

TRANSMISIÓN HEREDITARIA DE LA FIANZA

Carmen Arija Soutullo

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

TITLE: *Succession in the personal guarantee*

RESUMEN: EN los últimos años y por diversas razones (desarrollo del crédito, exigencias de seguridad, crisis económica) las garantías personales han tenido un gran desarrollo. Los antiguos códigos civiles, como el francés o el español se inclinan claramente hacia la protección del acreedor, frente a la tendencia actual, reflejada en la legislación más reciente y en la constante preocupación de todos los órganos de la Unión Europea en la búsqueda de una mejor protección de los consumidores frente al poder económico incontrolado. Cuando el garante personal fallece se plantea si la llamada «obligación fideisoria» se transmite a sus herederos. En este trabajo se trata de aclarar esta cuestión en los distintos tipos de fianza, fijándonos especialmente en la fianza general, dada su complejidad y su extraordinaria importancia en el tráfico jurídico actual, especialmente en el comercial.

ABSTRACT: *In the last years and for different reasons (development of the credit, safety requirements, economic crisis) the personal guarantees have had a great development. Former code civils, as the French or the Spanish incline clearly towards the protection of the creditor, opposite to the current trend reflected in the most recent legislation and in the constant concern of all the organs of the European Union in the search of a better protection of the consumers from uncontrolled economic power. When the personal guarantor dies arises if the so-called fideisoria obligation is transmitted to his heirs. This paper is to clarify this issue in different types of personal guarantee, focusing especially on the general security, given its complexity and its extraordinary importance in current legal traffic, especially in the commercial.*

PALABRAS CLAVE: Garantía, fianza, transmisión hereditaria, obligación *fideiusoria*, beneficio de inventario, excesiva onerosidad, condiciones generales, cláusulas abusivas, acción de liberación, fianza general, buena fe, desistimiento, derecho de información.

KEY WORDS: *Guarantee, personal guarantee, hereditary transmission, fideiusoria obligation, benefit of inventory, hardship, general conditions, unfair terms, release action, general security, good faith, withdrawal, the information right.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 3. TRANSMISIÓN HEREDITARIA EN LA FIANZA SIMPLE. 3.1. *Medidas de tutela del interés de los herederos del fiador.* 3.2. *Acciones protectoras del derecho de crédito.* 4. FIANZA SOLIDARIA. 5. FIANZA REMUNERADA. 6 FIANZA GENERAL. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina la creciente preocupación entre los posibles herederos sobre el alcance que tienen las garantías prestadas por aquel a quien van a suceder. Sobre todo los notarios han mostrado su inquietud por los riesgos excesivos que sufre el fiador y que transmite a sus herederos, en la mayoría de las ocasiones con

desconocimiento de estos últimos. Es frecuente que se afiancen deudas en interés propio y a título personal por los socios y los administradores de sociedades mercantiles, o que uno de los cónyuges garantice a cargo de sus bienes privativos la satisfacción de deudas de la sociedad de gananciales, o que se afiancen deudas, en muchos casos hipotecarias, a familiares y amigos. Estos garantes afianzan sin ser plenamente conscientes de las consecuencias, ignorando fiador y herederos cuales son las repercusiones que van a producirse tras el fallecimiento del fiador. La cuestión que preocupa a los herederos, normalmente hijos del fiador, es si tendrán que ocupar el puesto del padre con respecto a las deudas contraídas por éste en vida; es decir, si el aval o la fianza se transmiten en caso de fallecimiento del fiador a sus herederos o se extingue por la muerte del fiador¹.

En virtud de un contrato de fianza o por disposición expresa de una norma de rango legal el fiador, a título gratuito u oneroso, asume frente al acreedor la obligación de pagar o cumplir en caso de no hacerlo el deudor principal. La obligación de pago que afecta al garante se extingue por el cumplimiento de la obligación principal y por cualquiera de los medios asimilados al pago, es decir, por las mismas causas que las demás obligaciones, y por otras causas o supuestos especiales previstos en la regulación de esta figura en el Código civil (arts. 1848 y 1853). Entre las causas de extinción de la fianza no se encuentra la muerte del fiador, salvo que se haya establecido este evento como término final en el contrato que da lugar al nacimiento de la garantía, o se desprenda del contrato que ésta era la voluntad de los contratantes, que habían pactado la obligación *fideiusoria* como obligación *intuitu personae*.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 1112 y 1257 del Código civil, las obligaciones y los contratos se transmiten *mortis causa*, salvo que las obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. En general son transmisibles todas las obligaciones de naturaleza patrimonial, esto es, aquellas que versan sobre bienes o intereses que poseen naturaleza económica y pueden ser objeto de valoración.

Partiendo de esta premisa, –la transmisión hereditaria de la fianza a los herederos–, la complejidad y la variedad de obligaciones *fideiusorias* impone la necesidad de analizar las distintas situaciones que pueden producirse en la práctica. Porque la respuesta puede variar en función del tipo de garantía. Sin duda la situación no es idéntica en una fianza simple y en una fianza general, ni puede ser interpretado de la misma forma un contrato entre empresarios que el pactado por una empresa con un particular utilizando condiciones generales. También hay que tener en cuenta la situación concreta en la que se encontraba el garante al formalizar la garantía, –padre o hermano, cónyuge o socio del deudor–, y por supuesto, la situación de la deuda; si se ha producido el vencimiento de la deuda garantizada y el deudor puede hacer frente a la misma, o si, por el contrario, es claro que el deudor no puede pagar la deuda porque ha

¹ Vid, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Santa Cruz de Tenerife de 10 de octubre de 2007, Castellón de 22 de febrero de 2008, Cáceres de 23 de julio de 2009, entre otras.

devenido insolvente o han cambiado significativamente sus circunstancias financieras y no es probable que pague a su acreedores. Es posible, incluso, que la deuda ni siquiera haya llegado a nacer, aunque sí la vinculación jurídica del garante (la llamada obligación de garantía u obligación *fideiusoria*)².

En las relaciones jurídicas que se crean a partir de la constitución de una garantía personal como la fianza, en la que se entremezclan distintos intereses en juego, es necesario que los sujetos implicados conozcan las distintas posibilidades que el ordenamiento jurídico les ofrece para defender su interés. Por ello, en este trabajo se analizan las medidas de tutela del interés del fiador y de sus herederos y las acciones que puede ejercitar el acreedor en la defensa de su derecho de crédito. Teniendo en cuenta la modalidad o tipo de garantía que se ha constituido, la posición de los sujetos implicados y la situación jurídica en la que se desenvuelven.

En las páginas siguientes trataré la transmisión a los herederos de la posición jurídica del fiador, a la luz de sus precedentes y de la evolución legislativa de las distintas modalidades de fianza en el Derecho español. Sin olvidar la regulación en los ordenamientos de los países con los que compartimos antecedentes y similitudes. Es significativa la influencia que ha tenido la doctrina y la jurisprudencia francesa en el tratamiento de este tema por parte de los tribunales españoles.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Nuestro Código civil no incluye en la regulación de la fianza (arts. 1822 a 1856) ningún precepto que se ocupe de la transmisibilidad de las obligaciones del fiador, posiblemente por estimar que no era necesario y que bastaba con la aplicación de las reglas generales en materia de sucesiones que claramente proclaman que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte y que los herederos, siendo la aceptación pura y simple, suceden al difunto, por el hecho solo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones (arts. 659 y 661 del CC).

El Anteproyecto de 1882-1888 no transcribió el artículo 1739 del Proyecto de GARCÍA GOYENA, que sí regulaba la transmisión hereditaria de la fianza, afirmando que «todas las obligaciones del fiador pasan á sus herederos, menos el apremio personal³, aunque

² En la fianza pueden distinguirse dos obligaciones o dos relaciones obligatorias distintas; la obligación garantizada, que es la que existe entre el acreedor y el deudor y la obligación de garantía que es la que desenvuelve entre el acreedor y el fiador, creada con la finalidad de garantía. Ver, CASANOVAS MUSONS, A. *La relación obligatoria de fianza*. Barcelona, 1984, pp. 111 y ss. Díez PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias.*, 4ª ed., Madrid 1993, p. 417.

³ El apremio personal se regulaba en los artículos 1906 a 1916, y en relación con los fiadores el artículo 1913 establecía que «los fiadores no están sujetos al apremio personal, sino cuando por su parte concurre alguna de las circunstancias del número primero del 1908, y párrafo 2 del artículo 1768.» Preceptos que determinaban que los fiadores sólo quedaban sujetos a la sanción cuando por hecho propio (no del deudor personal) incurrieran en dolo o fraude. GARCÍA GOYENA, F., comenta que es una regla general que los herederos no están obligados por apremio personal a la ejecución de las obligaciones

procediere contra el mismo». Su autor, en los comentarios a la norma, explica que es común a todos los contratos según el artículo 1026⁴ y que es conforme con los artículos 2017 del Código civil francés⁵ en el que se inspiraba⁶. Cita también como precedente la Ley 16, título 12 de, Partida 5 –*Como la fiadura non fe defalta per muerte del fiador*—⁷ y el Digesto (D. 46, 1, 4) que recoge la doctrina de que el fiador se obliga y deja obligados a sus herederos porque ocupan el lugar del deudor⁸.

Otros códigos europeos, como el italiano o el alemán, siguieron la misma línea que el nuestro y omitieron regular, en el régimen jurídico de la fianza, la transmisión hereditaria de la garantía⁹. En sentido totalmente distinto se pronuncia en Código civil de Quebec, al disponer, en su artículo 2361, que la muerte del fiador pone fin a la fianza aunque se hubiese estipulado lo contrario, por lo que las deudas que nacen con posterioridad al fallecimiento del fiador no pasan a sus herederos¹⁰.

contraídas por aquellos a quienes heredan: el apremio personal es odioso y de estricta interpretación. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil.*, T. IV, p. 146, Barcelona, 1973.

⁴ Precepto inserto en el capítulo IV de Proyecto de 1852 que se ocupa de las diversas especies de obligaciones, dedicando la sección II a la distinción entre las obligaciones personales y las reales. El artículo 1026 dice que «la obligación personal es la que solamente liga á la persona que la contrae y a sus herederos».

⁵ Y de otros Códigos como el Napolitano, el Sardo o el Holandés. *Concordancias...cit.*, p. 146. El Código civil francés recogió la doctrina contraria a algunas costumbres vigentes en la zona al norte del río Loira, permitían que las obligaciones derivadas de la fianza no pasasen a los herederos del fiador cuando en vida del mismo no se hubiera reclamado por considerarse servicios de amigos. Vid, LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français*, T. 28, 1877, pp. 309 y ss.

⁶ Art. 2017 del Código de Napoleón de 1804 (actual artículo 2294): «Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps si l'engagement était tel que la caution y fût obligée». La «contrainte par corps» fue suprimida por ley de 22 de julio de 1867.

⁷ Título XII, Ley XVI, Quinta Partida: Muriendo el fiador tabien fincan obligados fus heredero a para cumplir la fiadura, como lo era el mifmo quando era biuo...». Vid. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono*, glosadas por el Licenciado Gregorio López, Salamanca, 1955, reimp. de 1974.

⁸ Como señala JIMÉNEZ CANDELA, T., El principio de la intransmisibilidad de la obligación del fiador era un rasgo común a distintos pueblos de la antigüedad y era también un rasgo propio del Derecho Romano que superando esta concepción primitiva da a la obligación del fiador un carácter patrimonial, pero mantiene la antigua intransmisibilidad pasiva a la vez que introduce por la Ley Furia, un plazo de caducidad bienal para tal obligación. Pero tanto para los *adpromisores* de fuera de Italia como para la más progresiva *fideiussio*, que había de prevalecer, la obligación del fiador se hizo pasivamente transmisible. En, «Una clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones». *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias III*, Madrid, 1988, p. 1317.

En el Derecho Romano Clásico se distinguían dos formas de garantía personal, *sponsio* y *fidepromissio*. La primera se aplicaba sólo a los ciudadanos romanos y la segunda a los peregrinos y extranjeros. Más tarde surgió la *fideiussio*, que llega hasta los códigos modernos. Se diferencia de las dos formas clásicas (Gayo 3,118-120) en que mientras éstas sólo pueden garantizar obligaciones verbales, en la *fideiussio* se garantiza toda clase de obligaciones civiles o naturales, cualquiera que sea el contrato originario verbal, literal, real o consensual y el heredero del *fideiussor* sigue obligado en la garantía asumida por el causante en la regulación de la fianza.

⁹ Tampoco el Código civil argentino, que sigue en gran medida al Código de Napoleón y al proyecto español, se ocupó de esta cuestión.

¹⁰ Art. 2361 CC Quebec: «Le décès de la caution met fin au cautionnement, malgré toute stipulation contraire».

