 1962 (RJ 1962, 1094); 7 febrero 1963 (RJ 1963, 780); 6 febrero 1976 (RJ 1976, 320); 24 octubre 1980 (RJ 1980, 3636).

107. SSTS 14 marzo 1908, *RGLJ*, t. 110, núm. 90; 17 febrero 1962 (RJ 1962, 1094).

108. SSTS 1 junio 1964 (RJ 1964, 3090); 3 junio 1968 (RJ 1968, 3064); 30 junio 1969 (RJ 1969, 3680); 6 febrero 1976 (RJ 1976, 320); 28 septiembre 1977 (RJ 1977, 3521).

109. STS 3 junio 1968 (RJ 1968, 3064).



1847¹¹⁰, 1851¹¹¹, 1852¹¹² y 1853 CC¹¹³. En las relaciones internas entre fiador y deudor, el TS aplica las normas de la fianza¹¹⁴. En la solidaridad (siempre que no sea «impropia»¹¹⁵) que constituya una «fianza legal» se aplica el art. 1974 CC, pero el art. 1975 en las fianzas solidarias que nacen de contrato.

3. LA FUNCIÓN DE LA SOLIDARIDAD

Hay que partir como factor decisivo que la solidaridad no es un contrato, ni una obligación, sino, más simplemente, un simple modo de obligarse varios¹¹⁶. O mejor, es uno de los modos posibles de organizar la concurrencia de deudores cuando son varios los obligados. Por ello, la solidaridad no puede ser considerada como algo susceptible de eliminar la fianza, o el arrendamiento, o el préstamo, pues es compatible con cualquier contrato; esto es lo que viene a decir el art. 1140 CC: que la existencia de una concurrencia solidaria no cuestiona que los distintos codeudores se hayan obligado frente al acreedor por distintos títulos. Aplicado esto a la fianza, la solidaridad es un simple modo de explicar cómo concurren frente al acreedor los distintos obligados, fiador y deudor; pero no es una exclusión del régimen de la fianza. La remisión significa que el acreedor puede reclamar la deuda a deudor y fiador sin que exista beneficio de excusión y, eventualmente (si queda claro que se ha pactado en estas condiciones), sin que exista incumplimiento previo del deudor principal, es decir, sin subsidiariedad. Pero la obligación del fiador sigue siendo una deuda de refuerzo; el fiador nada debe internamente. Y esto no sólo importa para modalizar la acción de regreso (se aplican los arts. 1838 y 1839, no el art. 1145 CC), sino para determinar el alcance de la obligación del fiador ante el acreedor. En efec-

110. SSTS 18 junio 1957 (RJ 1957, 2000); 28 septiembre 1977 (RJ 1977, 3521); (dos de) 6 noviembre 1981 (RJ 1981, 4465 y 4466); 11 noviembre 1981 (RJ 1981, 4505).

111. SSTS 8 julio 1915, *RGLJ*, t. 133, núm. 162; 2 julio 1917, *RGLJ*, t. 141, núm. 1; 5 febrero 1955 (RJ 1955, 731); 7 diciembre 1968 (RJ 1968, 5748); 23 mayo 1977 (RJ 1977, 2135); (dos de) 6 noviembre 1981 (RJ 1981, 4465 y 4466); 11 noviembre 1981 (RJ 1981, 4505); 1 marzo 1983 (RJ 1983, 1412).

112. SSTS 14 marzo 1908, *RGLJ*, t. 110, núm. 90; 20 diciembre 1910, *RGLJ*, t. 119, núm. 123; 9 octubre 1962 (RJ 1962, 3631); 1 marzo 1983 (RJ 1983, 1412).

113. SSTS 20 diciembre 1910, *RGLJ*, t. 119, núm. 123; 17 febrero 1962 (RJ 1962, 1094); 28 septiembre 1977 (RJ 1977, 3521).

114. SSTS 20 diciembre 1910, *RGLJ*, t. 119, núm. 123; 5 julio 1911, *RGLJ*, t. 122, núm. 10; 1 junio 1964 (RJ 1964, 3090); 14 febrero 1978 (RJ 1978, 296); 19 noviembre 1982 (RJ 1982, 6550); 29 diciembre 1987 (RJ 1987, 9710) (*CCJC*, 16 § 412, comentario de PÉREZ ÁLVAREZ).

115. No podemos entrar en detalles sobre este asunto. Remitimos a DOMÍNGUEZ LUELMO/TORIBIOS FUENTES, *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones*, 2024, pp. 644 y ss.

116. De acuerdo en lo básico, PÉREZ ÁLVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, cit., pp. 114 y 120.



to, como el fiador nada debe en la relación interna, podrá oponer al acreedor *por el todo de la deuda* no sólo sus propias excepciones y las excepciones objetivas, sino las excepciones personales del deudor principal, conforme al art. 1148 CC. Es decir, en las relaciones entre acreedor y fiador no existe *parte de la deuda correspondiente al fiador*, en el sentido de los arts. 1146 y 1148 CC, pues toda la deuda se imputa al deudor principal.

4. RÉGIMEN APLICABLE

Creemos que el único precepto alcanzado por la remisión del art. 1822. II CC es el art. 1144 CC, y sólo si la fianza se ha pactado como *auténticamente* solidaria, cosa que no se presume. El acreedor puede reclamar en este caso el cumplimiento, vencida la deuda, indistintamente al fiador o al deudor, siempre que se trate de una obligación principal fungible (pago de cantidad de dinero), sin que ninguno de los obligados pueda exigir que el otro codeudor haya sido puesto en mora o que exista entre ellos litisconsorcio pasivo¹¹⁷ (*cf.* art. 542 LECiv); puede reclamarles a cada uno el todo o una parte de la deuda¹¹⁸. Pero nada obsta la aplicación del resto de los preceptos del régimen de la fianza, que no están determinados por la existencia de subsidiariedad. Así, en las relaciones fiador-acreedor se aplican los arts. 1824.I¹¹⁹, 1824.II¹²⁰, 1825¹²¹, 1826¹²², 1827¹²³, 1835¹²⁴, 1848¹²⁵,

117. STS 28 septiembre 1977 (RJ 1977, 3521). Contra, sorprendentemente, la STS 18 octubre 1980 (RJ 1980, 3809), que apreció litisconsorcio pasivo entre los avalistas solidarios del deudor quebrado.

118. Sin justificación rechaza esto último ALVENTOSA DEL RÍO: *La fianza, cit.*, p. 192.

119. El fiador no responde en modo alguno de una obligación principal nula, salvo que la fianza se extienda a asegurar las resultas de la nulidad (*cf.* Cap. 3.IV.6); pero el codeudor solidario responde de estas consecuencias por la aplicación de los arts. 1303 y 1307 CC.

120. El fiador no puede excepcionar la menor edad o incapacidad del deudor principal; no se aplicaría el art. 1148 CC, ni aunque se sostuviera que la edad o incapacidad constituyen en el sentido de este precepto «excepciones personales».

121. Cabe pactar anticipadamente una vinculación solidaria por deudas futuras aún no contraídas.

122. El fiador puede exigir una reducción de su obligación de refuerzo, si se obligó a más que el deudor principal.

123. Entre otras consecuencias importantes de esta aplicación: el fiador solidario no responde de los gastos de juicio devengados por reclamaciones previas hechas al deudor principal, a pesar del *ius variandi* del art. 1144 CC.

124. El deudor principal no puede utilizar la transacción entre acreedor y fiador para defenderse por la vía de los arts. 1143, 1146 ó 1148 CC. A su vez, el fiador solidario puede ampararse en la transacción entre deudor y acreedor, aunque las partes le hayan querido dar una eficacia exclusivamente personal.

125. El deudor no puede, a pesar del art. 1143 CC, exonerarse mediante la excepción de confusión entre acreedor y fiador.



1849¹²⁶, 1851¹²⁷, 1852¹²⁸ y 1853 CC¹²⁹. Naturalmente, no rige el beneficio de excusión. En las relaciones internas entre deudor y fiador nada cambia, y se aplican las normas de la fianza, con independencia de la existencia de solidaridad. El fiador solidario es fiador a efectos de la aplicación del art. 538 LECiv y no codeudor solidario a efectos del art. 542 LECiv (pero *cfr.* Cap. 13.I.9). La reclamación extrajudicial del acreedor o el reconocimiento privado del deudor no interrumpen la prescripción que corre en favor del fiador contractual (art. 1975 CC), y no se aplica el art. 1974 CC, por mucho que exista relación de solidaridad entre los distintos obligados¹³⁰. Creemos que perjudica al deudor principal la interrupción de la prescripción que el acreedor consigue frente a alguno de los cofiadores solidarios que responden igualmente de modo solidario con el deudor principal. Ni el fiador solidario ni el deudor principal responden uno por el otro de la culpa o dolo que hace imposible el cumplimiento de la obligación, y no se aplica el art. 1147.II CC¹³¹. El deudor principal no puede oponer la compensación que beneficia al fiador solidario, aunque sí a la inversa (art. 1197 CC); tampoco puede beneficiarse el deudor principal de la confusión que se realiza en las personas del acreedor y del fiador solidario, aplicándose el art. 1193, no el 1143 CC. Si el acreedor condona la deuda del fiador solidario, el deudor no puede excepcionar este hecho por la vía del art. 1143 CC (art. 1190 CC).