La ausencia de regulación específica en el Código civil¹¹ no es óbice para que surjan dudas. De acuerdo con los artículos 1112, 1257, 659 y 661, los derechos y obligaciones que no se hayan extinguido por la muerte del causante son transmisibles a sus herederos y por consiguiente la posición del fiador a su fallecimiento es asumida por sus herederos¹². La responsabilidad del garante se sustenta en el artículo 1911 del Código Civil, que reza: «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones, dice el artículo 1847 del CC, lo que significa que, como regla general, es necesario que la obligación garantizada se haya cumplido mediante el pago o por cualquiera de las formas (subrogados del pago) mencionados en el artículo 1256 del CC para que la obligación de garantía quede extinguida. A continuación los artículos siguientes (1848 a 1853 CC) regulan supuestos concretos, que si se producen, determinan la extinción autónoma de la fianza y la consiguiente liberación del garante, sin necesidad de que se haya extinguido la obligación principal garantizada¹³. Por su parte, el artículo 1848 del CC establece que «la confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador, cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador». Lo que significa que la confusión en su aplicación a la fianza tiene una triple posibilidad,

¹¹ Sí se regula la transmisión de la fianza en la Compilación de Derecho foral Navarro, concretamente en la Ley 531 Responsabilidad de los herederos. dispone: «La obligación del fiador se trasmite a los herederos. Sin embargo, si la responsabilidad derivada de la fianza les resultare extraordinariamente onerosa, podrán solicitar la revisión judicial de la obligación, de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo de la Ley 493». Esta última Ley autoriza a solicitar la revisión judicial de la obligación cuando el cumplimiento resulte excesivamente gravoso por alteración grave de las circunstancias en las obligaciones a largo plazo.

En los comentarios a la Ley 531 D'ORS PÉREZ-PEIX, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXXVIII, vol 2º, encuentra la razón de ser de esta disposición en motivos históricos, al señalar que, «concebida la deuda del fiador como una deuda ordinaria, aunque sea subsidiaria y no solidaria, la transmisibilidad resulta inevitable, pero a lo largo de la historia jurídica se puede observar una tendencia a la intransmisibilidad pasiva de este tipo de obligación. Así ocurría con las antiguas *adpromisiones* romanas, no con la *fideiussio*, y vuelve a ocurrir en el Derecho medieval. Por influencia del Derecho romano (*Instituciones*, 3, 20, 2), acabó por admitirse la transmisibilidad hereditaria de la deuda del fiador, pero el derecho navarro conserva todavía cierta reminiscencia de la tendencia de sus precedentes medievales al admitir la revisión cuando la deuda resulte extraordinariamente onerosa para los herederos del fiador; con este fin, reenvía la ley a lo dispuesto en la ley 493, en su párrafo tercero, para las obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, donde se habla también de onerosidad extraordinaria sobrevenida, es decir, en atención a la equidad de una presunción legal de la cláusula *rebús sic stantibus*. En ID vLex: 269336 <http://librosrevistasderecho.vlex.es/vid/ley531269336>.

¹² Como señala CARRASCO PERERA, A., el fallecimiento del fiador en la fianza determinada no plantea problema alguno, puesto que la obligación *fideiusoria* se halla ya constituida y se traslada a sus herederos, que responderán solidariamente de la obligación (art. 1084 CC). *Tratado de los derechos de garantía*, T. 1ª, 3ª ed., Pamplona, 2015. p. 312.

¹³ Cómo son, entre otros, la prórroga concedida al acreedor sin consentimiento del fiador (art. 1851 CC), Vid. GUILARTE ZAPATERO, V. «Comentarios a los artículos 1822 a 1886 del Código civil». *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 364 y ss.

ARIJA SOUTULLO, C. «Extinción de la fianza por aplicación del artículo 1852 del Código Civil». *Perspectivas actuales del Derecho de Garantías*. Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº 29, Pamplona, 2013., pp. 59 y ss.

según tenga lugar la reunión en una misma persona de las cualidades de deudor principal-fiador, de fiador-acreedor o deudor principal-acreedor. Respecto a esta última relación (acreedor-deudor principal), de acuerdo con la regla general (art. 1192 CC), quedará extinguida la fianza si es el fiador el que hereda al acreedor o viceversa, salvo que –si tiene lugar a título de herencia– ésta haya sido aceptada a beneficio de inventario, en cuyo caso tal efecto extintivo no tiene lugar mientras no se produzca la confusión del patrimonio relicto con el propio del heredero¹⁴.

3. TRANSMISIÓN HEREDITARIA EN LA FIANZA SIMPLE

Como se ha indicado, los herederos suceden al causante en su posición como fiador o avalista¹⁵. Porque la fianza subsiste aún en el caso de la muerte del fiador¹⁶ (no se trata de una obligación personalísima), por lo que los herederos que hayan aceptado la herencia de manera pura y simple asumen el compromiso de cumplir la obligación avalada por el causante¹⁷. Por consiguiente los acreedores, una vez hecha la partición de la herencia, podrán exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio (art. 1084 CC).

¹⁴ Esta excepción se fundamenta en la idea de que los patrimonios del causante y del heredero quedan separados cuando la herencia se acepta bajo el beneficio de inventario (art. 1023 CC.). Siendo así, el heredero beneficiario conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el causante (art. 1023.2 CC.). Parte de la doctrina estima que aún sin beneficio de inventario el patrimonio del causante sigue siendo responsable por las deudas que le afecten.

¹⁵ El Banco de España define el aval de la siguiente forma: «El aval es una forma de garantizar o asegurar el cumplimiento de obligaciones económicas. Quien avala (el avalista) se declara dispuesto a hacer frente a los compromisos del avalado (normalmente, el pago de una determinada cantidad de dinero) frente a una tercera persona o empresa (el beneficiario del aval) en caso de que el avalado no lo haga. El aval en sentido amplio es una figura de elaboración jurisprudencial que se diferencia de la fianza en la inoponibilidad de excepciones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1978 estima que es un contrato independiente y distinto de la fianza (no accesorio). Las sentencias del mismo tribunal de fechas 20 de marzo de 1980 y 17 de julio de 1985, -se trataban de avales prestados en títulos cambiarios- entiende que se trata de una garantía personal atípica pactada de conformidad con el artículo 1.255 del CC. La autonomía de las figuras (aval en sentido amplio y aval cambiario) no impide que sean de aplicación, en su caso, las normas de la fianza. Como dice la primera de las sentencias señaladas, «no siempre el aval tiene que ser considerado como afianzamiento privativo de un contrato de cambio, sino que en un sentido más amplio es un contrato de garantía del cumplimiento de otros contratos y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se cree existente en ese momento». Vid. ESTRADA ALONSO, E., *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*. Madrid, 2000, pp. 176 y ss.

¹⁶ Salvo que se haya pactado una cláusula de extinción de la garantía por la muerte del fiador, pacto que no suele ser aceptado por las entidades crediticias y que no es por tanto habitual en la práctica.

¹⁷ Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección nº 20), de 3 de junio de 2004, «[...] ni la fianza ni las obligaciones en general se extinguen por el fallecimiento del fiador o del obligado, sino que la fianza desplegará sus efectos una vez constituida, liquidada la deuda principal afianzada tendrá idéntico tratamiento al resto de las deudas del fallecido, puesto que ésta no es una obligación de las llamadas personalísima que se extinguen con la muerte».

En el ámbito civil el heredero adquiere la obligación de pagar la deuda siempre y cuando se haya incumplido la obligación garantizada por parte del deudor principal. Si no se ha producido el incumplimiento de la obligación garantizada y hasta que éste no se produzca el heredero solo adquiere la posición de su causante como fiador¹⁸, esto es, deberá hacer frente al pago de la deuda en las mismas condiciones que el garante fallecido cuando se incumpla la deuda garantizada.

Si los herederos aceptan la herencia pura y simplemente¹⁹, asumen tanto los derechos como las obligaciones y cargas del fallecido, respondiendo de las deudas de la herencia no sólo con los bienes recibidos, sino también con su propio patrimonio²⁰. Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, dice el artículo 1003 del CC «quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios». La responsabilidad del heredero es, pues, *ultra vires hereditatis*, lo que quiere decir que el heredero sucede al difunto por el hecho sólo de su muerte tanto en sus derechos como en sus obligaciones (art. 661 CC.) que no se extingan por su muerte y salvo que acepte a beneficio de inventario,

¹⁸ No parece oportuno entrar a dilucidar si se trata de un derecho eventual o de un derecho bajo condición suspensiva *ex lege*, pues las consecuencias son las mismas. Tanto los derechos eventuales como los derechos bajo condición suspensiva son transmisibles a los herederos. Aunque en el Código civil no existe ninguna norma similar al artículo 1038 del Proyecto de 1851, que disponía que «los derechos y las obligaciones de los contrayentes que fallecieron antes del cumplimiento de la condición, pasan a sus herederos» parece claro que tanto los derechos como las obligaciones eventuales o bajo condición suspensiva del acreedor o del deudor que fallece antes del cumplimiento de la condición se transmiten a sus herederos. Vid., ARIJA SOUTULLO, C., *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*. Granada, 2000, pp. 16 y ss.

¹⁹ La herencia puede aceptarse de forma expresa o tácita. Pero una vez aceptada, es irrevocable. La aceptación de la herencia a beneficio de inventario ha de ser expresa y formal, y ello en interés de los acreedores y legatarios, a quienes les interesa saber cuál es la determinación del heredero; acreedores, que tienen derecho a exigir que dicha aceptación sea indudable y que los bienes se determinen con toda exactitud, para que el heredero no pueda distraerlos o darles distinta aplicación de la que legalmente corresponde; y esa determinación exacta de los bienes la exige la ley sin necesidad de que el legatario o el acreedor la solicite, así lo dispone el artículo 1013 del CC, por tanto la aceptación a beneficio de inventario no podrá ser sólo una declaración formal sin más, porque ello dejaría sin contenido los límites o exigencia especificados en la Ley. Por consiguiente, es preciso que vaya precedida o seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresan en los artículos siguientes. Dicha exigencia tiene su razón de ser, porque mediante esta aceptación a beneficio de inventario, el heredero se convierte en un intermediario que representa limitadamente la personalidad del difunto, para cumplir en nombre de éste cuantas obligaciones contrajo durante su vida o impuso en su testamento; pero destinando solamente para ese fin, los bienes que el causante dejó al tiempo de su muerte. Y el heredero tiene igualmente interés en que sus bienes no se confundan con los de su causante, por tanto el inventario es una relación descriptiva de objetos y en relación a la herencia, que para ser completa debe comprender todos los bienes, derechos y cargas, es decir, ha de tener un activo y pasivo de la sucesión.

²⁰ Es, por ello, que una recomendación a tener en cuenta a la hora de realizar el inventario y avalúo de la herencia es la inclusión de las deudas avaladas por el fallecido (sobre todo, las deudas bancarias, que se pueden conocer fácilmente con solicitar una declaración de la CIRBE a Banco de España) con el fin de que los herederos estén informados de las obligaciones que están asumiendo a la hora de aceptar.

y que responde del cumplimiento con todos sus bienes presentes y futuros, entre los que se incluyen los bienes hereditarios²¹.

Si el heredero acepta la herencia a beneficio de inventario²², según dispone el artículo 1023 del Código civil, el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma, conservando contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto y no se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia. Ello no quiere decir que no se encuentre obligado a pagar la deuda garantizada por su causante, en caso de producirse el incumplimiento y el requerimiento de pago por el acreedor, sino que su responsabilidad se limita al patrimonio del causante. El heredero que acepta a beneficio de inventario sigue siendo heredero sucesor del causante, y por tanto, deudor personal de las deudas que aquél hubiera contraído en vida y deudor de las demás cargas de la herencia, pero su responsabilidad está limitada al caudal relicto (responsabilidad *intra vires*)²³.

3.1. Medidas de tutela del interés de los herederos del fiador

Ante esta situación es importante saber si existe algún mecanismo preventivo para proteger los derechos del garante que puedan utilizar sus herederos para no perjudicar su posición jurídica, antes del posible incumplimiento de la obligación garantizada y si existen acciones jurídicas que puedan ejercitar en caso de incumplimiento de la misma. Desde la posición jurídica del acreedor se plantea la misma cuestión, pues es obvio que también tienen derecho a proteger su eventual derecho de crédito sobre el patrimonio del causante. Como dice SIMLER, la historia de la fianza es la del conflicto entre la tendencia clara del legislador y, más recientemente, de la jurisprudencia, a rodear la obligación del fiador de precauciones y protecciones diversas, y la tendencia inversa de la práctica bancaria a rodearla de obstáculos en interés del acreedor, que normalmente se encuentra en situación dominante²⁴.

Se trata de saber si existe alguna forma de que los sucesores del fiador excesivamente generoso, excesivamente arriesgado o en muchas ocasiones desconocedor de los riesgos a los que ha sometido a su patrimonio, puedan verse desvinculados de la fianza prestada por su antecesor sobre todo en los casos, frecuentes en la práctica, en los que ésta puede ser excesivamente gravosa para los herederos.

²¹ Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Derecho de sucesiones*. Coordinado por Capilla, López, Roca, Valpueda y Montés, Valencia, 1992, pp. 551 y ss. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA. *Elementos de Derecho civil V, Derecho de sucesiones*, 5ª ed., Barcelona, 1993, pp. 90 y ss.

²² RAMS ALBESA, J., afirma que «nuestro Código, como le ocurre al francés, no favorece de ningún modo, la inteligencia del fenómeno de la transmisión mortis causa de las deudas del causante y la responsabilidad que esta traslación inevitable comporta. «El beneficio de inventario: ¿una incoherencia del sistema?»». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, T. IV, Madrid, 2003, p. 5471.

²³ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M. *La herencia y las demás deudas del causante*, Madrid, 1967, p. 143.

²⁴ SIMLER, P. *La cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., Paris, 1991, p. 5. Vid., SIMLER, P. ET DELEBECQUE, P., *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 5ª ed., Paris, 2009, pp. 31 y ss.

Como es sabido, desde hace muchos años existen normas que pretenden proteger al deudor débil de un préstamo otorgado por un acreedor que le exige intereses desorbitados (Ley de represión de la Usura de 1908) o ante condiciones generales desproporcionadas o abusivas (TRLGCU de 2007 y las anteriores que fueron su precedente a partir de 1984). También los tribunales han sido sensibles a este problema y, por vía interpretativa, han tratado de obtener fallos justos y no perjudiciales para el contratante más débil. Ahora bien, aquí ya no se trata de proteger al deudor, ni siquiera se trata de proteger al garante o fiador en una operación de crédito, sino de proteger a los herederos del fiador.

Al ordenar los medios de tutela que pueden utilizar a su favor los herederos del fiador es necesario distinguir entre aquellos que pueden ejercitar antes del incumplimiento por parte del deudor principal y los que podrá utilizar después de que se haya producido dicho incumplimiento y, en consecuencia, puedan ser requeridos de pago o ya lo hayan sido.

- *Antes del incumplimiento de la obligación garantizada*

Antes de que se produzca el incumplimiento del deudor y ante el temor de que se produzca y tengan que hacer frente a la garantía, puede plantearse si los herederos podrán ejercitar acciones judiciales encaminadas a obtener la anulabilidad, y en consecuencia la decadencia de los efectos del contrato celebrado por su causante. Aunque teóricamente sería posible, siempre que no haya transcurrido el plazo de caducidad de la acción (4 años art. 1301 CC), en la práctica será muy difícil que prospere una acción basada en el error en los motivos al celebrar el contrato, porque el error sería totalmente irrelevante, salvo que los móviles hubieran sido expresamente incluidos en el contrato y fueran determinantes para su realización (art. 1266 CC), y aun siendo así, la prueba del vicio del consentimiento atañe a quien lo alega y sería, en casi la totalidad de las ocasiones, imposible demostrarlo. Lo mismo sucedería si se pretendiera la anulabilidad por dolo o engaño, en la mayoría de las ocasiones este engaño estaría basado en la falta de información del riesgo y de las condiciones por parte de la entidad acreedora a la hora de contratar²⁵.

Si el contrato de garantía se hubiera realizado con condiciones generales siendo el predisponente una empresa y el garante un consumidor y se pudiera apreciar en el mismo falta de claridad de alguna de las condiciones generales o falta de transparencia, éstos deberían no vincular al garante y, en consecuencia, tampoco a sus herederos, al

²⁵ La Corte de Apelaciones de París, por decisión de 18 de enero de 1977 anuló la fianza otorgada con fundamento en la existencia de un «error en la naturaleza del contrato», en un caso en que una viuda de 73 años, que vivía sola y no tenía experiencia en negocios, otorgó una fianza para garantizar las deudas de su yerno, que se dedicaba a negocios de intermediación. La Corte de París entendió que cuando existe gran desproporción entre la pobreza de recursos de la fiadora y la enormidad de la fianza suscrita por ella, el error cometido al momento de la conclusión del contrato se extiende al objeto del mismo y a la causa de la operación, o sea, a la sustancia misma de la operación asumida. Esta sentencia fue muy criticada por la doctrina. Vid. CARDIN, N. *Le contrat de consommation du crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, 1988, nº 351.

no haber superado el control de inclusión regulado en el TRLGDCU. Si alguna de las condiciones generales fuera abusiva por ser contraria a la buena fe, podría pedirse al juez la declaración de nulidad de la misma. Pero ¿se podría pedir la nulidad del contrato alegando que la garantía fue excesivamente desproporcionada a los recursos y al patrimonio del fiador cuando se pactó y que sigue siendo excesivamente desproporcionada al patrimonio y a los recursos del patrimonio heredado e incluso al patrimonio de los herederos?

AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI²⁶, ha analizado la eficacia de las garantías excesivas en Francia, Alemania e Inglaterra, a través de las distintas posibles soluciones que ofrecen cada una de sus legislaciones y de su aplicación al supuesto concreto en la práctica. Es especialmente esclarecedor el análisis realizado por la autora citada del estado de la cuestión en Francia, donde las leyes protectoras del consumidor que solicita un préstamo al consumo han establecido un formalismo estricto al tiempo de la conclusión del contrato de garantía que impone al Banco una obligación de información muy detallada²⁷ y que exige como requisito que el monto de la garantía no sea excesivo o desproporcionado respecto al patrimonio del garante²⁸. Esta idea de equilibrio en la garantía prestada fue también consagrada en el llamado «Código de Consumo» de 1993, cuyo artículo L313-10 dispone que «un establecimiento de crédito no puede prevalerse de una garantía personal otorgada en una operación de crédito, concluida con una persona física, cuya obligación era, al tiempo de la celebración, manifiestamente desproporcionada a sus bienes e ingresos, a menos que el patrimonio de este fiador, al momento en que se le exige la deuda, le permita hacer frente a esa obligación»²⁹. El principio de proporcionalidad³⁰ que se deduce de este artículo ha dado

²⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «La eficacia (o ineficacia) de la llamada garantía excesiva». *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, Tomo II Derecho civil, Derecho de obligaciones, Madrid, 2003, pp. 2117 y ss.

²⁷ El artículo que le precede (L 313.9) establece que «toda persona física que se constituya en garante de una operación de préstamo referida en los capítulos I o II del presente título deberá ser informada por la institución prestamista del incumplimiento del deudor principal desde que se produzca el primer caso tipificado como impago que sea susceptible de anotación en el fichero contemplado en el artículo L 333-4.» Si la institución prestamista no observa esta obligación, el garante no estará obligado al pago de las sanciones ni de los intereses de demora que venzan entre la fecha del mencionado primer caso de impago y la fecha en que se informe al garante de tal hecho.

²⁸ Puede verse también, SIMLER, P. *Cautionnement...*, cit., n.º 1, p. 5.

²⁹ En efecto, la Ley 313-10 del Código de Consumo francés, correspondiente al artículo 7-4 de la Ley del 31 de diciembre de 1989, «relativa a la prevención y a la adopción de medidas tendientes a resolver las dificultades relacionadas con el sobreendeudamiento de los particulares y de las familias», prevé la exigencia de proporcionalidad en los casos de fianzas suscritas en el marco de operaciones de crédito al consumo o de crédito inmobiliario. Sólo se aplica la norma cuando el fiador es una persona física y el acreedor es un establecimiento de crédito.

³⁰ La Corte de Casación francesa ha sostenido que a fin de determinar el carácter manifiestamente desproporcionado del contrato de fianza es necesario tener en cuenta todos los elementos del patrimonio del fiador y no sólo sus ingresos. Igualmente, ha considerado que la falta de proporcionalidad en el caso de la existencia de varios garantes solidarios debe ser apreciada por medio de la comparación entre el monto total de la deuda y los bienes e ingresos de cada uno de los garantes, lo que se justifica plenamente si tenemos en cuenta que cada uno de ellos está llamado a responder por la totalidad de la

lugar a una interesantísima discusión doctrinal entre los autores franceses, que se ha extendido no sólo a la fianza concertada en contratos de adhesión, sino también a la establecida en aquellos que no incluyen condiciones generales³¹. Algunos autores consideran que el artículo L313-10 supone un ataque considerable al principio de respeto a la palabra dada, y constituye un germen de inestabilidad contractual³², para otros, como SIMLER, el legislador ha pretendido que el garante, al que denomina fiador profano, no juegue el rol de un rehén, ni quede sometido a una verdadera esclavitud³³, porque en la práctica, dice el autor citado, «la fianza excesivamente gravosa para el garante supone que en ocasiones un padre, el cónyuge o un amigo se asemejan más a un rehén que a un deudor subsidiario».

La doctrina mayoritaria considera que el artículo L313-10 no ha introducido un requisito adicional de validez de la fianza ni, consecuentemente un supuesto de nulidad si éste no se cumple. Lo asimilan a un supuesto de *déchéance*³⁴ o extinción de la fianza por sanción, como respuesta a una conducta culpable del acreedor, similar a la recogida en nuestro artículo 1852 del CC, (concordante con el artículo 2037 del Código francés), que declara la extinción de la fianza si el acreedor deja perder los derechos y privilegios anexos al crédito garantizado. Otros, estiman que la sanción está fundada en el incumplimiento de la obligación de informar pues el legislador lo que pretende es

deuda. Con el mismo propósito, la Corte ha precisado que en el caso particular de los cónyuges que suscriben una fianza estando sujetos al régimen de la sociedad conyugal, la apreciación de la proporcionalidad debe hacerse en relación con los bienes e ingresos de dicha sociedad. Como afirma PIEDELIEVRE, S., «La apreciación del carácter desproporcionado, es decir de la constatación de la falta por parte del acreedor, proviene de la apreciación soberana de los jueces del fondo, lo que les permite un importante poder de intervención y de control en el derecho de las garantías personales. Es difícil establecer el límite entre lo que es y lo que no es desproporcionado». La Ley. 313-10 del Código del Consumidor se refiere a una obligación manifiestamente excesiva. «Le cautionnement excessif», *Defrénois*, Paris, 1998, doctrine et jurisprudence, n.º 13-14, pp. 853-854.

³¹ Los obstáculos fundamentales que se pusieron de manifiesto fueron fundamentalmente las dudas a propósito de la posibilidad de incluir al fiador en la categoría de «consumidor». En efecto, el fiador no obtiene ni utiliza ningún tipo de bien o servicio para un uso no profesional sino que se limita a prestar un servicio particular al deudor. Por otra, la dificultad para conciliar la finalidad de protección del acreedor que la exigencia de la solvencia del fiador está llamada a garantizar, conforme a los artículos 2295, 2296 y 2297 del Código Civil francés, que se explicaría por la filosofía original del Código de Napoleón, según la cual las garantías son un mecanismo previsto para asegurar al acreedor contra el riesgo de inejecución del deudor, y la finalidad exclusiva de protección del fiador que el derecho del consumidor pretende asegurar. Vid, LEGAC-PECH, S. *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, 2000, n.º 817, p. 329: «Indépendamment de la nature de la sanction attaché à la disproportion, (en se référant à l'article L.313-10) ce contrôle de l'équilibre est intéressant en ce qu'il marque une avancée de la référence à la proportionnalité. Le critère cependant n'est pas destiné au rapport d'équilibre entre des prestations réciproques s'agissant d'un engagement unilatéral, mais utilisé à des fins protectrices».

³² Vid., LARROUMET, C. *Le contrat et la protection des consommateurs en droit français*, en «La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo», Napoli, 1995, p. 14.

³³ *Cautionnement...cit.*, n.º 1 y 241.

³⁴ Este término se traduciría en español como la decadencia del contrato de fianza. La noción de *déchéance* no es pacífica en el derecho francés. Sin embargo, de acuerdo con estudios recientes en la materia, la doctrina mayoritaria parece admitir que la *déchéance* es una sanción civil particular y autónoma aplicable en aquellos casos en los que hay violación de una carga o de una exigencia de diligencia.

responsabilizar a los acreedores (generalmente bancos), que se contentan con una garantía dada por personas manifiestamente insolventes, exponiéndolos, no sólo a ejecuciones judiciales, sino a su propia miseria. Ubican el problema en el ámbito de la responsabilidad, ya que la entidad de crédito ha incurrido en dolo incidental, que a diferencia del dolo esencial, no produce la nulidad del contrato pero si provoca reparación de daños (art. 1382 del Código civil francés)³⁵.

Como un supuesto de responsabilidad por daños se planteó la resolución del conocido caso *Macron* de la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa de 17 de junio de 1997. En dicho pronunciamiento, la Corte aprueba la decisión de los jueces de instancia de condenar al acreedor al pago de los daños y perjuicios ocasionados al garante, y de ordenar la compensación de dicha suma con la debida por este último, precisamente bajo la consideración de que el acreedor había incurrido en un comportamiento culposo por haber solicitado una garantía excesiva. Es importante señalar, que se trataba específicamente de un caso en el cual el presidente del Consejo de administración de una sociedad había suscrito un contrato de aval a favor de un banco con el propósito de garantizar todas las deudas de dicha sociedad. El objeto de la operación realizada explica que el caso no pudiera encuadrarse en el ámbito del Derecho de consumo. La condena al acreedor al pago de los daños y perjuicios ocasionados al avalista, correspondiente al monto del exceso en la garantía, así como la orden de compensación de dicha suma con el de la garantía suscrita, tenía por consecuencia finalmente la reducción de la garantía al monto que podía ser asumido por el avalista según sus bienes e ingresos.

A partir de la sentencia *Macron* es posible considerar la exigencia general de proporcionalidad de la fianza incluso fuera del ámbito del Derecho de consumo. Como hemos señalado el fundamento para comprometer la responsabilidad del acreedor residiría en el hecho de haber incurrido en un comportamiento culposo. Esta decisión pone de manifiesto que la sanción al acreedor tendría lugar por la violación del deber de advertir al garante a propósito de las implicaciones patrimoniales del contrato celebrado. Específicamente, el principio de la buena fe justificaría una obligación a cargo del acreedor de disuadir al garante de comprometerse bajo condiciones que no se ajustan a su situación patrimonial. Esta obligación no se limitaría a una simple obligación de consejo, sino que implicaría una obligación de injerencia en los negocios del garante.

En el Derecho francés entre las numerosas medidas destinadas a proteger la fianza de un consumidor de crédito, impuestas por la Ley nº 89-1010 de 31 de diciembre de 1989³⁶, figuraba una sanción original: la sanción impuesta a una entidad de crédito de

³⁵ Vid., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «La eficacia (o ineficacia)...», cit., pp. 2117 y ss.