5. SIMULACIÓN RELATIVA ENTRE FIANZA Y SOLIDARIDAD

Lo que acabamos de decir tiene sentido, naturalmente, siempre que el garante permanezca inicialmente extraño a la deuda, o que ésta le sea jurídicamente ajena. Pero la práctica diaria de las fianzas prestadas en favor de

-
126. El fiador solidario no responde de la evicción del bien ofrecido en pago por el deudor al acreedor.
127. El fiador solidario puede exonerarse en caso de prórroga hecha al deudor, sin necesidad de limitarse a excepcionar este hecho como una suerte de excepción temporal objetiva de la deuda (art. 1143) o personal del deudor (art. 1148 CC). El deudor principal no puede utilizar en modo alguno la prórroga concedida al fiador solidario, ni por el art. 1143 ni por el art. 1146 CC.
128. El fiador se exonera cuando el acreedor perjudica la subrogación en sus derechos por parte de aquél.
129. Con independencia de si el art. 1148 CC debe entenderse completado con los arts. 1824 ó 1853 CC (excluyendo por tanto la oponibilidad por el codeudor solidario de las «excepciones puramente personales» del codeudor), lo cierto es que el fiador puede oponer por el todo las excepciones personales del deudor, y no puede oponer, ni tan siquiera parcialmente, las excepciones puramente personales, como la menor edad y la incapacidad.
130. Contra DÍEZ PICAZO: en BERCOVITZ: DÍEZ PICAZO: PAZ ARES y SALVADOR: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 2176. También en contra, STS 27 enero 1989 (RJ 1989, 132).
131. Lo contrario sostiene PÉREZ ÁLVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, cit., pp. 236 y ss.



sociedades cerradas muestra que algunas veces el fiador garantiza en beneficio exclusivamente propio, y que la sociedad es una cobertura, forma que encubre la real asunción deuditoria por parte del socio fiador. La fianza es entonces un medio conscientemente buscado por las partes para neutralizar frente al acreedor los efectos perjudiciales que pueden surgir de una separación ficticia de personalidades jurídicas y de patrimonios. Entendemos que, siempre que resulte de aplicación la doctrina jurisprudencial del *levantamiento del velo*, la fianza solidaria prestada por el socio que administra como propios los intereses sociales debe valer como pura solidaridad en la deuda; o, mejor aún, como identidad pura y simple del fiador con el deudor: la fianza en interés propio prestada en condiciones donde, de otra forma, sería aplicable la doctrina del levantamiento del velo, «atribuye al fiador una condición muy próxima a la del deudor principal»¹³². En estos casos, el título contractual de la fianza *simula* (art. 1276 CC) una participación común en la deuda principal (préstamo, compra, etc.), y aquélla carece de propia causa. Para que ello sea así no basta que el fiador preste garantía en beneficio o interés propio, como a veces suele leerse en la jurisprudencia; es preciso que se den las condiciones para que la personalidad jurídica no sea oponible al acreedor. Porque en estos casos no tiene sentido aplicar los arts. 1190, 1193, 1827, 1835, 1840, 1842, 1849, 1851 y 1975 CC, entre otros. En el límite, sin embargo, la cuestión puede tener mucho menor repercusión práctica de la que parece.

6. FIANZA SOLIDARIA Y FIANZA SIN BENEFICIO DE EXCUSIÓN

Después de lo que venimos exponiendo en este Capítulo, cabe concluir afirmando que fianza solidaria no es lo mismo que fianza sin beneficio de excusión. Es cierto que el pacto de solidaridad excluye el beneficio de excusión, pero también lo puede excluir la fianza subsidiaria. Una fianza es subsidiaria cuando el incumplimiento del deudor forma parte del supuesto constitutivo de la obligación de pago por parte del fiador. El fiador subsidiario debe pagar cuando incumple el deudor; pero no es consustancial a la subsidiariedad que el fiador goce del beneficio de excusión en los términos de los arts. 1830 y ss. CC. Esta diferencia entre subsidiariedad y beneficio de excusión ha sido admitida por la mejor doctrina¹³³, y por una parte de la jurisprudencia¹³⁴. Pero una vez más hemos de repetir que el simple pacto

132. STS 16 septiembre 1988 (RJ 1988, 6693) (CCJC, 18 § 462, comentario de COCA PAYERAS); SAP Málaga 9 noviembre 1999 (AC 1999, 2598).

133. Cfr. GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios*, cit., p. 19; DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos*, cit., pp. 502 y ss.; CASANOVAS MUSSONS: *La relación obligatoria*, cit., p. 16.

134. Especialmente nítida esta diferencia en la STS 21 abril 1931 (RJ 1931, 2024). Igualmente nítida es la identificación entre subsidiariedad y beneficio de excusión en la STS 25 febrero 1958 (RJ 1958, 1043).



de una fianza o aval como solidario debe interpretarse como que el garante ha renunciado al beneficio de excusión, y no debe presumirse que por el simple pacto de solidaridad también haya querido el garante que se le pueda reclamar la deuda antes del incumplimiento del deudor. No es que tal esquema no quepa en el ámbito de la fianza, sino que no debe presumirse que sea ése el significado del acuerdo de las partes cuando pactan el *carácter* de solidaria. Por tanto, cuando una fianza se pacta como solidaria debe interpretarse *prima facie* que se pacta una fianza subsidiaria sin beneficio de excusión.

VII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. LEY APLICABLE

Este extremo se gobierna por el Reglamento (CE) 593/2008 (*Roma I*), que ha introducido criterios no enteramente congruentes con el texto de su predecesor *Convenio de Roma de 1980*. La regla prioritaria es la libre elección de las partes. A falta de elección se operará de la siguiente manera. Regirá la ley determinada por los criterios del apartado 1 del art. 4. A falta de este criterio se aplicará la ley de la jurisdicción en la que la parte que deba *realizar la prestación característica* tenga su residencia habitual o su administración central en el momento de celebración del contrato (art. 4.2)¹³⁵. Cuando la ley *no pueda ser determinada* por los criterios anteriores «el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos» (art. 4.4). Y todavía, «si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país» (art. 4.3). Teniendo en cuenta estos criterios, y no disponiendo de una jurisprudencia armonizada de apoyo para la interpretación de estas normas en sede de los contratos de garantía, creemos que procederá lo que sigue. Vamos a distinguir, en consecuencia, según que la *prestación de la garantía* constituya o no un *contrato de servicios* frente a la contraparte. Entre el banco instructor y el banco emiteente hay un contrato de servicios, como lo hay entre el banco emiteente y el banco confirmador; la prestación de una contragarantía hecha por el banco emiteente o instructor a favor del banco pagador o confirmador es también prestación de un servicio, y finalmente hay

135. En el Convenio este criterio era una *presunción* de que dicha ley era la que mantenía unos vínculos más estrechos con el contrato. Sobre el alcance de esta presunción, STJUE ICF C-133/08, 6 octubre 2009. En el Reglamento, a diferencia del Convenio, la regla residual no se formula exactamente como presunción, que entra en juego si no se dan las condiciones de la cláusula de escape del art. 4.3, que, en rigor, ya no debería seguir llamándose cláusula de escape.



una relación de servicios entre el deudor subyacente que ordena o mandata a su banco que emita o gestione la emisión de una garantía. Creemos que en estos supuestos la ley aplicable será la del banco pagador o confirmador, si lo hay, frente al banco que instruye o delega la emisión final de la garantía; la del banco contragarante, sólo en lo que respecta a la ley aplicable a esta contragarantía; la del banco emitente o instructor, en sus relaciones con el deudor final que ordena la emisión de la garantía. Distinta será la ley que rijan las relaciones entre el obligado por la garantía y el *beneficiario* de ésta cuando, como es lo normal, no exista entre ellos un contrato de servicios (es decir, cuando el beneficiario no contrata y paga una garantía en forma de seguro por cuenta propia). En lo que sigue nos referiremos a esta hipótesis. En los contratos de garantía, en los que, normalmente, una entidad financiera debe realizar pagos al beneficiario, la prestación característica será la realización del pago en que consiste la garantía. Lo que conduce en la generalidad de los casos a que la ley aplicable a las garantías personales sea *frente al beneficiario* la del país donde tiene situado su establecimiento la entidad (o sucursal) garante que realiza el pago¹³⁶. Como la entidad que realiza el pago no tiene que ser necesariamente la entidad que emite en origen la garantía (o instruye a otro para que la emita), sino cualquier entidad (bancaria) confirmadora o pagadora directa al beneficiario final —como ocurre en las garantías internacionales— la ley *situs* del establecimiento del garante transmuta a la ley del establecimiento del sujeto receptor y examinador de la reclamación (documentaria, ordinariamente) y obligado al pago o que de hecho asume la gestión del pago como un simple delegado *solvendi*. En otros términos, la ley que tiene vínculos más estrechos con el contrato en cuestión es la ley del lugar en que se realiza o presenta la reclamación y se consuma el pago. Cabe, no obstante, que, por las especiales circunstancias del caso, sea la ley que gobierna la relación principal la que presente vínculos más estrechos con el contrato de garantía en el sentido del art. 4.3, pero esto no se presume por el solo hecho de que la fianza sea accesoria ni porque el pago deba hacerse en un país distinto del *situs* del garante¹³⁷. Aunque las garantías personales sean accesorias de una deuda principal, o,

136. Art. 34 de las Reglas Uniformes CCI sobre garantías a demanda y art. 22 Convenio de Naciones Unidas sobre Garantías a Demanda y Standby Letters of Credit.

137. Con el Reglamento no basta que el contrato mantenga vínculos más estrechos con otro país, sino que «manifiestamente» presente vínculos más estrechos con otro país. Según las circunstancias de cada caso, una garantía prestada por la matriz puede tener vínculos manifiestamente más estrechos con la ley aplicable al contrato subyacente. También una contragarantía puede tenerlos con la ley que gobierna la garantía. Bajo el Convenio de Roma, en cambio, la jurisprudencia inglesa sostuvo que la ley del país del establecimiento no era la que presentaba vínculos más estrechos cuando la garantía era pagadera al acreedor principal en la jurisdicción de éste y no es el país del garante (cf. ANDREWS/MILLET: *Law of Guarantees*, 2011, pp. 126-129, 335-340).



cuando menos, vengan referidas a una deuda principal y a su cumplimiento, sin embargo, la ley aplicable a la fianza o garantía personal no será la ley del contrato de base, sino la del país en que tenga su sede el prestador que realice la prestación característica de la fianza, que es la del lugar de residencia o establecimiento del garante¹³⁸. Esto debe afirmarse sin reparos especialmente cuando se trata de una garantía independiente. No obstante, creemos que es la ley aplicable al contrato subyacente la que mantendrá *vínculos manifiestamente más estrechos* con la garantía cuando ésta haya sido prestada por un *insider* de la sociedad deudora (socio de relevancia, administrador de control, etc.), pues a estos garantes no se les busca primordialmente para garantizar la insolvencia de un tercero, sino para que se cuiden —por lo que les importa— que la deuda subyacente se pague, y, en último extremo, para que asuman esta deuda como cosa propia. Cuando el banco garante sea distinto del banco confirmador o pagador, o el banco que instruye la emisión de la garantía preste a su vez contragarantía al banco comisionista, ordinariamente se producirá una concurrencia de leyes distintas, si los sujetos intervinientes están situados en diversas jurisdicciones¹³⁹; con todo, no nos parece que ello conduzca a un resultado indeseable y que por esta razón haya que aplicar el art. 4.3 del Reglamento, reduciendo por este medio la complejidad normativa a la ley de la jurisdicción del banco que finalmente recibe la reclamación y realiza el pago¹⁴⁰. La Ley aplicable a la garantía determina igualmente los derechos subrogatorios que corresponden al fiador; pero por analogía con lo previsto en el art. 14.2 para la cesión de créditos, la ley que gobierna la relación principal será la que determine si en general cabe que un tercero se subrogue en la posición del acreedor, y, más específicamente, la subrogación no podrá dar al subrogado más derechos que los que el acreedor tenía conforme a la ley aplicable a su relación con el deudor principal. Respecto de la capacidad de obrar de las personas físicas o jurídicas rige su ley personal [arts. 9.1 CC y 1.2 a) y f) Reglamento,

138. Así, específicamente, art. 117.3 e) de la Ley suiza de Derecho internacional privado, como presunción. Para las garantías autónomas, la misma regla se contiene en el art. 34 de las RUGD/2011 de la Cámara de Comercio Internacional.

139. La concurrencia de distintas leyes puede hacerse espesa en la hipótesis en que existan dos bancos unidos por una relación de mandato y el mandante preste adicionalmente una contragarantía. La relación jurídica de mandato se regirá por el art. 4.1 b) (ley de la jurisdicción del banco comisionista y pagador final de la garantía), pero la ley aplicable a la contragarantía será la del contragarante, tanto por tratarse de un *servicio autónomo* cuanto porque el contragarante realiza la prestación característica de la contragarantía.

140. La jurisprudencia inglesa procede, sin embargo, de la forma que aquí se critica; *cfr.* ENONCHONG: *The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees*, 2013, pp. 325-329, 333-334. Como último ejemplo, la sentencia High Court de Inglaterra y del País de Gales de 17 de febrero de 2011.



con la limitación del art. 13]. Respecto de la forma necesaria del contrato, rige lo dispuesto en el art. 11 Reglamento. Será la ley que gobierna la obligación principal la que determine qué habrá de pagarse y la extensión de esta obligación, que repercutirá en el garante por la regla de accesoriadad. La ley aplicable a las relaciones patrimoniales en el matrimonio será la que determine si la fianza exige o no consentimiento dual de los cónyuges.

2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La competencia judicial internacional de los tribunales españoles se determina primeramente por el Reglamento 1215/2012 (*Bruselas I*) y, en la medida en que el mismo no resulte aplicable, por el art. 22 LOPJ. Como criterio general, a falta de sumisión expresa o tácita, las personas y entidades garantes domiciliadas en el territorio de un Estado sometido al Reglamento deberán ser demandadas ante la jurisdicción de este Estado (art. 4) o ante los tribunales del lugar en que debe ser ejecutada la obligación que sirve de base a la demanda (art. 7.1 a)]¹⁴¹. Ahora bien, si la demanda se ha instado conjuntamente contra deudor principal y garante (o contra dos cogarantes solidarios), en la medida en que tal acumulación sea posible conforme a las leyes procesales del país en que se interpone la demanda, cada uno de los deudores (principal y subsidiario) podrá ser demandado ante los tribunales del domicilio del otro deudor (art. 8.1)¹⁴². Estimamos que no procede esta regla si respecto de uno de ellos existiese una cláusula de sumisión expresa, lo que impide que sea demandado contra su voluntad en el foro correspondiente al otro deudor, con el que acaso también el acreedor haya convenido un pacto de sumisión. En aplicación de la regla expuesta, y salvo que se considere que la demanda conjunta se ha hecho con abuso de derecho¹⁴³, el deudor principal podrá ser demandado en el domicilio del garante, y vice-

141. Esta opción fue decisiva para el beneficiario de una carta de patrocinio que demandaba al emitente domiciliado francés cuando la obligación (de garantía) debía cumplirse en España, en STS 3406/2025, 9 julio (ECLI:ES:TS:2025:3406); *cf.* Cap. 8.IX.

142. Obsérvese que tiene que ser el tribunal del lugar de domicilio de uno de los demandados, no bastando que sea el tribunal del país, distinto del domicilio de cualquiera de los demandados, pero que sea competente respecto de uno de ellos por el criterio de competencia del art. 5.1 (lugar de ejecución de la obligación); *cf.* GAUDEMET-TALLON: *Las Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 1996, pp. 165 y ss.

143. Entre obligación principal y obligación de garantía existe la suficiente razón de conexidad para pensar que la demanda conjunta no es, salvo razones especiales, arbitraria. La relación de conexidad entre los distintos demandados es una exigencia requerida por la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia (sentencia *Kalfelis*, 27 septiembre 1988, As. 189/87). La exigencia de un vínculo de conexidad se asumió en el Reglamento versión 2001. Más detalles sobre las exigencias de este foro por acumulación en VIRGÓS/GARCIMARTÍN: *Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., 2007, pp. 212 y ss. Ahora, art. 8.1 del Reglamento de 2012.



versa, sin perjuicio —por lo que respecta al garante— de que el juez deba aplicar la ley del domicilio del garante, como ley que rige el contrato de garantía. Esta solución contrasta con la que a efectos internos impone el art. 1828, inciso segundo, CC (*cf.* Cap. 13.1.1), que atrae la competencia sobre la obligación de garantía a la competencia sobre la obligación principal¹⁴⁴. Si el garante no está domiciliado en un país sujeto al Convenio, los tribunales españoles podrán conocer de la demanda contra el garante si éste tiene su domicilio en España, si la obligación (de garantía) ha sido constituida en España o si debe ser cumplida en España. No existe ningún foro especial para obligaciones de garantía, por lo que no puede extenderse al ámbito de la competencia internacional las soluciones que establecen los arts. 62.3.º LECiv y 1828 CC para la competencia interna.

3. LA STS 1117/2025, 15 JULIO¹⁴⁵

Se trata de la sentencia más importante dictada por el TS sobre jurisdicción y ley aplicable a una carta de patrocinio fuerte, que el TS trata como una garantía personal ordinaria. La sentencia se aparta del análisis que acabamos de hacer de estos extremos en el epígrafe presente. Su exposición y crítica, de alcance general, la remitimos al Cap. 8.IX.

144. Pero no se opone al sistema de la LECiv, si se interpreta que el art. 53 de la ley (art. 62.1.º.II de la LECiv/1881) restringe el alcance de lo establecido en el art. 52.3.º (art. 63.3.º LECiv/1881), de forma que, más allá del carácter de garantía que pueda tener la obligación del fiador, podrá atraerse al deudor al fuero del domicilio de aquél. Sobre este extremo, *cf.* Cap. 13.

145. ECLI:ES:TS:2025:3587.



CAPÍTULO 3

LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA FIANZA

I. LA EXTENSIÓN DE LA FIANZA SIMPLE

1. EL ART. 1827.II

Según el art. 1827.II CC, si la fianza fuere simple o indefinida, comprenderá la obligación principal y todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose respecto de éstos que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago. Al contrario ocurre —aunque el CC no se refiere a ello— con la fianza limitada cuantitativamente, como es normal en la praxis bancaria, sobre todo si la deuda principal es infungible (*v. gr.* contrato de obra). El art. 1827.II se aplica igualmente a la fianza solidaria: aunque el acreedor disponga frente al deudor y al fiador del *ius variandi* del art. 1144 CC, no podrá exigir de éste el pago de los gastos judiciales devengados antes de haberle requerido para el pago, aunque hayan sido generados por la reclamación infructuosa al deudor principal, cuya obligación se avala solidariamente¹.

2. LA DETERMINACIÓN INICIAL DE LA CUANTÍA

El CC impone limitaciones al alcance que puede conseguir la deuda del fiador, cuando éste no ha predeterminado con antelación cuál es el montante máximo de la responsabilidad que asume o la parte de la deuda ajena que garantiza. Pero el Derecho español no requiere, como una exigencia especial del art. 1273 CC, que ya inicialmente toda fianza tenga determinada la cuantía de la obligación que asume el fiador². Esta cuantía se determina *per relatio-*

1. En este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, cit., p. 273.

2. Las exigencias que en sentido contrario se contienen en diversos Ordenamientos (*cf.* art. 493 Código suizo de las Obligaciones o Libro 7, art. 858 Código holandés —si el fiador es consumidor—) no nos parecen acertadas ni necesarias. Si un sujeto presta fianza como



nem a la obligación principal, y la defensa del fiador se encuentra en aquellas reglas que le permiten exonerarse cuando la conducta del acreedor o del fiador agravan el riesgo inicialmente considerado, aunque no se encontrara especialmente cuantificado. Por tanto, si la obligación principal no es nula por indeterminación, a pesar de que no conste la cuantía de la deuda de la que ha de responder el deudor, tampoco lo es por este concepto la fianza, aunque tampoco respecto de ésta hayan hecho constar las partes un máximo³. La conclusión deberá ser otra cuando se trate de fianzas prestadas por una pluralidad de deudas futuras, como expondremos *infra* V. En consecuencia, la determinación de un máximo de responsabilidad no constituye un requisito de determinación del objeto del contrato. Y tampoco existe en el CC una regla imperativa (aunque podría existir una regla interpretativa) que reconduzca esta ilimitación inicial a una cantidad que el legislador determina por defecto: por ejemplo, el saldo existente al día de constitución de la fianza⁴.

3. ILIQUIDEZ DE LA DEUDA

Puesto que la fianza no tiene que hallarse inicialmente determinada en su cuantía, cuando esto ocurra estaremos ante una deuda ilíquida. Para que se pueda despachar ejecución por esta cantidad deberá procederse en la forma prescrita en el art. 572.2 LECiv. Una fianza que no constituye una deuda líquida, cuya liquidez pueda determinarse a partir del documento que la crea, será postergada a efectos de ejecución cuando concurra con un préstamo o un contrato de «leasing» documentado en póliza o escritura⁵.