³⁶ Dicha Ley ha sido sucesivamente reformada por la *Loi Lagarde* (Loi nº. 2010-737), la *Loi* nº 2013-672, de 26 de julio 2013, *de séparation et régulation des activités bancaire y*, finalmente, por el *Décret* nº 2014-190, de 21 de febrero 2014, *relatif aux procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers*. En la actualidad, el contenido de dichas normas está integrado en el *Code de la Consommation*, así como de los reglamentos de desarrollo.

no poder hacer efectiva una fianza consentida por una persona física, cuyo compromiso era manifiestamente desproporcionado a sus bienes y rentas en el momento de su conclusión, a menos que en el momento de la ejecución de la fianza, el patrimonio del fiador le permita hacer frente a su obligación. El prestamista profesional, además de su deber de buena fe, tiene un deber de comprobación de los medios económicos del fiador. Antes de la reforma del Derecho de sucesiones, la protección de los herederos del garante, además de la posibilidad de una aceptación a beneficio de inventario, se limitaba por lo general a la regla según el cual la obligación de cobertura se acababa con el fallecimiento del fiador. Esta protección de los herederos se ha reforzada por el nuevo arte. 786, aparte 2 del Código Civil nacido de la ley 23 de junio 2006, y según el cual, el heredero que ha aceptado de forma pura y simple, puede pedir ser liberado total o parcialmente de su obligación –una deuda sucesoria–, cuando tenía motivos legítimos de ignorar en el momento de la aceptación, que ésta tendría el resultado de endeudar gravemente su patrimonio personal, esta acción debe ser ejercida en un plazo de cinco meses a contar desde el día en que el heredero ha tenido conocimiento de la existencia de la deuda. Es una medida que tiene la finalidad de proteger al heredero que ha aceptado la herencia con desconocimiento de la existencia de la fianza³⁷.

No es posible hacer un paralelismo entre nuestras normas protectoras de los consumidores y el Derecho francés, al no existir ningún precepto similar al referido artículo L313-10 del Código de consumo. En nuestro Derecho, el artículo 82.1 del TRLGDCU establece la denominada cláusula general para determinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales no negociadas. Los parámetros elegidos son la contravención a la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor. La buena fe exige que el garante haya sido informado de forma completa y transparente del riesgo contractual que asume, para que pueda decidir con pleno conocimiento sobre la causa, el objeto y la adecuación económica del contrato. Esta falta de información, que parece referida a las cláusulas contractuales en el momento previo y coetáneo a la celebración del contrato, puede afectar al contrato que podría devenir parcial o totalmente ineficaz por falta de transparencia³⁸. Es importante que el consumidor/garante, sepa desde el principio el riesgo que asume, lo que significa que tiene que estar debidamente informado de las consecuencias económicas que puede acarrear el incumplimiento del deudor, en caso de que se produzca. Y esas consecuencias económicas para el garante no deben ser absolutamente desproporcionadas a su capacidad económica.

Por otra parte, el artículo 88 del citado Texto Refundido en relación con las cláusulas abusivas sobre garantías establece que «en todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: 1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido». Sin duda se está refiriendo a la relación entre deudor –consumidor– y

³⁷ Vid. MALAURIE, P. et, AYNÉS, L., *Les sûretés. La publicité foncière*, 4ª ed., Paris, 2009, p. 130 a 139.

³⁸ Vid. CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015). Estudios, pp. 67-105.

acreedor –predisponente–. Este último no puede exigir al deudor que garantice el cumplimiento de su obligación mediante la constitución de garantías³⁹ desproporcionadas al riesgo asumido por el acreedor, por lo que cuanto menor sea el riesgo asumido por el profesional (generalmente una entidad bancaria), mayor probabilidad habrá de que la garantía impuesta resulte desproporcionada, por muy pequeña que sea. La función de la norma es tratar de limitar el derecho del acreedor a obtener todas las garantías que pudiera considerar útiles para asegurar el pago de su crédito, es decir, evitar la constitución de una garantía excesiva en relación con el crédito otorgado. Entraría dentro del ámbito de aplicación del precepto la imposición cumulativa de garantías reales y personales, la obligación de suscripción de un seguro, la firma de un pagaré en blanco, etc. La nulidad de cláusula contractual que afecta al contrato garantizado arrastra la nulidad de la garantía prestada y su consiguiente ineficacia.

En nuestro Derecho de consumo no es posible encontrar precepto alguno que ofrezca una protección especial en favor del garante ni de sus herederos contra el riesgo de sobreendeudamiento⁴⁰, pero como hemos señalado, a través de las normas protectoras del consumidor que recogen principios como el de buena fe y transparencia en la información, tanto en la fase precontractual, como en el momento de realización del contrato y durante su desarrollo, es posible defender la posición del garante. Se trata en definitiva de establecer un control tendente a asegurar que el monto de la obligación garantizada por el fiador se adecúe a su situación patrimonial, porque es necesario evitar un endeudamiento excesivo del fiador o de sus herederos por la ejecución de una garantía desproporcionada.

Fuera del ámbito de la protección del crédito al consumo, y por consiguiente de la protección al consumidor que contrata con un empresario, únicamente se podría llegar a sentencias parecidas a la del caso *Macrón* aplicando la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe contractual derivada del artículo 1258 del CC, sobre todo en los supuestos de fianzas generales.

La Compilación de Derecho foral de Navarra, concretamente en la Ley 531 («Responsabilidad de los herederos»), dispone que «La obligación del fiador se transmite a los herederos. Sin embargo, si la responsabilidad derivada de la fianza les resultare extraordinariamente onerosa, podrán solicitar la revisión judicial de la obligación, de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo de la Ley 493». Esta última Ley autoriza a solicitar la revisión judicial de la obligación cuando el cumplimiento resulte

³⁹ La noción de garantía se entiende en sentido amplio, como cualquier medida que sirva para preservar el interés contractual del acreedor; y el desequilibrio solo podrá enjuiciarse atendiendo al riesgo que en el caso concreto asuma el acreedor. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona 2009., p. 1103.

⁴⁰ El sobreendeudamiento debe ser entendido como la situación en la que una persona física se encuentra en la imposibilidad manifiesta de responder por el conjunto de sus deudas, exigibles o por cobrar, siempre que no se trate de deudas profesionales.

excesivamente gravoso por alteración grave de las circunstancias en las obligaciones a largo plazo.

La norma no determina la extinción de la fianza, sino que ofrece a los herederos del garante la posibilidad de acudir al juez para que revise la obligación de garantía siempre que se den los siguientes requisitos: una fianza concertada a largo plazo, en la que se haya producido una alteración grave de las circunstancias y que precisamente por dicha alteración, la fianza se convierta en excesivamente onerosa para los herederos del garante. En opinión de D'ORS PÉREZ-PEIX⁴¹, «como en el caso de la fianza no se dan necesariamente ni el largo plazo ni el tracto sucesivo, la extensión de esa presunción de equidad a favor de los herederos del fiador sólo puede verse como un vestigio, aunque débil, de la antigua tendencia a liberar de la deuda a los herederos del fiador»⁴².

En nuestro Derecho común no existe norma alguna que tenga en cuenta directamente la excesiva onerosidad de la fianza y tampoco que introduzca, en atención a la equidad, una presunción legal de la cláusula *rebus sic stantibus*. Pero el Código civil en la regulación de la fianza, ofrece medios de protección al fiador frente al deudor antes del pago, si se produce cualquiera de las circunstancias que en el artículo 1843 se enumeran, haciendo posible que el garante se libere de la fianza y si esto no puede ser, obligue al deudor a otorgar a su favor una garantía, que en el supuesto de que tenga que hacer frente al pago, no resulte perjudicado cuando ejercite las correspondientes acciones de regreso o de subrogación (arts. 1838 y 1839 del CC). Me refiero a las denominadas acciones de relevación de la fianza⁴³.

¿Pueden los herederos del fiador ejercitar las acciones de liberación de la fianza en los casos prevenidos por el artículo 1843? No hay ninguna razón que lo impida, siempre que se cumplan los presupuestos necesarios para su ejercicio enumerados en dicho precepto, pues lo que se transmite por el causante es el vínculo como garante con todos sus derechos anexos.

Especial transcendencia tienen los siguientes supuestos:

Cuando el deudor se ha obligado a relevar al fiador en un plazo determinado y el plazo ha vencido (art. 1.843. 3º CC). Es necesario que exista un previo acuerdo entre deudor y fiador (acuerdo que no es personalísimo) en el que el primero se compromete a desvincular de la fianza al garante y que desde luego no vincula al acreedor, a no ser que éste se haya adherido al mismo de forma expresa, por ejemplo, incluyendo dicho acuerdo en el contrato de fianza. Si así ha ocurrido, más que una fianza con pacto de relevación dentro de un término, se habrá constituido una fianza limitada a un

⁴¹ D'ORS PÉREZ-PEIX, A., ID vLex: 269336 <http://librosrevistasderecho.vlex.es/vid/ley531269336>.

⁴² En palabras del citado autor, la tendencia a la no transmisibilidad de la fianza puede deberse a que «en cierto modo, pervive a través de los siglos la idea de que el fiador, en sus orígenes históricos, asumía una responsabilidad penal por la solvencia del deudor del que salía garante, que podía agravarse al doble de la deuda, pero que, precisamente por su carácter penal, no podía gravar a los herederos del fiador».

⁴³ ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*. Valencia, 2001.

determinado plazo por cuyo transcurso quedará extinguida, sin necesidad de ningún otro requisito. También se extinguirá la fianza si el acuerdo está integrado en un contrato de mandato⁴⁴, en cuyo caso la extinción del mandato se producirá por muerte del mandatario y en consecuencia arrastrará la extinción de la garantía en él inserta.

El transcurso del plazo de 10 años en la fianza cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento o el término fijado se puede considerar excesivo o irrazonable. La regla general que constituye el supuesto de hecho de la norma (art. 1843, 5º CC) es la existencia de una garantía que recae sobre una obligación principal de vencimiento indefinido, pero que se supone afianzada por un tiempo razonable y no más de él⁴⁵. Su fundamento se encuentra en que la excesiva duración de la obligación principal implica la continuación de una vinculación que se considera gravosa para el fiador. Su finalidad es evitar una vinculación excesivamente prolongada⁴⁶, ya que el factor tiempo puede perjudicar al fiador o a sus herederos, con independencia de que sea previsible o no que el deudor sea capaz de cumplir con sus obligaciones, sino porque con independencia de cualquier consideración relativa a la solvencia del deudor, al fiador no le interesa permanecer obligado. Siguiendo al Código civil francés, nuestro Código consideró razonable fijar un plazo, que concretó en diez años, en los que el fiador no puede pretender su liberación⁴⁷. Sin embargo, otros códigos han optado por disminuir el número de años de diez a cinco⁴⁸; reducción que parece oportuna, pues el plazo de diez años es excesivamente largo.

Esta posibilidad es muy interesante en los supuestos en los que fiador ha garantizado el cumplimiento de un deudor hipotecario cuando la hipoteca ha sido concedida por un plazo excesivamente largo, como puede ser 20 ó 30 años. No parece razonable que el fiador y sus herederos sigan vinculados por el préstamo hipotecario hasta su cumplimiento definitivo.

⁴⁴ Este era el ámbito en que históricamente se enmarcaba la norma que hoy se contiene en el artículo 1843, 3º. Vid. CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria...*, cit., p. 209.

⁴⁵ Quedarán así incluidas las obligaciones que no tienen término fijo para su vencimiento por haber quedado la determinación del plazo a voluntad del deudor, del acreedor o de un acuerdo posterior entre ambos y aquellas en las que el término se ha hecho depender de la llegada de un acontecimiento que se sabe que pasará pero que se ignora cuándo acontecerá, por lo que resulta incierto el momento del vencimiento. También las obligaciones de carácter duradero que objetivamente requieren una determinada duración temporal, para que los derechos y obligaciones de las partes puedan hacerse efectivos, en las que no se fija la duración del plazo.

⁴⁶ Aunque el artículo 1843 permite en los supuestos enumerados obtener la relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y de la posible insolvencia del deudor, en este caso es claro que la acción deberá ir dirigida únicamente a procurar la liberación del garante. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 266.

⁴⁷ Se apartó así del criterio seguido por las Partidas y en el Fuero Real que señalaban que cuando el fiador hubiera estado largo tiempo en la fianza, la duración de la misma debería ser determinada según el libre albedrío del juzgador, y que si se hubiere constituido sin plazo fijo podía exigir el fiador su liberación al deudor principal en el transcurso de un año. Vid. ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación...*, cit., p. 105.

⁴⁸ Así, el artículo 1953 CC italiano y el artículo 1863 del Código civil portugués.

El número cuatro del artículo 1843 CC autoriza al fiador a proceder contra el deudor «cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haberse cumplido el plazo en que debe satisfacerse». Se refiere a la exigibilidad de la deuda que se produce por el cumplimiento del plazo; el acreedor se mantiene inactivo y no exige el cumplimiento al deudor. La inactividad del acreedor juega en contra del fiador, puesto que de hecho supone una prórroga a favor del deudor. Al fiador sin duda le puede perjudicar porque le mantiene en una situación de incertidumbre que le sitúa ante una doble amenaza de «los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor»⁴⁹. En este caso el ejercicio de la acción puede resultar útil como medida de presión frente al deudor, motivando a éste a realizar el pago. El fiador puede exigir, junto con la liberación, que el deudor constituya a su favor una garantía suficiente que le cubra del peligro de no poder ejercitar con éxito la acción de regreso. En la misma demanda podrá pedir al Juez que adopte la medida cautelar que sea más adecuada al supuesto concreto de que se trate.