4. LOS «ACCESORIOS» DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

En el sentido de la expresión legal, «accesorios» del crédito comprenden las obligaciones secundarias derivadas del incumplimiento del deudor principal, o de su injustificado enriquecimiento a costa del acreedor, o a las deudas de restitución derivadas de la declaración de ineficacia, así como a los «accesorios» del crédito en sentido propio, como son los intereses convencionales⁶ o la deuda de frutos y las cláusulas penales⁷. No se comprenden los «accesorios» que resulten de novaciones objetivas pactadas por acreedor

coheredero, su responsabilidad se determinará después de que eventualmente se haya producido acrecimiento a su favor (GÓMEZ, *Ad Leges Tauri Commentarium*, Ley 17 n. 12).

3. La regla contraria se contiene, por ejemplo, en el art. 858.1 del Libro 7 del Código holandés.
4. Lo contrario rige en Derecho alemán (REINICKE/TIEDTKE: *Kreditsicherung*, p. 197).
5. SAP Madrid 3 junio 1998 (AC 1998, 5841).
6. STS 8 octubre 1986 (RJ 1986, 5333).
7. STS 6 febrero 2015 (RJ 2015, 512).



y deudor después de la prestación de la fianza. En consecuencia, el fiador responde de la indemnización de los daños (arts. 1106, 1107 y 1108 CC)⁸ y del pago de la cláusula penal pactada por el deudor⁹, aunque no sea cofiador solidario¹⁰, así como de los intereses convencionales y moratorios debidos por el deudor¹¹, aunque, respecto de estos últimos, el fiador no haya sido especialmente requerido y constituido en mora. La garantía se extiende a la responsabilidad derivada de daños ruínógenos del art. 17 LOE¹². Respecto del lucro cesante por continuación de una posesión indebida, *cf.* Cap. 2.VI.5. Respecto de la extensión a las cláusulas penales pactadas por el deudor no hace falta para ello una especial declaración contractual, y no se aplica en contra de esta extensión el principio de interpretación restrictiva de las cláusulas penales¹³. Respecto de los daños moratorios por incumplimiento del deudor, el fiador los debe, aunque goce del beneficio de excusión, circunstancia que le podrá servir para oponerse a la ejecución, pero no para impedir que corran contra él los intereses moratorios generados por la conducta del deudor¹⁴. Carece de importancia si el incumplimiento de la deuda principal procede de dolo o culpa del deudor, circunstancia esta que no se produce a riesgo del acreedor, sino del fiador, que tendrá que recobrar estos pagos en vía de regreso¹⁵. Tampoco el fiador debe ser especialmente intimado (art. 1100 CC) para que pueda ser obligado a abonar los daños moratorios causados por el incumplimiento del deudor. Naturalmente, las partes pueden pactar cualquier determinación contraria a estas reglas legales supletorias.

5. FIANZA DE UNA OPCIÓN DE COMPRA

Aunque cabe pactar lo contrario, *ceteris paribus* la fianza prestada por el titular de una opción de compra no se reduce a garantizar el pago de la prima de la opción, sino que, si ésta se ejercita, se extiende al pago del precio

8. Así, de los desperfectos causados en la finca (STS 21 abril 1931 [RJ 1931, 2024]).
9. SSTS 30 junio 1969 (RJ 1969, 3680); 3 octubre 1985 (RJ 1985, 4570); 2 octubre 1990 (RJ 1990, 7464). Pero puede pedir también la moderación de esta cláusula, como si del deudor se tratase (art. 1153 CC).
10. Contra SAP Barcelona 24 mayo 1991, *RGD*, 1992, p. 4596.
11. STS 30 junio 1969 (RJ 1969, 3680).
12. STS 22 junio 1996 (RJ 1996, 6607). Contra, STS 15 abril 1991 (RJ 1991, 2693).
13. Contra ALBALADEJO GARCÍA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XV-2.º, 1983, p. 464, para quien, en caso de duda, ha de presumirse que la fianza de la obligación principal no se extiende a la cláusula penal.
14. STS 22 noviembre 1916, *RGLJ*, t. 138, núm. 84.
15. Pero cabe pactar en la fianza, como si fuera un seguro, que el fiador no responderá de los daños causados por incumplimiento doloso del contrato. Circunstancia que, en verdad, no admitiría ningún acreedor, pues la inmensa mayoría de los incumplimientos contractuales son voluntarios.



definitivo. En un cierto sentido, puede considerarse como un «accesorio» de la opción¹⁶.

6. INTERESES MORATORIOS

Tanto en la fianza simple con beneficio de excusión como en la fianza simple de tipo solidario, el fiador puede ser demandado, y su obligación vence *desde que el acreedor requiera de pago al deudor* (cfr. Cap. 13.II.6), cuando el deudor incumpla. Aunque el fiador no se halle propiamente en mora¹⁷, deberá los intereses moratorios que deba abonar el deudor. No es preciso para ello que el propio fiador haya debido ser constituido en mora de manera especial¹⁸. La regla que establece el art. 1827.II para los gastos del juicio sugiere *a contrario sensu* que para los intereses moratorios no es preciso que el fiador haya sido especialmente requerido de pago. Pero el acreedor está sujeto al límite de la buena fe. No puede mantener indefinidamente abierta la cuenta pasiva del deudor, generando intereses de demora, sin que tal circunstancia le sea notificada al fiador¹⁹. Un pacto sensato es aquel por el que el fiador no deberá intereses moratorios hasta que haya sido notificado (no necesariamente intimado al pago) del incumplimiento de la deuda principal. Si la deuda principal sigue devengando intereses moratorios, el fiador que se hallara en mora de su propia obligación de pago no debería doblados intereses moratorios por ambos conceptos. Aunque en teoría cabría la posibilidad, el carácter (universal) subsidiario de la fianza y el beneficio de excusión hacen prácticamente imposible que el fiador se encuentre en mora si el deudor principal no lo está conjunta o previamente²⁰, porque ni el requerimiento de pago sin que el deudor haya sido requerido o/ ni el requerimiento al cual puede oponerse el beneficio de excusión son intimaciones que basten para constituir al fiador en mora.

7. LOS INTERESES DE LA DEUDA EN CASO DE CONCURSO

Con la declaración de concurso dejan de producir intereses las deudas del concursado (art. 152 TRLCon²¹); pero el fiador sigue sujeto al pago de

16. Así, STS 6 julio 1998 (RJ 1998, 5417).

17. Para lo que deberá ser requerido de pago en los términos ordinarios, STS 26 junio 2009 (RJ 2009, 4239).

18. Muy correctamente, STS 22 noviembre 1916 (JC, t. 138, n. 84); SAP Madrid, secc. 20.ª, 28 marzo 2006 (JUR 2006, 160092).

19. SAP Córdoba, secc. 1.ª, 12 junio 2000 (AC 2000, 2070); SAP Madrid, secc. 14.ª, 21 diciembre 2013 (JUR 2013, 70517).

20. No consideramos la hipótesis de que el deudor de dinero, retrasado, no esté en mora por no haber incurrido en culpa, y el fiador sí, hipótesis que no sería irreal si se consideran los términos del art. 6 b) de la Ley Antimorosidad.

21. También los créditos no exonerables incluidos en el plan de pagos del art. 496 bis.



estos intereses mientras la deuda no se cobre, pues se corresponde precisamente con la función de garantía que comporta la fianza²², sin importar si el crédito garantizado es ordinario o privilegiado²³. En último extremo, la suspensión en cuestión opera respecto de la masa del concurso, pero no respecto del propio concursado (salvo que se haya disuelto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación), que después de la clausura del procedimiento seguirá obligado (salvo que se le exonere del pasivo insatisfecho) al principal e intereses no satisfechos, y que siguen devengándose a pesar de la suspensión, como prueba el art. 320 TRLCon. La conservación de la finalidad de garantía que la fianza supone impide que el fiador se pueda prevaler de los arts. 1826, 1835 ó 1852 CC. No es preciso además un acto especial de requerimiento al fiador, bastando que la deuda produjera intereses convencionales o moratorios para el deudor.

8. DAÑOS *EXTRACONTRACTUALES* CON OCASIÓN DEL CONTRATO

La cuestión más comprometida en la interpretación del art. 1827.II CC es si puede considerarse accesoria del crédito la acción que compete al acreedor para ser indemnizado de los daños extracontractuales sufridos con ocasión del contrato para el que se previó una fianza. Las hipótesis más destacadas son aquellas en las cuales la jurisprudencia del TS ha venido admitiendo la responsabilidad extracontractual a pesar de la existencia de un contrato entre las partes: daños causados a la cosa por el poseedor contractualmente obligado a restitución (*v. gr.* depositario, arrendatario); prolongación indebida de la posesión contractualmente fijada; daños causados a las personas o a las cosas como consecuencia del defecto de la cosa comprada; etc. Pensamos que, salvo que en el contrato de fianza exista alguna restricción convencional, el fiador está sujeto a la indemnización consistente en

22. RAMÍREZ: *La quiebra*, 1958, II, p. 270; SAP Cuenca 22 febrero 1995, *Act. Civ.* 1445. AAP Madrid, sec. 8.^a, 18 julio 2011 (JUR 2011, 338466); SAP Barcelona, secc. 16.^a, 2 marzo 2010 (JUR 2010, 166068); SAP Castellón, secc. 3.^a, 11 septiembre 2012 (AC 2012, 2120); AAP Valencia, secc. 9.^a, 7 junio 2017 (JUR 2017, 248677); AAP Barcelona, secc. 17.^a, 18 enero 2021 (JUR 2021, 80602); SAP Coruña, 3.^a, 12 mayo 2023 (JUR 2023, 292931). Aunque parece insinuar lo contrario en algún momento, la STS 8 junio 2020 (RJ 2020, 1570) no se refiere al asunto aquí tratado, sino a si el fiador puede, habiendo pagado después del concurso, recobrar con su crédito privilegiado intereses que no hubiera podido cobrar el acreedor con su crédito privilegiado, cosa que niega la sentencia; advierto que la argumentación de la sala no es enteramente comprensible y parece existir una incongruencia.
23. Por ejemplo, los intereses remuneratorios de las cuotas de leasing, aunque estén cubiertos por el valor de la garantía (SJMER Las Palmas 1, 1 febrero 2011, JUR 2011, 53848). No importa que el privilegio no se extienda también por ley a los intereses moratorios postconcursoales: [*cf.* STS 11 abril 2019 (RJ 2019, 1363)]. Tampoco importa si el acreedor privilegiado comunicó especialmente en el concurso la deuda de intereses moratorios ya producidos [*cf.* STS 22 febrero 2019 (RJ 2019, 604)].



los daños de indemnidad causados en la cosa (que se puede calificar de contractual o extracontractual), y los daños incidentales (costes sobrevenidos) sufridos por el arrendador para la efectividad de su derecho²⁴, aunque para el lucro cesante por ocupación postlocativa, *cf.* Cap. 2.VI.5.

9. EN ESPECIAL, FIANZA SIMPLE DE OBLIGACIÓN ARRENDATICIA

Ya se ha expuesto en Cap. 2.VI.5 que no es pacífico si el deber de pago de la renta arrendaticia se extiende a las prórrogas no legales o a la indemnización del lucro cesante por prolongación indebida de la posesión. Depende sustancialmente de los términos del contrato. En nuestra opinión, y *ceteris paribus*, se responde de la renta de las prórrogas voluntarias y no se responde de las rentas del contrato novado por tácita reconducción ni del lucro cesante de prolongación de la posesión indebidamente. Quedan incluidas en la fianza simple, salvo que otra cosa resulte del contrato, la obligación de indemnizar los daños causados en la cosa, el aumento de renta por mejoras o como consecuencia de la actualización legal de la renta²⁵, la repercusión del coste de servicios y suministros, el pago de la multa penitencial debida por desistimiento anticipado (art. 11 LAU), las rentas devengadas después del abandono unilateral del arrendatario con entrega de llaves²⁶, los daños por desperfectos, pero no las costas del desahucio²⁷, las rentas generadas durante la prórroga legal, salvo que la limitación temporal resulte de la fianza²⁸, el incremento de renta por la fusión²⁹ o por traspaso, si la fianza ya no se extingue por cambio del deudor³⁰. ¡Incluso de la obligación de renovar el aval por el que ahora se le reclama el pago de la renta!³¹

10. ALCANCE TEMPORAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL FIADOR

El CC no delimita una frontera temporal más allá de la cual el fiador deje de responder por cualesquiera de las consecuencias u obligaciones

24. SSTS 4 noviembre 2004 (RJ 2004, 6653) y 26 septiembre 2006 (RJ 2006, 8637).
25. Para la fusión de la sociedad arrendataria, SAP Madrid, secc. 9.º, 6 mayo 2016 (JUR 2016, 171227). Según la SAP, sin embargo, el fiador no cubrirá el incremento de la renta causado por la fusión.
26. SAP Madrid, secc. 11.ª 20 diciembre 2017 (JUR 2017, 40127).
27. Hay mucha jurisprudencia menor al respecto: SAP Cádiz 26 abril 1996, *Act Civ.*, 1446; SAP Barcelona, secc. 4.ª, 23 febrero 2016 (JUR 2016, 123803), secc. 13.ª, 23 junio 2016 (JUR 2016, 19721); secc. 4.ª, 9 febrero 2017 (JUR 2017, 123656). No siempre coincidente, *cf.* SAP Madrid, secc. 25.ª, 14 abril 2004 (JUR 2004, 247975).
28. Contra SAP Madrid, secc. 25.ª, 10 mayo 2001 (JUR 2001, 272537).
29. Contra SAP Madrid, secc. 9.º, 6 mayo 2016 (JUR 2016, 171227).
30. Contra SAP Madrid, secc. 9.ª, 6 mayo 2016 (JUR 2016, 171227).
31. SAP Madrid, secc. 11.ª, 4 mayo 2017 (JUR 2017, 164167).



secundarias del incumplimiento del deudor. Hasta que prescriba la correspondiente acción³², el fiador está sujeto a las resultas del incumplimiento del deudor, salvo que en el contrato se haya pactado un plazo de caducidad, transcurrido el cual se extingue cualquier responsabilidad del garante³³. Para que las obligaciones secundarias se entiendan sometidas a la fianza será preciso (salvo que se trate de una fianza general por deudas futuras) que sean «consecuencia necesaria» del incumplimiento del deudor, en los términos del art. 1107 CC. Lo es, por ejemplo, la obligación de saneamiento por evicción de la cosa vendida por el deudor. También los daños consecuenciales producidos en los bienes o en la persona del acreedor como consecuencia de los defectos de la cosa vendida, sin importar si aquella responsabilidad se califica de contractual o extracontractual, conforme al art. 1486 CC o al régimen legal de la responsabilidad por productos. Obsérvese que el juicio de previsibilidad o de conexión de necesidad a que remite el art. 1107 CC se refiere siempre a la obligación principal, no a la secundaria. El fiador delimita el alcance de los daños producido por incumplimiento contractual conforme al art. 1107 CC, referido a su persona, no a la del deudor, especialmente porque este puede haber procedido con dolo en el incumplimiento.

11. FIANZA DE UN CODEUDOR SOLIDARIO

El fiador responde, en el sentido del art. 1827.II CC, del dolo o de la culpa de cualquiera de los codeudores solidarios a los que (acaso también solidariamente) avala. Pero si la deuda principal es solidaria, y el fiador garantiza de manera solidaria a uno sólo o a varios de los deudores, también verá agravada su obligación fideusoria por el incumplimiento de cualquiera de los codeudores solidarios no afianzados. Como los efectos del incumplimiento de uno de ellos se extienden a los demás (art. 1147.II CC), el garante verá extendido el alcance de su obligación en el mismo sentido que lo verá su codeudor afianzado, aunque no haya sido éste el incumplidor.

12. EN ESPECIAL, LOS GASTOS JUDICIALES

El fiador sólo responderá de los gastos judiciales devengados después de haber sido requerido para el pago. Esta norma es aplicable a la fianza solidaria, y, a pesar del *ius variandi* del art. 1144 CC, el acreedor no podrá

32. Contra el fiador, que no tiene que prescribir al mismo tiempo que la del deudor, como se prueba sin más en el art. 1975 CC, aunque no se trate de una fianza impropia. Y para las impropias con más razón. Cfr. CARRASCO PERERA, *Estudios sobre prescripción civil y mercantil*, 2025, § 11, apartado 2.

33. Repárese por ejemplo en la Disp. Adic. 1.ª, Dos 2 c) LOE.



exigir del fiador el pago de los gastos judiciales devengados por la reclamación previa hecha al deudor principal o a uno de los codeudores solidarios principales³⁴. Como ya tuvo ocasión de aclarar la STS 29 mayo 1897³⁵, el «requerimiento» no es una simple notificación hecha al fiador de la reclamación o del proceso entablados contra el deudor, ni queda satisfecho este requisito con cualquier conocimiento que el fiador llegue a tener de la existencia de la reclamación hecha al deudor. Es preciso que el acreedor «requiera» al fiador; este requerimiento no necesita ser judicial, ni revestido de forma pública; basta que se trate de una reclamación de pago³⁶. No basta tampoco con que el acreedor notifique al fiador el requerimiento de pago. Al fiador debe dársele una oportunidad para cumplir. Y esta oportunidad no se le ofrece con la mera notificación. Los «gastos del juicio» que debe abonar el fiador son, dentro de los límites señalados por la norma, todos los ocasionados con motivo del juicio incoado contra él solo, con exclusión de los que integran las costas cuando sea condenado (el fiador) a su pago; ambos conceptos —gastos y costas— son diferentes y la obligación del fiador al pago de estas últimas nace de una norma diferente (art. 394 LECiv; para el proceso de ejecución, el art. 539.2 LECiv). Obsérvese que son conceptos distintos y que el primero —«gastos procesales»— es más amplio que el segundo, ya que incluye conceptos que no son reconducibles a él, como las fianzas, las cauciones, las multas y, en general, todos los daños y perjuicios que el proceso causa a la parte. Se puede decir que ambas normas se complementan, abarcando la totalidad de los perjuicios ocasionados al acreedor y que tienen su causa en el proceso (en este caso, seguido contra el fiador). Pero también se incluirán los ocasionados por el litigio seguido contra el deudor cuando es demandado juntamente con el fiador solidario; de forma que, por ejemplo, el acreedor podrá incluir en la ejecución de la sentencia instada sólo frente al fiador solidario los gastos originados por haber demandado también al deudor principal. Y, en este caso, con independencia de que estos gastos formen o no parte de las costas a cuyo pago habrá sido condenado, en su caso, el demandado deudor, siempre, por supuesto, que no hayan sido pagados por éste. La inclusión de estos gastos tiene su amparo, en última instancia, en su consideración como un daño causado al acreedor, que, según la jurisprudencia, se incluiría dentro de los accesorios de la obligación principal, que también debe pagar el fiador.

34. En el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios, cit.*, p. 109. Por ejemplo, los gastos de desahucio del deudor (SAP Barcelona, secc. 4.ª, 23 febrero 2016 [JUR 2016, 123803]).

35. RGLJ, t. 81, núm. 232.

36. Por eso, no se puede exigir del fiador el pago de las costas de un desahucio instado contra el deudor sin haber sido aquél requerido de pago (STS 21 abril 1931 [RJ 1931, 2024]).



13. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA DEUDA PRINCIPAL

Es dudosa la cuestión de saber si cuando la deuda principal vence anticipadamente (arts. 1129.1.º CC, 50 LCCH y 414 TRLCon), lo hace también la fianza para la que no se ha pactado ningún plazo de vencimiento distinto de la deuda principal³⁷. En el Derecho de quiebras anterior a la Ley 22/2003 una parte de los autores sostuvieron que el vencimiento anticipado de los arts. 883 CCom y 1915 CC no se extendía a la fianza³⁸, mientras que otros estimaron que esta extensión es obligada por efectos de la accesoriedad³⁹. Y hoy el TS lo afirma resolutivamente cuando el crédito principal ha vencido anticipadamente por insolvencia del deudor⁴⁰. No puede darse una solución sin atender a los intereses tutelados por el vencimiento anticipado de las deudas. Cuando la deuda vence anticipadamente en el art. 1129 CC lo hace para evitar que el acreedor pueda sufrir un mayor daño desde el momento en que constan las dificultades financieras del deudor hasta el momento en que conforme al contrato tendría que cobrar; por eso el crédito vence antes del plazo. Pero esta garantía adicional que el vencimiento supone para el acreedor no puede afectar a la garantía constituida por la fianza, y el acreedor dispondrá de la garantía de poder reclamar ahora al deudor su crédito y la que le permite reclamar del fiador cuando venza la deuda en el plazo previsto en principio. No existe ningún interés tutelable

37. La SAP Barcelona 5 enero 1996, *RJC*, 1996, p. 396 se pronuncia por el vencimiento anticipado de la deuda del fiador. Obsérvese la situación inversa a la propuesta aquí, que se considera por SAP Girona, secc. 2.ª, 27 junio 2007 (AC 2007, 1580). Se aplica el art. 1841 CC al siguiente supuesto. El banco había declarado el vencimiento anticipado del préstamo por impago del mismo por la deudora; después de este momento, los avalistas rehabilitan el préstamo mediante el pago de las cantidades debidas, y acuerdan finalmente cancelar anticipadamente este préstamo, que la sociedad deudora no podrá pagar. Se desestima el regreso, pues la sociedad tiene derecho al plazo del préstamo rehabilitado.
38. *Cfr.* RAMÍREZ: *La quiebra*, II, p. 264; FÍNEZ RATÓN: «La prórroga como causa de extinción de la fianza (Análisis del art. 1851 CC)», *RJN*, 5,1993, p. 124; VALENZUELA GARACH: *El contrato de fianza*, cit., p. 452; CLEMENTE MEORO: *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las deudas*, 1991, p. 154, que sin embargo sí opta por extender a la fianza el vencimiento anticipado en el caso del art. 1129 CC; ALONSO SÁNCHEZ: «Derecho concursal y fianza», *RDP*, 1993, pp. 39 y ss., con más referencias; URÍA: MENÉNDEZ y BELTRÁN, en URÍA y MENÉNDEZ: *Curso de Derecho mercantil*, II, 2001, pp. 659 y ss.
39. En este sentido, CASANOVAS MUSSONS: *La relación obligatoria de fianza*, cit., p. 197. Sin embargo, a diferencia de lo que opina esta autora, no nos parece decisivo en abono de esta opinión el art. 1843.4.º CC, que no es concluyente en este punto. Por el vencimiento anticipado de la deuda del fiador también se pronuncian MONTÉS PENADÉS: *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO: XV, vol. 2.º, 1983, pp. 146 y ss., y MORENO QUESADA: «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de garantías», *ADC*, 1971, pp. 458 y ss.
40. STS 16 septiembre 2024 (JUR 2024, 303332), sin que el art. 156 TRLCon pueda aplicarse al vencimiento anticipado no resolutorio.



en el acreedor de que, a causa de que su crédito contra el deudor pelagra, pueda reclamar al fiador antes de tiempo. Pues precisamente para esto se prestó fianza: para que el acreedor no sufriera las consecuencias de ese riesgo de insolvencia, no para que el fiador tuviera que pagarle antes del plazo de vencimiento. Además, en el caso de concurso, la razón del vencimiento anticipado es permitir la agrupación de todos los acreedores y homogeneizar el proceso de liquidación. No existe congruencia entre esta finalidad y la ventaja que supondría para el acreedor cobrar del fiador antes de plazo. Pero, a la inversa, es preciso aclarar que (fuera del concurso, donde se trata de un efecto legal) el vencimiento anticipado ordinario del art. 1129 CC (o el convencional) no deja de producirse por el hecho de que la deuda estuviese garantizada con una fianza; cuando la norma prevé casos en que pueda paralizarse el vencimiento mediante la prestación de una garantía, deberá tratarse de una *nueva* garantía, no de la que se prestó contextualmente al tiempo de crearse la obligación de cuyo vencimiento se trata⁴¹. Y en los supuestos de vencimiento automático concursal, la finalidad del vencimiento anticipado de los créditos no tiene como objetivo que el acreedor tenga que cobrar antes del plazo, sino que la masa de la quiebra se forme con créditos homogéneos. La misma lógica existe en la vigente LCon⁴². Claro que el fiador podrá pagar antes del vencimiento, si quiere que su crédito de reembolso, que podrá comunicar al concurso, no quede por largo tiempo en condición de contingente, o si el fiador desea subrogarse en los derechos del acreedor o no tener que concurrir con éste en el concurso, a efectos, por ejemplo, de los arts. 263.1, 264 y 437 TRLCon.

II. LA FIANZA LIMITADA

1. MODALIDADES DE FIANZAS LIMITADAS

El fiador no puede obligarse a más de lo que se obliga el deudor principal (art. 1826 CC), pero existen múltiples formas por las que el fiador puede contraer una obligación más limitada en su alcance que la del deudor. Puede el fiador *limitar la cuantía de su responsabilidad* respecto de una deuda determinada, o constituirse en garante *por una parte de la deuda*⁴³. Puede limitar el tiempo de duración de su intercesión, o la finalidad a la que el deudor puede destinar los fondos acreditados por el acreedor. El fiador puede haber condicionado su garantía a que otros afiancen igualmente la obligación principal. O limitado a las responsabilidades en que incurra el

41. Cfr. ATS 2 noviembre 2020 (JUR 2020, 354091).

42. En este sentido, PERDIGES HUETOS: *Fianza y Concurso*, 2005, pp. 110 y ss.

43. SSTs 30 enero 1990 (RJ 1990, 102); 27 marzo 1990 (RJ 1990, 1732).



deudor y que no sean debidas a dolo. Puede haber limitado su garantía al daño residual que le resulte al acreedor de no haber podido cobrar de ningún otro modo lo que el deudor principal le debe. El fiador puede también prestar su intercesión como deudor exclusivo de la cláusula penal prevista en el contrato por incumplimiento del deudor⁴⁴.

2. LA LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA

Salvo que exista una norma imperativa en contrario⁴⁵, el fiador puede limitar su responsabilidad cuantitativamente. El fiador puede (i) responder de *toda* la deuda principal o de las varias deudas singulares incluidas en una fianza global, pero con limitación a un *máximo* de responsabilidad propia; (ii) responder de una *parte* de la deuda principal o de una parte de las deudas comprendidas en la fianza global. La distinción importa, porque, en el primer caso, el fiador no debe por ningún concepto más allá de su cifra de responsabilidad, salvo que resulte otra cosa del contrato. En el segundo, responderá de la parte correspondiente de la deuda principal, pero con intereses y daños en su caso, y en exceso de aquella parte, como principio. En el primero de los casos el garante responderá, hasta el límite, no sólo del principal, sino también de las consecuencias secundarias derivadas del incumplimiento de la obligación principal, salvo que otra cosa resulte del contrato. Si el principal no llega a la cuantía prefijada, pero sí la suma de aquél y los intereses (o costas), el fiador deberá intereses (y costas en su caso) hasta esta cuantía. Hay también fianza limitada (iii) si el contrato se expresa en términos tales que la cantidad de dinero afianzada se concibe como el «valor» en que se cuantifica la obligación principal, normalmente infungible. (iv) También hay fianza limitada si el fiador sólo se compromete por un concepto, excluyendo otros (vgr., sólo el principal, sólo a partir de cierta suma, etc.)⁴⁶. (v) El fiador puede haberse obligado residualmente en el déficit indeterminado de ejecución de otras garantías o en la suma que exceda determinada cantidad de la deuda⁴⁷. Si el contrato ha especificado que se afianza una deuda determinada, cuyo montante se indica, este montante no debe valer, en la duda, como máximo de responsabilidad, sino como *descripción* de la obligación básica con la consecuencia de que si luego el fiador consiente la ampliación del crédito al deudor principal ha de entenderse que también consiente la correlativa extensión de la garantía.

44. STS 20 marzo 2002 (RJ 2002, 2851).

45. Según jurisprudencia constante, es el caso de la responsabilidad del banco avalista de la deuda del promotor inmobiliario respecto de la devolución de las cantidades adelantadas por consumidores en la compra de vivienda, STS 8 enero 2020 (RJ 2020, 6).

46. Por ejemplo, SAP Toledo, secc. 1.^a, 25 julio 2000 (AC 2000, 5144).

47. Es el caso de la SAP Guipúzcoa, secc. 3.^a, 4 diciembre 2012 (JUR 2014, 153250).



En todo caso, aunque se señale la cuantía, si el fiador ha avalado una parte de la deuda principal, los «accesorios» del art. 1827.II CC se le imputan en la parte correspondiente. Ahora bien, si el acreedor logra cobrar parte del crédito, el cobro parcial se imputa a la parte no cubierta con la fianza, o, lo que es lo mismo, ésta subsiste, hasta la cuantía máxima establecida. De otra forma, sería el acreedor, y no el fiador, quien sufriría el riesgo de insolvencia del deudor. Se corresponde al sentido de la fianza que el fiador no pueda solicitar su liberación en estos casos, y que deba considerarse en la duda que la cuantía a la que se limita la fianza es un *máximo de responsabilidad* de la deuda *unitaria* en cuestión, y no una deuda u obligación distinta de la parte no garantizada⁴⁸. Más aún, creemos que, sin asentimiento del acreedor, ni tan siquiera el deudor puede imputar este pago a la parte de la deuda afianzada por tercero, pues la facultad de imputar que conoce (del art. 1172 CC) debe entenderse limitada al caso en que el deudor «tuviera varias deudas»⁴⁹. No cabe apelar a una analogía con el art. 1174 CC para proponer una solución contraria. Pues ni el deudor tiene varias deudas, ni cabe presumir que el acreedor ha aceptado un pago parcial a costa de renunciar a la garantía. Otra cosa distinta es que el deudor tenga diversas deudas, y sólo una de ellas garantizada con hipoteca, en cuyo caso ésta es sin duda para él más onerosa en el sentido del art. 1174.I CC.