También puede recurrir el fiador al ejercicio de las acciones de liberación cuando es demandado judicialmente para que efectúe el pago de la deuda garantizada. No es necesario que se trate de una demanda judicial, siendo suficiente cualquier actuación procesal que tenga por objeto el inicio del proceso contra el fiador⁵⁰ y cuando el deudor es declarado en situación de concurso⁵¹ o resulta insolvente⁵². Declarado el deudor en situación de concurso, sus bienes estarán totalmente ocupados y en consecuencia no podrá realizarse el pago liberatorio, ni tampoco otorgar al fiador garantías, ya que éstas entrañarían un peligro para la masa de acreedores, por ello es aconsejable una interpretación extensiva de la norma, que permita al fiador ejercitar las acciones previstas en ella, ante una conducta del deudor que suponga la injustificada disminución de su patrimonio, con daño para el fiador, aun antes de llegar a la situación de insolvencia declarada.

- *Después del incumplimiento de la obligación garantizada*

Si el deudor no cumple con su obligación deberá suplirlo el garante, y si éste ha fallecido pero antes de su muerte ha satisfecho la deuda al acreedor, no hay duda de que los herederos del garante podrán ejercitar la acción de regreso contenida en el artículo 1838 del CC. También podrá hacerlo el cónyuge del garante siempre que el pago se haya realizado con bienes gananciales. En este sentido, la sentencia del Tribunal

⁴⁹ GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios...*, cit., p. 312.

⁵⁰ En este sentido, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 439.

⁵¹ El precepto habla de *quiebra, concurso o insolvencia del deudor*, pero de acuerdo con lo dispuesto en la disp. adic. 1ª de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, dicha referencia debe entenderse hecha al procedimiento concursal regulado en la mencionada Ley.

⁵² La situación que permite al fiador ejercitar la acción de relevación de la fianza es la insolvencia sobrevenida del deudor que puede dar lugar posteriormente a la declaración de concurso, pero que no tiene forzosamente que desembocar en ella, es más, si el concurso ya ha sido declarado no podrá el fiador ejercitar acción judicial alguna frente al deudor. La declaración de concurso permitirá incluir el crédito de reembolso del fiador como crédito condicional en la masa pasiva. ARIJA SOUTULLO, C. *Las acciones de liberación...*, cit., p. 89.

Supremo de 20 de abril de 2005, frente a lo alegado por los demandados que entendían que el pago de la deuda había sido solamente realizado por el fiador y que su esposa, también demandante, no tenía la condición de fiador que ha pagado y no se hallaba en consecuencia legitimada para el ejercicio de la acción de reintegro. Afirma que ha de tenerse en cuenta que no existe prueba de que tuviera carácter privativo el dinero con el que se pagó la deuda garantizada y que, por tanto, ha de estarse a la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 CC; de ahí que el crédito originado por dicho pago tenga la misma naturaleza y que, por ello, la reclamación del mismo constituya un acto de gestión, que corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, como previene el art. 1375 del citado Cuerpo legal, cualquiera de los cuales puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes (art. 1385. 2º CC).

Si, por el contrario, el garante no ha satisfecho la deuda garantizada, el acreedor podrá dirigirse a sus herederos para que antes de realizar la partición de la herencia paguen o afiancen el importe de la deuda. Si la herencia no paga o garantiza, tiene también la facultad de oponerse a que se lleve a efecto la partición (art. 1082 CC). El precepto se refiere a los acreedores del deudor, reconocidos como tales, por lo que deben quedar comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma los acreedores del fiador, siempre y cuando la deuda principal no se haya cumplido. La facultad concedida a los acreedores de la herencia en el art. 1082 del CC tiene una finalidad precautoria y no ejecutiva, al tratar de evitar los perjuicios o los peligros que puedan causar a los acreedores la práctica de la partición. No es un procedimiento para cobrar directa e inmediatamente, sino un modo indirecto de conseguir que los créditos hereditarios sean satisfechos judicialmente antes de la partición⁵³.

Si la herencia en situación de yacencia paga la deuda garantizada, nace a su favor también la acción de regreso frente al deudor, que podrá ejercitar durante el periodo de interinidad de forma extrajudicial o judicialmente si fuera necesario, pues ostenta legitimación activa frente al deudor. Después de la partición podrán también el heredero o los herederos que hayan visto reducida la cantidad que les correspondía en función del pago de la deuda dirigirse frente al deudor para recuperar la cantidad pagada⁵⁴.

También pueden los herederos del fiador, después del pago, subrogarse en la posición del acreedor, pudiendo utilizar a su favor los derechos, garantías y privilegios que éste tenía frente al acreedor (art. 1839 del CC)⁵⁵. En caso de optar por la subrogación

⁵³ Vid. VALLET DE GOITISOLO, J., *Comentario a los artículos 1082 y 1083 del Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIV, vol. 2º, Madrid, 1989, p. 651.

⁵⁴ Como es lógico habrá que exceptuar los supuestos en los que el fiador no puede ejercitar la acción de regreso, en cuyo caso, tampoco podrán hacerlo sus herederos. Como sucede: cuando la fianza ha sido constituida en contra de la voluntad del deudor –*fianza prohibente debitore*– o cuando se desprenda de las relaciones entre fiador y deudor, por ejemplo, si el fiador prestó la garantía con *animus donandi* hacia el deudor o si este, el deudor, contrajo la deuda por mandato del fiador.

⁵⁵ Sobre la naturaleza del derecho de subrogación existe una interesante discusión doctrinal entre los que entienden, como GUILARTE ZAPATERO, V., que la subrogación a la que se refiere el artículo 1839 del está

dispondrán de todas las acciones derivadas del crédito, podrán, por ejemplo, ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores (STS de 5 de abril de 2001) y disfrutar de todos los privilegios de los que gozaba el crédito garantizado, como por ejemplo, la antigüedad de la deuda (STS de 13 de febrero de 1988). La subrogación no podrá tener lugar cuando se trate de derechos personalísimos del acreedor, ni tampoco respecto a aquellos privilegios del crédito cuyo origen sean razones personales del (STS de 11 de junio de 1984).

3.2. Acciones protectoras del derecho de crédito

De la misma forma que la posición jurídica y los intereses del fiador deben ser resguardados hasta que se produce la aceptación de la herencia por parte de los herederos y hasta que llega el vencimiento de la obligación garantizada, la posición del acreedor también debe ser protegida. El acreedor debe poder beneficiarse, si llega el caso, de la garantía constituida a su favor, pues es titular de un derecho de crédito que forma parte de su patrimonio y que como tal tiene un valor económico, por lo que puede disponer de él, tanto inter vivos como *mortis causa*. Si el derecho de crédito está garantizado, al transmitirlo se transmiten junto a él las garantías, derechos o privilegios que al acreedor le interesa conservar, bien para poder utilizarlos, bien para no disminuir el valor del crédito en caso de transmisión del mismo. No se puede negar que el acreedor es ya, desde el nacimiento de la relación jurídica *fideiusoria*, titular de un derecho que se encuentra en una situación o periodo de pendencia, que desde luego no le permite exigir el cumplimiento del mismo hasta que no se materialice el incumplimiento de la obligación garantizada, pero se califique su situación como derecho eventual⁵⁶, como derecho al derecho o como expectativa de derecho, le otorga una posición jurídica de la misma naturaleza que el derecho definitivo al que tiende.

Por ello, entiendo que el acreedor, para defender la existencia y la eficacia de la garantía *fideiusoria*, podrá ejercitar al amparo del artículo 1121 CC las acciones procedentes para la conservación de su derecho, sobre todo cuando el deudor no haya hecho efectivo el crédito, en cuyo caso la eficacia de la garantía se convierte en indispensable. El límite de las facultades concedidas al acreedor frente al garante, se encontrará, como

comprendida dentro del artículo 1210 CC, o los que por el contrario estiman que existe una diferencia sustancial entre ambas ya que en el artículo 1839 la subrogación opera por ministerio de la Ley y en el 1210 tiene solo valor de presunción *iuris tantum*. Así mismo se discute si tiene carácter alternativo o cumulativo respecto a la acción de regreso. Vid. COLAS ESCANDÓN, A. M^a., *Efectos del contrato de fianza: relaciones entre Acreedor, Deudor principal y Fiador*. Pamplona, 2007, pp. 100 y ss.

⁵⁶ Los autores franceses suelen calificar el derecho bajo condición suspensiva como derecho eventual, sin que el cambio de denominación ofrezca, en realidad, un cambio en cuanto a la naturaleza del derecho, sino únicamente, una diferente configuración o entendimiento conceptual del mismo. MAZEAUD, J., *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. 1, 6^a ed. Paris, 1987, p. 1101, considera que, aunque es difícil de precisar, un derecho eventual supone una situación intermedia entre la simple esperanza, que no es un derecho, y un derecho puro y simple. El derecho eventual no es el derecho que en el futuro será quizás puro y simple, es distinto de este derecho futuro. Tampoco es demasiado exacto denominarlo derecho eventual, tiene una existencia actual y como tal está ya protegido. Vid., también BENABENT, A., *Droit civil, les obligations*, 4^a ed., Paris, 1994, p. 164 y GUIHO, P., *Cours de Droit Civil*, vol 4, les obligations, 2^a ed., Lyon, 1983, p. 464.

es lógico, en la naturaleza misma del derecho tutelado. En general podrá ejercitar acciones tendentes a conservar la solvencia del patrimonio del garante –que constituye el soporte o base de su garantía–. Entre ellas, sin ánimo de hacer una clasificación exhaustiva, se encontrarían las facultades contenidas en el artículo 1083 del CC., que facultan a los acreedores de los coherederos a intervenir en la partición de la herencia, y en el artículo 1082 CC, que conceden a los acreedores reconocidos como tales la facultad de oponerse a que se lleve a cabo la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. El artículo 403 del CC les permitiría, concurrir a la división de la cosa común, e incluso oponerse a que la división sea verificada sin su concurso, impugnar la división consumada cuando en ella se haya cometido fraude o cuando se haya realizado no obstante su oposición formalmente interpuesta. Entiendo que al igual que los acreedores *sub conditione* pueden ejercitar estas medidas conservativas, podrán hacerlo también los acreedores de un crédito garantizado con fianza, las normas que las contienen no hacen distinción alguna entre tipos o clases de acreedores, luego parece que comprenden a todos, sea cual sea la naturaleza de su derecho⁵⁷ y además, la finalidad de estas medidas es claramente preventiva, vigilar e inspeccionar para evitar ser perjudicadas, o simplemente controlar las operaciones y obtener los datos necesarios para poder impugnar o prevenir posibles fraudes.

4. FIANZA SOLIDARIA

La fianza solidaria se encuentra admitida por el artículo 1822, párrafo 2º CC, al disponer que «si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal debe observarse lo dispuesto en los artículos 1137 a 1148 del Código civil». Es muy frecuente en la práctica que se constituya fianza con este carácter, lo que no sólo significa que el fiador no puede utilizar el beneficio de excusión, sino también la ruptura del principio de subsidiariedad, por lo que el acreedor podrá dirigirse directamente frente al garante.

Con el fallecimiento del fiador se traslada a sus herederos la posición jurídica del garante, por lo que estos últimos se convierten en fiadores solidarios, lo que significa que el acreedor puede elegir entre exigir el pago al deudor, o a los herederos⁵⁸.

Por otra parte, el artículo 1084 CC dispone que «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en caso de haberla admitido con dicho beneficio»⁵⁹. La responsabilidad de los herederos, que han aceptado la herencia de forma pura y simple,

⁵⁷ Se encuentran también incluidos los acreedores que tengan su crédito garantizado con prenda e hipoteca. Vid. MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil Español*, t. III, 8ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rico Pérez, Madrid, 1976, p. 673.

⁵⁸ En cuanto a su régimen jurídico entendemos, siguiendo al profesor DIEZ PICAZO que debe distinguirse entre la relación interna entre deudor y fiador al que se le aplicarán las reglas que regulan la fianza y la relación externa entre fiador y acreedor, al que se le aplicarán las reglas de la solidaridad (arts. 1137 a 1148 CC). *Fundamentos...*, cit., p. 445

⁵⁹ El artículo 1084 se aplica tanto a la fianza simple como a la solidaria, siempre que exista comunidad hereditaria. Regula la responsabilidad de los coherederos y la posición de los acreedores interesados.

después de practicarse la partición es solidaria; se justifica en que los bienes relictos han sido distribuidos sin haberles previamente satisfecho el crédito. Los acreedores podrán dirigirse frente a cualquier heredero en demanda íntegra de su crédito. En opinión de NUÑEZ IGLESIAS, «el precepto incluye a los herederos aceptantes a beneficio de inventario, lo que en principio parece fuera de lugar, pues éstos sólo pueden haber recibido bienes hereditarios después de haberse satisfecho a todos los acreedores (art. 1032 CC). Pero cabe interpretar que se trata de hipótesis de aparición de acreedores desconocidos al tiempo de practicarse la partición»⁶⁰.