3. FIANZA LIMITADA EN EL TIEMPO

Cuando la garantía se presta por una entidad de crédito o de seguros es normal prever un plazo de caducidad, pasado el cual la garantía se extingue. Pero caben otros casos menos frecuentes: imaginemos una garantía general prestada en condiciones tales que se extinga con la muerte del fiador; o, al contrario, una fianza que sólo será eficaz a partir de la muerte del fiador (fianza constituida mediante una *donatio mortis causa*). En todas estas hipótesis late un importante problema interpretativo, cual es el de saber si la fecha de caducidad marca el momento final en el que pueden nacer las obligaciones cubiertas por la fianza, o si, por el contrario, aquella fecha marca (también) el límite temporal en el cual el fiador atenderá las recla-

48. En el *Common Law* existen criterios interpretativos consolidados sobre cuándo hay que proponer que el máximo es un límite de responsabilidad y cuándo una parte de la deuda (*cf.* ANDREWS / MILLET: *The Law of Guarante*, 2011, pp. 152-153, 284-286).

49. Creemos que ello es así, aunque se aceptara una aplicación extensiva de la figura de la imputación de pagos, como la que propone BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, XV, vol. 1.º, 1980, pp. 168 y ss. En contra de la idea expuesta en el texto, GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios, cit.*, p. 298, que apela al art. 1174 CC. En Derecho romano el acreedor puede imputar el pago parcial del deudor a la parte de la deuda no cubierta por la fianza de tercero (Dig. 46, 3, 73).



maciones hechas por el acreedor, tanto si la deuda principal ha nacido, ha vencido o se ha extinguido. Sólo en el segundo caso se puede hablar de una delimitación temporal de la fianza, como estando expuesta a un término final resolutorio. A este problema nos referimos en el Cap. 5.II.

III. LAS OBLIGACIONES AFIANZABLES

1. LA AMPLITUD DEL MODELO LEGAL

El CC no establece ningún límite al tipo de obligación que puede ser garantizada por una fianza. Los únicos requisitos del CC consisten en la exigencia de que la obligación afianzada sea válida (art. 1824), determinable en cuanto a su objeto (art. 1825) y de un contenido obligatorio no más intenso que el contenido de la obligación que asume el fiador (art. 1826). Si la obligación principal aún no está determinada, no se podrá proceder contra el fiador hasta tanto esta determinación se practique (art. 1825).

2. OBLIGACIONES DE DAR, HACER O NO HACER

El modelo legal presupone una obligación principal consistente en el pago de dinero y una obligación fideusoria del mismo tipo. También es el supuesto que la práctica conoce. Pero no existe ninguna limitación legal institucional a la fianza que impida que se garanticen por obligación subsidiaria el cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer (*Omni obligatione fideiussor accedere potest*⁵⁰). En este punto, las posibilidades combinatorias son múltiples. Una obligación de hacer puede ser subsidiaria y accesorio de una obligación de pago de dinero, y a la inversa. Una obligación de hacer puede ser garantizada por otra obligación de hacer subsidiaria⁵¹. Lo mismo ocurre con las obligaciones de no hacer: una obligación de hacer podría ser garantizada por una obligación de no hacer, y a la inversa⁵². En la duda, es preferible articular la relación de ambas obligaciones como fianza que proponer dos obligaciones independientes vinculadas por una condición suspensiva, pero sólo en el caso —y por solas razones pragmáticas— en los que la deuda secundaria sea de dinero o sea la misma obligación específica (dar, hacer, no hacer) que se debe por el deudor principal; en otro caso no tiene mucho sentido

50. Dig. 46.1.1 y Dig. 46.1.8.6. Para los antecedentes doctrinales previos a la codificación, CASANOVAS MUSSONS: *La relación obligatoria de fianza*, cit., p. 28, nota 15.

51. Así, la garantía prestada por el fabricante, que además no es una fianza legal.

52. Pero si el fiador garantiza al deudor que estipula que no hará (*v. gr.*: impedir el paso), el fiador no se obliga por la fianza a no hacer por sí mismo y puede impedir el paso; ni se entiende que pueda liberar al deudor del deber de no pasar aunque consienta el paso (Dig. 46.3.31).



práctico proponer la existencia de una fianza, sin perjuicio de aplicaciones analógicas posibles⁵³. El CC no exige que entre las dos obligaciones exista identidad o fungibilidad de contenido. Es decir, no resulta institucionalmente exigido que la deuda principal de hacer o de no hacer sea *preliquidada* contractualmente por acreedor y fiador en una cantidad de dinero, ni es necesario que este tipo de fianzas sean fianzas del *id quod interest* (pecuniario) en que se cifra la obligación principal infungible⁵⁴. Ni la existencia de beneficio de excusión es una objeción irremediable a que la fianza pueda consistir en una prestación *in natura*. En consecuencia, puede pactarse que la responsabilidad del fiador sea incluso en este caso de tipo solidario. Normalmente la deuda siempre se preliquida a efectos de su afianzamiento (*v. gr.* obligación de entrega de inmueble construido), pero no es exigencia imperativa del régimen de la fianza. Se puede argüir por la necesidad de que las dos deudas sean de dinero que sólo así se evita la posibilidad de que el fiador se obligue *in duriores causam* —contra lo exigido por el art. 1826 CC—, ya que no sería posible medir entre dos deudas infungibles cuál es el grado de vinculación que soporta cada uno de los deudores; en efecto, ¿cómo podría determinarse si el «fiador se obliga a más» que el deudor principal si la deuda principal consiste en un hacer infungible y la subsidiaria en un no hacer igualmente infungible⁵⁵? Pero, como veremos más tarde, esta crítica no es de recibo, y supone una interpretación errada del art. 1826 CC. Por lo demás, aunque fuera correcta la crítica, igualmente cabría el mismo reproche cuando la deuda principal consistiese en un hacer y la deuda subsidiaria consistiese en la cantidad de dinero en la que las partes han preliquidado convencionalmente su cumplimiento; pues también aquí cabrían decisiones de valoración arbitraria que podrían dar lugar a que el fiador se obligase *in duriores causam*.

3. OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES PRESENTES O FUTURAS

Nada impide que se pueda prestar fianza por deudas extracontractuales presentes o futuras contraídas o que se puedan contraer por un tercero, siem-

53. En el pasaje anteriormente citado del Digesto, si yo estipulé construirte un edificio, y un tercero afianzó en especie, la construcción por este tercero no extingue la deuda. Pero eso es así por la naturaleza formal de la *stipulatio* romana. Hoy la cosa es más funcional: vale el cumplimiento por tercero, si objetivamente la obligación era cumplible por tercero y la prestación de éste satisface el pleno interés de cumplimiento del acreedor.

54. Contra, DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos, cit.*, p. 507 y CASANOVAS MUSSONS: *La relación obligatoria de fianza, cit.*, p. 32. Específicamente declara en este sentido el art. 854 del Libro 7 del Código holandés que estas fianzas sólo pueden ser fianzas de la deuda (liquidada) de daños y perjuicios.

55. En alguna ocasión es posible esta contrastación, a pesar del carácter no dinerario de las respectivas obligaciones. Por ejemplo, el deudor principal se obliga a dar la propiedad y el fiador a entregar el usufructo.



pre dentro de una precisa determinación temporal directa o *per relationem* a otra contingencia. Ni tan siquiera puede excluirse la validez de una fianza por obligación extracontractual futura nacida de conducta dolosa. No vemos que el art. 1102 CC se oponga a su validez, pues este pacto no comporta exención de responsabilidad del deudor por su dolo, sino la garantía del cumplimiento de esta responsabilidad. Sólo cabría oponer a la validez de esta fianza que su validez incentivaría o podría incentivar conductas dolosas. Pero dudamos que ello esté probado. Además, a diferencia del seguro, en este caso el beneficiario de la garantía sería el tercero, no el deudor doloso, por lo que la declaración de ineficacia de esta garantía produciría efectos perversos. Y siempre queda la vía de regreso contra el deudor incumplidor (doloso).

4. OBLIGACIONES PRINCIPALES Y CONSECUENCIALES

Existen «consecuencias» del incumplimiento contractual (como la indemnización de daños) cuya cobertura por la fianza de la obligación principal no es dudosa. La cuestión es distinta cuando el incumplimiento ha llevado al acreedor a ejercitar un derecho potestativo de resolución, y dispone de una pretensión de restitución. Lo mismo puede decirse de la nulidad o rescisión del contrato. Si se extiende la fianza de la obligación primaria a la deuda restitutoria es una cuestión de interpretación a la que luego nos referiremos. Nada impide que se pacte la fianza *exclusivamente* para asegurar el cumplimiento de la (eventual) obligación secundaria: por ejemplo, se presta aval de que, si la obligación es nula, se garantizará la restitución de lo prestado *causa credendi*; o se afianzan las resultas del incumplimiento resolutorio, o el montante de los daños secuenciales al incumplimiento. Todavía más, cabe pactar que la fianza asegura el cumplimiento de la obligación primaria, y que, si es anulada o resuelta o deviene ineficaz, garantizará *subsidiariamente* el cumplimiento de la obligación secundaria de restitución. Después insistiremos en este último extremo.

5. OBLIGACIONES CONDICIONALES O A TÉRMINO

Ningún problema existe en afianzar obligaciones condicionales. Pero el principio de accesoriedad impide que se pueda reclamar contra el fiador hasta que la obligación sea exigible. Si el fiador paga sin esperar a ello, el deudor podrá oponerle el art. 1841 CC. Es distinto que la fianza asegure una obligación condicional a que la fianza misma sea condicional. Pero en ambos casos se aplica el art. 1119 CC cuando el fiador haga imposible por su dolo el cumplimiento de la condición suspensiva de la que depende la responsabilidad del deudor o la propia responsabilidad⁵⁶.

56. SSTS 8 abril 1983 (RJ 1983, 2105) y 20 noviembre 1991 (RJ 1991, 8414), referidas a avales cambiarios; 12 enero 1989 (RJ 1989, 100), relativa al incumplimiento por dolo



6. OBLIGACIONES NATURALES

Una obligación no exigible no puede ser afianzada, en el sentido técnico de este término⁵⁷. Si un tercero «garantiza» la obligación natural y paga, llegado el vencimiento, no tendría vía de regreso contra el deudor natural. En esta situación, se trata de interpretar la declaración de voluntad de un tercero que asume o garantiza el pago de una deuda natural (por ejemplo, una deuda prescrita, si la prescripción ha sido ya alegada por el deudor); la interpretación procedente en este caso es que esta obligación es una obligación principal, y que el deber natural del deudor afianzado actúa de justa causa para que el «fiador» se obligue válidamente (art. 1901 CC): el pago hecho por el «fiador» no es repetible, y posee una justa causa para ser retenido por el acreedor. Cabe también otra interpretación adicional; si el «deudor» ha consentido la fianza o se ha comprometido con el acreedor en prestar fianza, este consentimiento o compromiso debe interpretarse en la duda como un reconocimiento unilateral de deuda que, al poseer la previa obligación natural como una justa causa, es válido y obliga. Si la obligación natural es una deuda prescrita, el consentimiento a la fianza puede interpretarse como un reconocimiento de deuda que supone renuncia a la prescripción ganada (art. 1935.II CC). Pero hoy no puede decirse —salvo en casos cubiertos por el art. 1824 CC— que el deudor civil que puede liberarse por excepción, quedando empero «naturalmente» obligado, obliga al fiador que afianzó aquella obligación civil que no es exigible al deudor, porque el fiador que así quedara obligado no perdería la vía de regreso contra el deudor que dejó de serlo⁵⁸.

7. EXCURSO. LA FIANZA DE UN PORCENTAJE DEL PRECIO DE COMPRA

Imaginemos que fiador garantiza, en términos ordinarios [fianza subsidiaria sin beneficio de excusión], el *x%* de la deuda de precio de compraventa que comprador debe a vendedor. Supongamos que este *x%* es una parte considerable del precio del contrato, aunque no todo el precio del contrato. La fianza, es sabido (art. 1827 CC), se interpreta restrictivamente y en el

del avalista de una condición relativa al régimen de control de cambios que afectaba a su propia obligación.

57. Cfr. los textos relevantes en SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano actual*, 1878, IV, pp. 257-259. Según la Ley 510.1 de la Compilación navarra, la garantía prestada por obligaciones naturales produce efectos civiles. También en el Derecho Común (cfr. ANTONIO GÓMEZ: *Variae Resolutiones Iuris Civilis*, II, Cap. XIII, n. 2) y la regla fundamental de Dig. 46.1.7.
58. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, § 255, p. 187: el fiador responde en estos casos, pero conserva la acción de regreso, porque el deudor ahora responde por *alia ratione* distinta de la original.



presente hay que concluir, después de interpretar debidamente el contrato, que fiador se obliga a pagar una parte del *precio de compra*, no una parte x% de la *responsabilidad que vendedor contrae en virtud del contrato*, como pueden ser intereses debidos por la mora o daños y perjuicios derivados de la resolución total del contrato por incumplimiento de comprador. Queda descontado que comprador es deudor principal del 100% de la deuda, es decir, que el montante del precio no está distribuido entre los dos deudores. Y ahora viene lo singular. (1) fiador debe saber que, dándose bien las cosas, y salvo pacto en contrario, todo pago que haga comprador a vendedor se *imputa a la parte no garantizada de la deuda*, de forma que tales pagos sólo comenzarán a reducir la deuda del fiador cuando haya sido liquidada toda la deuda no garantizada. (2) Si comprador no paga la deuda a su vencimiento y fiador es reconvenido para el pago del x% que constituye su garantía, esta deuda es debida con independencia de que comprador se encuentre en concurso, de modo que vendedor carezca de posibilidades reales de cobrar el resto no garantizado. El pago producirá la subrogación *parcial en las garantías y derechos accesorios* que vendedor tuviera frente a comprador, pero el art. 1213 CC impone que de hecho esta garantía subrogada sea de segundo rango a la de vendedor. (3) fiador, que *ha pagado todo lo que debía*, puede ejercitar contra comprador la acción de regreso del art. 1828 CC, sin esperar a que vendedor cobre el resto de precio [aunque comprador esté en concurso, porque en este caso no se aplicaría el art. 264 TRLCon], dado que el garante ha pagado *todo lo que él debía y no sólo parte de lo que debía*. Fiador que pagó el x% del precio no se puede subrogar, empero, en el *crédito restante del vendedor*, porque fiador no puede pretender obtener regreso contra fiador a costa del precio aún debido a vendedor. (4) Vendedor hará bien en *no resolver* el contrato de compraventa por impago del resto de precio. Si resuelve el contrato, queda también resuelta la fianza del x% del precio, los pagos de fiador habrán devenidos sin causa, será preciso restituir, y vendedor no podrá reclamar de fiador ninguna cantidad en concepto de los daños que produce la resolución al vendedor, ni siquiera de los daños por haber perdido la cobertura de la fianza. Por tanto, nuestro vendedor está condenado a perseguir el cumplimiento efectivo del contrato, dentro o fuera del concurso de comprador. (5) Como vendedor está sujeto a deber de cumplimiento, está impelido a hacer a comprador un ofrecimiento de entrega de la cosa (si la sigue teniendo) y consignación. Más como los bienes inmuebles no pueden ser consignados en términos manuales, el vendedor queda *libre por consignación* cuando designa notario y fecha para realizar la escritura, que condicionará a que en el momento en cuestión se pague el resto de precio. (6) Verosímelmente, el deudor no acude a la cita o, acudiendo, no ofrece el pago restante. No se produce la transmisión de la propiedad de la finca. Se genera una situación de *impasse*, porque vendedor no va a reaccionar con



la resolución del contrato. Sólo le queda esperar. Mientras tanto, la finca le sigue perteneciendo, con todos los costes y riesgos jurídicos y materiales que comporta el dominio, en el que vendedor ya no está interesado. (7) Vendedor no está obligado a ofrecer en pago y escriturar en favor de fiador el x% de la propiedad de la finca, porque fiador no está subrogado en el crédito de entrega que (aunque condicionado) es titularidad de comprador. (8) Finalmente, parece que puede perpetuarse sine die una situación anómala en la que vendedor tiene en su poder el x% del precio de compra, pero retiene (le guste o no) la entera propiedad de la finca. (9) Podríamos imaginar una salida como ésta. Transcurridos todos los plazos razonables sin que comprador pague, y ante la amenaza por fiador de interponer contra vendedor una demanda de enriquecimiento injusto, a vendedor se le ocurre que puede pactar con fiador un *deje de cuentas* de la finca entera, con el compromiso de fiador, o sin él, de pagar el resto de precio aún debido. Pero esta estrategia es negativa también. Si pacta tal cosa, fiador debe saber que pierde la posibilidad de obtener restitución del precio. Porque sólo puede vendedor hacer un *deje de cuentas* si explícita o *implícitamente* resuelve el contrato con comprador: tendrá que devolver entonces a fiador todo lo cobrado de él en concepto de precio, salvo que éste acepte la operación, lo que no hará sin un descuento del precio total; y ello en el supuesto de que fiador tuviera algún interés en la finca. (10) Si la propiedad ya fue transmitida al comprador antes de consumarse el pago, la situación cambia poco. Vendedor no tendrá interés en resolver si ha cobrado o puede cobrar el x% del precio que debe el fiador. Pero tampoco tiene que ingeniarse en cómo evitar que fiador reclame devolución del precio por enriquecimiento de vendedor. En conclusión, *a vendedor nunca la interesará disponer de una fianza de parte del precio de compra, sino de una fianza parcial de la responsabilidad del deudor nacida de la venta o de su incumplimiento.*

IV. LA FIANZA DE OBLIGACIÓN INEFICAZ

1. LA EXIGENCIA DE UNA OBLIGACIÓN PRINCIPAL VÁLIDA

El art. 1824.I CC exige que la fianza se preste por una obligación válida. Como accesorio del crédito principal (arts. 1212 y 1528 CC), la fianza no puede existir si el crédito principal no existe⁵⁹. En el Derecho común la cuestión se planteó disputadamente a propósito de la fianza prestada al

59. Y no podrá ser condenado, aunque el garante se allane a la demanda que se desestima respecto del deudor principal [STS 19 febrero 2019 (R) 2019, 502]; SAP Las Palmas 23 octubre 1996, *Act. Civ.*, 1161]. Una fianza de un pacto sobre costas (nulo), SAP Córdoba, secc. 2.ª, 1 febrero 2002 (JUR 2002, 99444); una fianza sobre reconocimiento



El Derecho de Garantías es la columna vertebral sobre la que se sustenta el actual sistema financiero. Dentro de este mercado, cada día se ponen en juego un gran volumen de transacciones que, por naturaleza, son arriesgadas. Esta situación hacía necesaria la creación de una obra jurídica que los contemplase a todos y cada uno de ellos. Con esta idea surgió este Tratado, la única obra publicada con la totalidad de los contratos y derechos reales de garantía existentes en España, que ahora llega a su quinta edición. Esta obra cubre las necesidades de todos los profesionales que necesitaban un tratado sectorial completo, suficiente, unitario y sistematizado sobre el Derecho de Garantías.

Con un tratamiento sistemático, exhaustivo, técnicamente riguroso y orientado a la práctica, incluye todos los contratos y derechos de garantía que existen actualmente en España. Analizando sintéticamente cada cuestión una sola vez y con una resolución directa, para ofrecer una solución rápida y eficaz. Esta quinta edición, completamente actualizada, incluye nuevos capítulos y apartados, completa sustancialmente el régimen concursal y preconcursal, se hace eco de una evolución normativa revolucionaria en materia de hipotecas y aprovecha años de experiencia teórica y práctica para hacer más ricos y más útiles prácticamente todos los capítulos. Compuesta por dos tomos, se trata de una obra imprescindible e insustituible para académicos, abogados y empresas que se hallen inmersos o interesados en este sector de lo jurídico, la parte más dinámica y comprometida del Derecho Privado Patrimonial.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



ISBN: 978-84-1085-559-5



788410 855595