Antes de realizarse la partición, la mayoría de la doctrina y un buen número de sentencias del Tribunal Supremo sostienen que los herederos responden también solidariamente y otros autores⁶¹ estiman que no hay solidaridad sino responsabilidad conjunta, lo que parece más acorde con la literalidad de la norma y con la presunción de no solidaridad contenida en el artículo 1137 CC. Ello significa que el acreedor deberá demandar a todos los herederos conjuntamente o al administrador de la herencia. Si la partición se llevó a cabo por el causante la solidaridad surge desde la aceptación (STS 11 de febrero 1994).

El último párrafo del artículo 1084⁶² autoriza al heredero demandado a hacer citar y emplazar a los demás coherederos, salvo disposición contraria del testador o que resulte el único obligado como consecuencia de la partición.

5. FIANZA REMUNERADA

El artículo 1823 del CC permite la constitución de la fianza a título oneroso, en cuyo caso se deberá al fiador una contraprestación por haber asumido la fianza⁶³. La remuneración puede correr a cargo del acreedor o del deudor. Si la remuneración pactada corre a cargo del acreedor el contrato de fianza deberá atenerse y seguir el esquema de los contratos bilaterales⁶⁴, lo que no implica que el contrato se convierta en sinalagmático. Como señala DIEZ PICAZO⁶⁵, «la existencia de contraprestación a favor

⁶⁰ NUÑEZ IGLESIAS, A. «Comentario al artículo 1084 del Código civil», *Código civil comentado*, vol II, Civitas, Pamplona, 2011., p. 1850.

⁶¹ Vid, NUÑEZ IGLESIAS, A., «Comentario... cit.», p. 1848.

⁶² Art. 1094, párrafo final: «En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a los coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda».

⁶³ El Proyecto de Código civil español incluyó la posibilidad de que la fianza pudiera ser no gratuita (art. 1734), norma que reproduce literalmente el Anteproyecto Belga de LAURENT (art. 2091), que decía que «Le cautionnement est un contrat de bienfaisance, mais il n'est pas essentiellement gratuit; la caution peut stipuler une indemnité par le service qu'elle rendra u débiteur».

⁶⁴ Numerosas sentencias del TS se manifiestan en este sentido. Así, las de 11 de abril de 1972, 19 de octubre de 1982, 12 de junio de 1985, entre otras.

⁶⁵ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos*, cit., p. 429. Afirma que, el deudor es un tercero respecto del contrato que media entre el acreedor y el fiador, por lo que su atribución a favor del fiador no puede afectar a la causa onerosa o gratuita del contrato de fianza.

Puede verse sobre esta cuestión: LACRUZ BERDEJO, J.L., «La causa de los contratos de garantía», *RCDI*, 1981, vol. I. y pp. 735 y ss. GULLÓN BALLESTEROS, A., «Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional», *La Ley*

del fiador no convierte en modo alguno la relación de fianza en sinalagmática, pues en ningún caso son recíprocos el crédito del fiador por el premio y la responsabilidad asumida frente al acreedor por la deuda principal». No podrá por consiguiente el garante liberarse de la fianza si no recibe la prestación que previamente se hubiese pactado con el acreedor.

Cuando la fianza es onerosa el garante asume el riesgo de incumplimiento del deudor a cambio de una remuneración, que no tiene por qué ser siempre económica. El hecho de que exista onerosidad no impide que se aplique el régimen jurídico de la fianza en toda su extensión, ni supone que los herederos del garante dejen de asumir su posición jurídica. Ahora bien, siempre hay que tener en cuenta las estipulaciones establecidas en el contrato en las que se detallan las obligaciones y deberes de las partes, para a través de ellas y del conjunto de lo pactado obtener una solución, que puede llegar a ser diferente a la defendida como regla general.

Indudablemente la posición del deudor se debilita si no ha realizado la prestación a la que se había comprometido con el fiador⁶⁶, pues aunque, como he señalado, no nos encontramos ante una relación bilateral, el incumplimiento de la obligación asumida podrá ser alegado como excepción por los herederos ante la reclamación de pago por parte del acreedor, siempre y cuando éste último tuviera conocimiento del tipo de garantía que se ha constituido a su favor⁶⁷.

6. FIANZA GENERAL

Los contratos de afianzamiento general o fianza *ómnibus* son aquellos mediante los que el fiador asegura un conjunto más o menos amplio de operaciones que pueden realizarse entre acreedor y deudor. Es una modalidad de fianza, por lo que no deja de ser una garantía personal, cuya característica principal es que el fiador garantiza todas las deudas que se deriven de la relación jurídica entre el deudor y acreedor, sean estas deudas presentes o futuras. Mediante esta figura el garante afianza al acreedor por todas las presentes y futuras obligaciones que el deudor contraiga; no se garantiza una

1989, 3, pp. 790 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, J., indica que para resolver esta duda, así como otros problemas relativos a la onerosidad o gratuidad de la fianza, no hay que situarse en el terreno de la causa del contrato, sino en el de la causa de la atribución que el fiador hace al acreedor, consistente en la ventaja patrimonial que representa la garantía de su crédito originario a través de la abertura de un segundo patrimonio a su poder de agresión. Desde esta perspectiva, afirma que la atribución es a título oneroso no sólo cuando el fiador recibe una remuneración del deudor, sino también cuando el acreedor acuerda en atención a la garantía que recibe, alguna ventaja, no ya al fiador, sino al deudor garantizado. *Elementos*, cit., p.77.

⁶⁶ Si la remuneración a favor del fiador corre a cargo del deudor, necesariamente presupone la existencia de un acuerdo entre ambos sujetos –deudor y fiador- que puede haberse incluido en el contrato de fianza, pero que puede ser totalmente independiente del negocio que hace nacer la garantía.

⁶⁷ Si el pacto de remuneración se ha realizado en un negocio independiente no influye para nada en la configuración del contrato de fianza y por consiguiente tampoco la califica como onerosa.

obligación única identificándose fianza y obligación principal, sino que el fiador garantiza un conjunto más o menos amplio de obligaciones. Puede considerarse como un subtipo de fianza de obligaciones futuras⁶⁸, figura esta última regulada en el Código civil en el artículo 1825 que admite que «pueda también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea liquidada»⁶⁹. En la actualidad la doctrina y la jurisprudencia⁷⁰ estiman que la fianza de deuda futura no garantiza el cumplimiento de una obligación futura establecida bajo condición suspensiva de que la obligación principal llegue a nacer o constituirse, pues desde la constitución de la garantía es una obligación de carácter firme, con una firme vinculación del fiador que no puede por ello desligarse de la promesa realizada y menos todavía revocarla⁷¹.

La práctica usual es que la fianza general se pacte con un empresario en el ejercicio de su actividad empresarial para garantizar el cumplimiento de una o más categorías de deudas que asuma en el desarrollo de su ejercicio profesional. Este tipo de fianza se utiliza habitualmente en la práctica bancaria. Nace de la necesidad de ampliar la posibilidad de recurrir a la concesión del crédito que hace posible el desarrollo de la actividad empresarial del deudor. En este supuesto el deudor es un empresario y el acreedor una entidad bancaria⁷². La finalidad perseguida es la de garantizar con la fianza la totalidad de las obligaciones que, por consecuencia del negocio bancario, puedan surgir a cargo de un concreto deudor y a favor de la entidad financiera que es parte en el contrato⁷³, sin necesidad de requerir el consentimiento del fiador en todos y cada uno de los negocios jurídicos que tengan su origen tales obligaciones. Por esta razón el objeto del contrato de fianza (las obligaciones afianzadas) no aparecen determinadas, sino que se establece su determinabilidad en función de las fórmulas expuestas para las deudas futuras, generalmente dentro del límite cuantitativo previamente fijado.

⁶⁸ Sobre la fianza de obligaciones futuras puede verse, GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil...*, cit., pp. 99 y ss. ALVENTOSA DEL RIO, J., *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988, pp. 22 y ss.

⁶⁹ Este precepto no limita el número de obligaciones futuras que pueden quedar incluidas en la fianza, de forma que junto a una fianza por deuda singular futura cabe también una fianza general por deudas futuras.

⁷⁰ Vid. las SSTs de 28 de febrero de 2006 y 23 de junio de 2009.

⁷¹ En este sentido, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 422.

⁷² La doctrina italiana ha evidenciado la relevancia de la función práctica de la fianza *ómnibus*, sobre la base de la agilización del crédito bancario y la necesidad de las empresas de obtener la imprescindible liquidez para la realización de su actividad empresarial. Vid., entre otros, SICCHIERO, G., *L'engineering. La joint venture. I contratti di informatica. I contratti atipici di garanzia*. «Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale», Torino, 1991, pp. 144 y ss. FRAGALI, M., «*Della fideiussione*», «*Del Mandato de crédito*», en *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1968, p. 191 y ss.

⁷³ Señala CARRASCO, que «merced a una garantía global el acreedor puede ahorrarse los costes –que de otro modo habría que repercutir como precio del dinero– que le supone la información sobre el desarrollo sucesivo de la empresa o actividad del deudor [...]», «La fianza general», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, p. 1047.

La fianza general no está regulada en el nuestro Código civil –si lo está en otros Códigos, como el italiano–; se puede decir que ha sido incorporada a nuestra práctica jurídica importándola de la práctica extranjera, y en consecuencia, que ha precisado una elaboración jurisprudencial y doctrinal que se ha realizado a lo largo del tiempo a través de la resolución de supuestos concretos (STS de 17-3-1999, 23-2-2000, 29-4-2008, 26-6-2009, 6-3-2012). Aunque en un primer momento se propuso su invalidez, amparándose en el principio de accesoriedad⁷⁴ y en la indeterminación de su objeto, que impediría que el garante se encuentre en condiciones de consentir, ni siquiera *per relationem*⁷⁵, el contenido de la garantía prestada, posteriormente se ha incidido en que no hay ningún inconveniente a la hora de admitir su validez, siempre que se respeten los límites perfilados por la doctrina⁷⁶ y aceptados por la jurisprudencia⁷⁷, que resumidamente son los siguientes:

a) *Determinación*. La obligación garantizada debe estar determinada en relación a las partes del contrato y respecto a las obligaciones que se garantizan. La amplitud del objeto del contrato no equivale a su indeterminación, porque aunque la fianza general garantiza las deudas que se prevé que van a surgir en un período más o menos largo entre deudor y acreedor, lo que evidentemente determina la falta de concreción de cada una de las deudas garantizadas por el fiador —es precisamente ésta su característica principal—, ello no impide que el objeto del contrato se encuentre determinado, quedando a salvo los artículos 1261 y 1273 CC.

⁷⁴ En opinión de CARRASCO, «la fianza de deudas futura como obligación de cobertura no es nunca accesoria de ninguna obligación originaria; y la obligación (cada una de ellas) fideiusoria de pago subsidiario a cargo del fiador que prestó una garantía *ómnibus* es siempre una obligación accesoria; en efecto no se puede reclamar el pago al fiador si la deuda reclamada no es vencida, exigible y, en su caso, impagada», CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, 3ª ed., Pamplona, 2013, p. 214.

⁷⁵ El argumento de la determinación *per relationem* consiste en la existencia de comunicación entre la fianza y la obligación básica, comunicación que asegura la determinación de la deuda.

⁷⁶ Vid., DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos... cit.*, p. 423, FRAGALI, M. *La Fideiussione generale*, BBTC, 1989, p. 279. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía... cit.* p. 208 y ss.

⁷⁷ La STS de 17-3-1999 exige que esté perfectamente definido el contenido y la extensión, tanto en lo relativo a los límites cuantitativos y temporales de la responsabilidad contraída por el fiador, como en lo concerniente a los sujetos, el objeto y la causa de la obligación garantizada. En la STS de 23-2-2000, puede leerse: «partiendo del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del CC y del concepto de contrato de fianza, artículo 1822 y de su regulación relativa a la obligación garantizada como objeto del mismo, se debe admitir en principio su validez, ya que no hay norma que la impida y restrinja la autonomía de la voluntad, siempre que: 1º, no se atente a la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas, tal y como aparecen reguladas. 2º, la obligación garantizada sea determinada o determinable, lo que significa, no sólo que exista la obligación y se desconozca su importe, sino también que no haya nacido la obligación y pueda nacer en el futuro, quedando determinada o determinable por fijarse las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas. 3º, se armonice la indeterminación de la obligación garantizada con la fianza con el carácter expreso de ésta, que contempla el artículo 1827 del CC de tal manera que sólo se admite la obligación que sea determinable, no absolutamente indeterminada –por como mínimo- la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y por la concreción objetiva de la cuantía, aunque sólo sea como máximo».

Una indeterminación absoluta de la deuda futura no es posible, así como tampoco un afianzamiento de toda la deuda inimaginable sin que se establezca una delimitación material, como por ejemplo sería el caso de una extensión de la garantía a los compromisos del deudor principal ajenos a la relación negocial.

b) Limitación temporal de la vigencia del contrato. La vigencia del contrato de fianza debe limitarse temporalmente, pero es admisible y así se hace frecuentemente en la práctica, que la garantía se pacte por tiempo ilimitado, en cuyo caso su eficacia queda supeditada al derecho de denuncia a favor del fiador.

c) Importe máximo de responsabilidad. También se exige que se señale la cantidad o el importe máximo por el que debe responder el fiador, máximo de responsabilidad, que es compatible con la denuncia del contrato (STS de 23 de febrero de 2000), si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2009 admite que se pueda constituir garantía general sobre obligaciones futuras sin que esté fijado un importe máximo de responsabilidad del garante⁷⁸, pero esta afirmación debe circunscribirse al supuesto concreto que se juzga, en el que el garante controlaba el importe de la deuda garantizada —el acreedor suministraba material de construcción a la empresa constructora-deudora para las obras que la fiadora encargaba a la constructora—. La propia sentencia se encarga de señalar que su posición no vulnera la doctrina jurisprudencial en esta materia.

d) Buena fe. A los anteriores requisitos se suele añadir una última exigencia, que debe ser respetada tanto en el momento de configuración del contrato de fianza, en el que se

⁷⁸ En ella se dice, «... Es cierto que en otras sentencias, como las citadas por la parte recurrente, se exige para la validez de la fianza sobre deudas futuras no sólo que se trate de obligaciones determinables sino además que se establezca el importe máximo a que alcanza, lo que resulta lógico a fin de evitar que el objeto del contrato quede abierto e incondicionado respecto de cualquier cantidad por la que el afianzado pudiera obligarse en el futuro dejando en realidad indeterminada la obligación del fiador. Sin embargo, tal indeterminación no existe en el caso enjuiciado por la razón elemental de que los suministros cuyo precio queda garantizado por la fianza -de carácter general- establecida son precisamente aquellos efectuados por la parte actora Forjados Reticulares Ligeros S.A. a Construcciones y Reformas Alcaba S.L. con destino a las obras que la fiadora, Urbanización y Viviendas de Cáceres S.A., encargara a ésta; respecto de los cuales, como ya se dijo, incluso cabría la acción directa en los términos establecidos en el artículo 1597 del Código Civil sin necesidad de que la fianza se hubiera establecido, por lo que no cabe entender la existencia de indeterminación ni de un carácter ilimitado respecto de su importe que contraviniera la exigencia jurisprudencial establecida en interpretación del artículo 1825 del Código Civil que, por otro lado, resulta perfectamente compatible con el 1824, que exige para la existencia de la fianza la presencia de una obligación válida -a la que se extiende la garantía- que en el caso de las obligaciones futuras operará a modo de condición pues la obligación nacida con posterioridad habrá de ser válida para que quede garantizada. En tal sentido no puede entenderse vulnerada la doctrina sentada por las sentencias de esta Sala a que se refiere la parte recurrente (sentencias de 23 febrero 2000 y 18 marzo 2002) que efectivamente se refieren a la necesidad de que la fianza constituida sobre obligaciones futuras fije un importe máximo para la garantía, ya que en el caso la propia fiadora, dada la especial naturaleza de la garantía constituida, estaba en condiciones de controlar el máximo de la obligación a contraer al referirse precisamente a los suministros que la actora efectuara en el futuro a Construcciones y Reformas Alcaba S.L. para las obras cuya ejecución encargara a ésta la propia entidad fiadora.

determina el objeto, como en su posterior desarrollo en el período de ejecución de las obligaciones contractuales. Es fundamental el papel que juega la cláusula o criterio de la buena fe contractual.

En la práctica, los problemas suelen surgir en la fase de ejecución de las obligaciones nacidas del contrato, del que no se cuestiona su validez, y ello porque al desenvolverse el contrato en un periodo de tiempo más o menos prolongado el comportamiento de los sujetos implicados y el mismo transcurso del tiempo, suelen llevar a situaciones en las que es necesario decidir sobre la efectividad del contrato para el garante o para sus herederos. No se trata de sancionar la invalidez de la fianza general, sino de determinar su inoponibilidad al garante o a sus herederos en aquellos supuestos en los que las circunstancias mencionadas lo requieran o aconsejen.

No existe base legal para pensar que la fianza general se extingue con la muerte del fiador; no es una obligación personalísima –salvo que se haya constituido con este carácter– y si no se ha pactado con carácter previo su extinción en el contrato de garantía fideiusoria por el fallecimiento del fiador, los herederos del garante asumen la posición de su causante⁷⁹. Sin embargo, cuando se plantea la vinculación de los herederos en supuestos de fianza general, los tribunales suelen inclinarse por la no extensión a las deudas que el obligado principal contraiga después de la muerte del fiador.

Como señala CARRASCO PERERA⁸⁰, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1992⁸¹, se ha extendido la tesis que sostiene que las deudas que el obligado principal contraiga después de la muerte del fiador no vinculan a los herederos del garante⁸². Los hechos que dan lugar a esta sentencia son resumidamente los siguientes: Don Gabriel que falleció en Vitoria el día 8 de mayo de 1982 había prestado fianza mercantil ante el Banco de Vasconia SA, para garantizar las obligaciones que en futuro contrajera la empresa Sierras Alavesas. El Banco otorgó a la empresa una póliza de

⁷⁹ En este sentido INFANTE RUIZ, F.J., «La fianza general...», cit., p. 40, afirma, «salvo que el acuerdo de garantía o el documento que la recoja lo excluya o la fianza se haya constituido *intuitu personae*, de acuerdo con las reglas generales del Derecho de Sucesiones, será posible extender la garantía a obligaciones asumidas por el deudor después de la muerte del fiador».

⁸⁰ Vid. «Comentario a la STS de 29 de abril de 1992», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 28 (1992) § 753.

⁸¹ La doctrina contenida en esta sentencia parece seguir la doctrina de MOULY que distingue entre las obligaciones del fiador, la obligación de cobertura que nace desde la celebración del contrato y la obligación de pago, futura y eventual. En la fianza general la obligación de cobertura no se trasmite a los herederos por ser esta una obligación *intuitu personae*. MOULY, C. *Les causes de extinción de la cautionnement*, Paris, 1979, p. 411. SIMLER, M., *Droit civil. Les sûretés...*, cit., p. 231. ZEJALVO MARTÍN, J., «La fianza y la muerte del fiador: aspectos civiles y fiscales», en www.notariosyregistradores.com. [consulta 10.02.2016], dice que dicha doctrina francesa ya estaba contemplada en el trabajo de FERNANDO CASANOVA SANGUINO, «La extinción por muerte del contrato de fianza accesorio de una póliza de crédito de descuento bancario», *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXIV, nº 3, 1975, p. 215 a 225.

⁸² El mismo autor cita las sentencias de las Audiencias Provinciales de La Coruña (18-3-1992), Zaragoza (9-7-1993) Madrid (22-1-1998 y 21-11-2006), Castellón (22-2-2008), Murcia (3-9-2013), en *Tratado de los derechos de garantía*, cit., p. 211, nota 78.

préstamo cinco meses después de la fecha del fallecimiento del garante. La *ratio decidendi* del fallo del Tribunal fue, que al haber nacido obligación garantizada cuando el fiador ya había fallecido «no es posible extender los efectos de dicha fianza a sus causahabientes y no ya por la no transmisibilidad de tales efectos que en caso de que se hubiesen generado deberían seguir la pauta del art. 1256 CC, sino porque la eficacia o extensión al cumplimiento de esa obligación, surgida con posterioridad a la muerte del fiador no cabe repercutirla justamente en la persona del tal fiador, ya que es elemental entender, que cualquiera que sea la extensión de los términos establecidos en susodicha fianza, no cabe comprender que quepa garantizar una obligación cuando la misma al nacer ya no esté cubierta por la accesoria al no sobrevivir la figura del fiador [...]».

Los argumentos que el profesor CARRASCO aduce para sostener su disconformidad con esta sentencia son difícilmente refutables, porque inciden sobre circunstancias que el Alto Tribunal debería haber tenido en cuenta a la hora de decidir sobre la cuestión planteada. La primera es que los herederos del fiador controlaban, como había hecho el causante, la sociedad deudora; se trataba de una fianza en interés personal del fiador, muy frecuente en la práctica, en la que el fiador consiente la fianza movido por intereses propios en el negocio del que deriva la obligación principal. El supuesto más habitual aparece cuando el fiador es administrador o consejero delegado de la empresa deudora, en cuyo caso la fianza se constituye *in rem suam*⁸³. Esta circunstancia supone que los herederos conocían la existencia de la fianza y la existencia de la operación garantizada después del fallecimiento del garante, por lo que difícilmente podían alegar desconocimiento o alteración importante de las circunstancias. Por otra parte, es claro que los herederos del fiador podían haber desistido de la fianza antes de que la deuda se hubiera contraído. Como afirma el autor citado, el derecho de desistimiento es transmisible a los herederos, a pesar de la opinión contraria que mantiene el Tribunal. Además, en la confrontación de intereses en juego, no es lógico que sea el acreedor o los cofiadores del fiador fallecido –una vez que pagan– los que tengan que soportar los riesgos y no sus herederos que generalmente tienen acceso a la información relevante⁸⁴.

La misma doctrina se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998, cuyos hechos son los siguientes: con fecha 21 de febrero de 1988, el Banco de Bilbao prestó una fianza en la que se garantizaba con carácter solidario y renuncia expresa al beneficio excusión, al distribuidor D. Lucas el pago a la compañía mercantil DD hasta la cantidad de 7 millones de pesetas, para responder de los saldos a su cargo que resultaran por envases o por suministros de cerveza provenientes del contrato de

⁸³ El fiador *in rem suam* es el que por alguna razón previa, está interesado económicamente en la deuda ajena por la que interviene (normalmente para hacerla posible) de modo que obligándose ante el acreedor a favor del deudor principal, hace su propio negocio. CASANOVAS MUSSONS, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1997», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº. 45, 1997, p. 1025

⁸⁴ CARRASCO PERERA, A. *Tratado de los derechos de garantía...* cit. p. 212.

venta en exclusiva que el avalado tiene con la mencionada sociedad mercantil. La entidad garante se comprometió a pagar la cantidad que hasta el límite fijado, le sea solicitada, dentro de los quince días hábiles siguientes, a partir de la fecha de notificación, con el único requisito de que en la notificación se haga constar que D. Lucas no ha satisfecho la cantidad adeudada. Tras el fallecimiento de D. Lucas, la entidad mercantil acreedora demandó al Banco de Bilbao, solicitando que se condenara a éste último al pago del importe de la fianza solidaria de siete millones de pesetas. La sentencia de Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Soria revocó la anterior, absolviendo a la entidad bancaria. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la sociedad acreedora argumentando en su quinto fundamento de derecho, que «no se trata de una deuda contraída por los herederos de D. Lucas después del fallecimiento de éste, sino del propio Sr. Lucas durante el desarrollo de su actividad negocial, cuyas deudas garantizaba, con carácter solidario, la expresa fianza hasta el límite de siete millones de pesetas». El argumento *a sensu contrario* supone que si la deuda hubiera sido contraída después de la muerte de D. Lucas, la garantía se hubiera extinguido y la entidad bancaria no resultaría responsable.

En otras sentencias el Tribunal Supremo parece inclinarse por la solución contraria, es decir, afirma que se hereda la condición de garante. Así en la sentencia de 29 de junio de 2006, en la que se demanda a la viuda del fiador (habiendo fallecido este sin testamento) a la que se le adjudica el usufructo viudal que señala el artículo 834 CC, en su fundamento primero estima, que la póliza no puede ser ajena a los hijos del finado, herederos *ab intestato*, pues en autos consta su condición de herederos y «es claro que como dice el artículo 661 CC, los herederos suceden al causante por el hecho solo de su muerte en todos sus derecho y obligaciones»; a lo que añade:

«los artículos 806 y 807 CC, se refieren, en efecto, a los «herederos forzosos», en un sentido que jurisprudencia y doctrina han precisado y matizado en abundantísimas aportaciones, tanto en cuanto a la imposibilidad de ver en la legítima, por sí misma, y salvo que se haya deferido a título de heredero (item más cuando es en usufructo) una sucesión universal (artículos 659,660 y 661 CC), cuanto en el sentido de subrayar que en el caso de la legítima del cónyuge viudo (artículo 834 CC), éste, en cuanto simple legitimario, no responde de las deudas hereditarias: Sentencias de esta Sala de 26 de octubre de 1904, 4 de julio de 1906, 25 de enero de 1911, 10 de enero de 1920, 9 de junio de 1949, 11 de enero de 1950, 28 de octubre de 1979, 9 de enero de 1974, 20 de septiembre de 1982. Con mucha claridad, la de 28 de octubre de 1970. Las diferencias entre heredero y sucesor usufructuario se subrayan en las Sentencias de 24 de enero de 1963, 20 de octubre de 1987, y otras. Se dice en ellas que el instituido en usufructo no es heredero, recogiendo una doctrina tan ampliamente compartida que las excepciones, que sólo cabe encontrar por referencias al *nomen* "heredero forzoso" o al uso impropio de la voz "heredero", son marginales».

Parecida cuestión se plantea en la sentencia de 16 de diciembre de 2014, en la que por testamento de 30 de marzo de 1993, el causante legó a su cónyuge, codemandada y recurrente en casación, el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con dispensa de inventario y fianza, así como con la facultad de tomar posesión del legado por sí misma. La reclamación que se plantea contra la comunidad hereditaria trae causa de un

contrato de préstamo a favor de uno de los herederos que el testador avaló a título personal, sin comparecencia ni consentimiento de su esposa (legataria del usufructo de la herencia) y por una actividad ajena a la sociedad legal de gananciales. Tras la muerte del testador, el 30 de julio de 2007, se otorgó escritura pública de adjudicación parcial de la herencia en donde la legataria (viuda del causante), recibió en pago de su legado la adjudicación en propiedad del 50% del domicilio familiar. La sentencia de Primera Instancia, con estimación parcial de la demanda interpuesta por el prestamista, procedió a la condena de los coherederos al pago de la cantidad reclamada, como deuda de la herencia, absolviendo a la legataria por considerar que el cónyuge viudo no tiene la condición de heredero. La Audiencia Provincial de Oviedo, estimando el recurso de apelación, extendió la condena a la legataria sobre la base de que es innecesario de entrar en la cuestión debatida acerca de la condición o no de heredero respecto de la posición de la usufructuaria, ya que la escritura de partición parcial llevada a cabo puso de manifiesto una aceptación tácita de la herencia (999 CC) que solo cabe realizar bajo la condición de heredero; de forma que con la adjudicación de la mitad del inmueble se dio por satisfecha de sus derechos hereditarios. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la viuda del fiador y lo hace basándose en su condición de no heredera del causante, pues «tal y como alega la parte recurrente (motivo segundo del recurso), la aceptación de la beneficiaria de la institución del usufructo de la herencia no se realizó en su condición de heredera, sino como mera legataria de la herencia, participando, como parte legitimada, en la partición parcial de la misma que determinó la adjudicación del 50% del inmueble en cuestión como pago de sus derechos hereditarios sobre la herencia del causante; con lo que no resultan de aplicación los artículos 999 y 1003 del Código Civil, previstos para la aceptación del heredero, individualizado o calificado como tal en el marco de la declaración testamentaria; máxime si tenemos en cuenta que el cauce particional no altera el *ius delationis* que informó el derecho hereditario de la instituida en el usufructo de la herencia. Todo ello, como acertadamente puntualiza la sentencia de primera instancia».

La conclusión a la que se llega a partir de estos pronunciamientos, es que el Tribunal Supremo en los dos primeros –en ambos la fianza es global– tiene en cuenta si la obligación afianzada había nacido antes de la muerte del fiador, en cuyo caso los herederos deberán responder en sustitución del deudor incumplidor, o si la deuda nace después del fallecimiento del fiador, en tal caso la obligación queda fuera de la garantía global. Por el contrario, en los dos últimos analizados afirma que la condición de fiador se transmite a los herederos del causante sin más matizaciones⁸⁵.

⁸⁵ La Audiencia Provincial de Barcelona (Sentencia de 29 de septiembre de 2014), en un supuesto de responsabilidad de los administradores por deudas sociales, estima el recurso interpuesto y revoca la sentencia impugnada que desestimó la demanda deducida en reclamación de cantidad contra los herederos del administrador de una sociedad que incumplió en su día los deberes de disolver y liquidar en la forma prevista en la Ley una sociedad de capital. Y es que a juicio de la Sala, la responsabilidad del administrador se transmite a sus herederos, al tratarse de una responsabilidad *ex lege* integrando la herencia al igual que cualquier otra deuda, cualquiera que fuera su origen.

La doctrina que se puede extraer de la sentencia de 29 de abril de 1992, que es seguida por sentencias de las Audiencias provinciales de forma generalizada, (SAP La Coruña 18-3-1992, SAP Zaragoza 9-7-1993, SSAP Madrid 22-1-1998 y 21-11-2006, SAP Castellón 22-2-2008, SAP Murcia 3-9-2013)⁸⁶, a mi entender, no es la correcta, porque, no sólo va en contra de las reglas generales del Derecho de sucesiones, sino que además es contraria a la «cotidianidad de los sucesos» en los que en la mayoría de las ocasiones los garantes y sus herederos controlan a la sociedad deudora⁸⁷. La obligación *fideiusoria* no es, salvo que así se haya pactado, una obligación *intuitu personae*; si partimos de este carácter tampoco quedarían obligados los herederos a cumplir en los supuestos en los que la obligación garantizada nace antes del fallecimiento del deudor, pero queda incumplida después, porque la obligación de pago del deudor nace con el incumplimiento de la obligación garantizada en cuyo momento el fiador había fallecido.

Tampoco debe entenderse la fianza de obligaciones futuras como una obligación sometida a condición suspensiva⁸⁸ de que la obligación garantizada llegue a constituirse, aunque recurra a esta figura el Tribunal Supremo en algunas sentencias, como la de 26 de junio de 2009, en la que puede leerse «[...] se exige para la existencia de la fianza la presencia de una obligación válida –a la que se extiende la garantía– que en caso de las obligaciones futuras operará a modo de condición, pues la obligación nacida con posterioridad habrá de ser válida para que quede garantizada». Dicha afirmación no quiere decir que la obligación del fiador no nace hasta que se cumpla la condición (nacimiento de la deuda garantizada), pues el garante se encuentra vinculado desde la constitución de la garantía. Si la deuda futura garantizada no es válida no

⁸⁶ En el auto número 18/2011 de 29 de marzo de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia en su segundo Fundamento de Derecho, se sostiene, que «el saldo deudor que la póliza arroja como consecuencia de las obligaciones aseguradas fue generado con posterioridad al fallecimiento del fiador. Concretamente por el descuento de un pagaré emitido después de ese fallecimiento... Y siendo ello así, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que cita la resolución apelada, no cabe extender la ejecución a los herederos de dicho fiador. Resulta que la obligación no llega a integrarse en el caudal relicto de la herencia, del que forman parte únicamente los derechos y obligaciones existentes al tiempo del fallecimiento (arts. 657, 659 y 661 del Código civil), por lo que, en efecto, es transmisible la obligación derivada del afianzamiento otorgado por el causante, incluso de una deuda futura y de forma indefinida, pero solo cuando dicha deuda se ha integrado en el patrimonio del fiador antes de su fallecimiento, máxime cuando la fianza tiene carácter accesorio de otra obligación, resulta que, como también apunta la resolución apelada, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1992, contemplando un supuesto de fianza de obligaciones futuras, en el que se había prestado afianzamiento mercantil genérico ante un Banco, en el que también el fiador había muerto y la póliza -de préstamo- que se pide responsabilidad a sus herederos es de fecha posterior a la muerte del fiador, por tanto, un supuesto similar al presente que nos ocupa, asienta la doctrina general sobre ese tipo de fianza en garantía de deudas futuras».

⁸⁷ Vid. CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la sentencia de 29 de abril de 1992...», pp. 336 y ss.

⁸⁸ En este sentido, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 422. CARRASCO PERERA, A., «Comentario de la sentencia...», cit., afirma que la técnica de la condición puede explicar satisfactoriamente el carácter sucesivo de la integración del supuesto de hecho del artículo 1825, y puede explicar el efecto de vinculación que, desde el momento del contrato, sufre el deudor condicional, mientras se mantiene el estado de pendencia de la condición. Pero la figura de la condición fracasa al intentar adecuarla a la estructura empírica de los intereses en presencia.

convierte en inválida a la fianza, sino que seguirá garantizando las futuras obligaciones del deudor dentro del ámbito pactado. En todo caso las obligaciones bajo condición suspensiva son transmisibles a los herederos⁸⁹, por lo que de aceptarse este carácter no significa que la obligación *fideiusoria* o de garantía no sea trasmisible mortis causa.

La no transmisión de la obligación de cobertura en la fianza general se ha impuesto en la jurisprudencia francesa. A pesar de que el artículo 2294 del Código civil francés establece que, «las obligaciones de los fiadores pasarán a sus herederos, con excepción del arresto sustitutorio, si la obligación era tal que el fiador estuviera sujeto al mismo». Como señalan MALAURIE et AYNÉS, desde hace años, los tribunales se han negado a aplicar este texto, distinguiendo entre la fianza de deudas presentes y la fianza de deudas futuras. Aunque excepcionalmente en un supuesto juzgado de forma contraria, –la primera instancia invocando que la fianza de deudas futuras debía ser considerada como *intuitu personae*, y en segunda instancia se había hecho valer su transferibilidad, el Tribunal de Casación confirmó la transmisión a los herederos de la obligación de cobertura. Pero ésta línea no fue seguida en otras sentencias de la Sala Mercantil⁹⁰, como la de 29 de junio de 1982⁹¹, consagrándose así una propuesta doctrinal sostenida por MOULY. Tal concepción no permite la existencia de convenio entre las partes en el que se pacta la transmisión de la deuda no nacida en el momento de la muerte del fiador, pues se trataría de un pacto sobre la sucesión futura, pacto prohibido por el artículo 1130 del Código Civil. Sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa tienen en cuenta para determinar la extinción de la fianza general después de la muerte del garante acontecimientos que pueden actuar como un término extintivo de la obligación de cobertura.

Si el garante había asumido la fianza en función de una relación de confianza con el deudor, de tal forma que sus lazos con éste o su posición en la empresa podían influir en el nacimiento de futuras deudas su fallecimiento extingue el compromiso adquirido. Se trata en este supuesto de un contrato de garantía que está marcado por un claro carácter *intuitu personae*, son garantías que no se apoyan tanto en el patrimonio del fiador, sino en la posición que el fiador ocupa respecto al deudor, sus lazos con éste, la posibilidad de influir en la toma de decisiones, etc. Se trata de fianza en interés personal del fiador; es muy frecuente en la práctica que el fiador consienta la fianza movido por intereses propios en el negocio del que deriva la obligación principal. El

⁸⁹ La expectativa de derecho entra en la esfera jurídica de quien va a ser titular del derecho cuando se cumpla la condición y en su patrimonio si el derecho o la obligación a que la expectativa se refiere tiene naturaleza patrimonial, siendo transmisible (arts. 1112 y 1257 del C.c.). Ver, ARIJA SOUTULLO, C., *Los efectos de las obligaciones...*, cit. p. 21.

⁹⁰ Vid, MALAURIE, P. et AYNÉS, L., *Les sûretés. La publicité foncière*, 4ª ed., Paris, 2009, p. 113.

⁹¹ Puede verse el supuesto en MALAURIE, P. et AYNÉS, L., *Les sûretés...*, cit., p. 113. El argumento en que se basa la decisión es que al observar que no existía deuda alguna en el momento del fallecimiento del deudor principal, Sr. Ernault, la Sala considera que éste, no estaba obligado en esta fecha, por lo que no puede transmitir a sus herederos deudas nacidas después de su fallecimiento, por lo que considera correcta aplicación del artículo 2294 del Código civil.

supuesto más habitual aparece cuando el fiador es administrador o consejero delegado de la empresa deudora, en cuyo caso la fianza se ha constituido *in rem suam*⁹².

En esta modalidad de fianza es lógico que no se transmita la obligación de cobertura a los herederos del garante, siempre y cuando estos no sucedan al causante en la posición que éste ostentaba respecto a la empresa deudora garantizada, en cuyo caso, al seguir conociendo e incluso controlando la actividad empresarial y la asunción de nuevas deudas cubiertas por la garantía, no podrían alegar desconocimiento o falta de información por parte del acreedor garantizado.

Otra circunstancia a tener en cuenta son los posibles cambios en la persona del deudor o del acreedor. En principio la cesión del crédito no influye en la garantía ni es causa de extinción de la misma, por lo que a la muerte del garante los herederos deberán responder frente al nuevo cesionario del crédito garantizado, salvo que se haya pactado otra cosa en el contrato de garantía o en el de cesión del crédito garantizado.

La fusión de la sociedad acreedora con otra sociedad también puede extinguir la fianza de deudas futuras, aunque las relaciones principales garantizadas por la fianza persistan después de la fusión (por ejemplo, la cuenta cuyo saldo se ha garantizado continua funcionando después de la fusión), hay que tener en cuenta si la fusión da origen a la creación de una nueva sociedad o elimina la sociedad garantizada, en cuyo caso parece razonable que se extinga la garantía, salvo nuevo pacto o acuerdo que determine su continuidad⁹³.

También se pueden producir cambios en la forma de la sociedad garantizada, que en principio no extinguen la garantía, salvo que puedan ir acompañados de un crecimiento del pasivo que a todas luces no habría sido asumido por el garante cuando se constituyó la garantía. Lo mismo sucede con los cambios en la actividad del deudor, siempre que modifiquen el volumen del pasivo o no hayan sido previsibles en el momento de la constitución de la garantía, debería jugar como término extintivo de la obligación de cobertura.

El cambio de deudor, a consecuencia de una cesión de contrato, o de una fusión-absorción, pone fin a la obligación de cobertura de las deudas nacidas después de este acontecimiento, porque la persona del deudor principal (comportamiento habitual, honradez en los negocios, etc.,) es un elemento de determinación de la deuda garantizada.

⁹² El fiador *in rem suam* es el que por alguna razón previa, está interesado económicamente en la deuda ajena por la que interviene (normalmente para hacerla posible) de modo que obligándose ante el acreedor a favor del deudor principal, hace su propio negocio. CASANOVAS MUSONS, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1997», en *CCJC* septiembre/diciembre 97, p. 1025.

⁹³ La Corte de Casación francesa funda una especie de presunción de extinción en el artículo 2292 del Código Civil, concordante con el artículo 1827 del Código civil español. Aunque como afirman MALAURIE, P. et AYNÉS, L., *Les sûretés...*, cit, p. 116, La règle devrait être appliquée de manière nancée. Son caractère automatique s'explique peut-être par le fait que la caution, qui peut ignorer la fusion, n'est pas toujours à même de résilier son engagement.

Es conveniente tratar de precisar algunas de las distintas circunstancias que hay que tener en cuenta, junto a las que acabamos de mencionar, para poder decidir si la obligación de cobertura se transmite a los herederos del fiador, incluso en aquellas situaciones en las que la deuda concreta nace después de la muerte del garante.

La deuda que nace posteriormente a la muerte del fiador debe tener su origen en la actividad ordinaria del deudor principal

La fianza general debe garantizar únicamente las operaciones económicas que respondan a la actividad ordinaria del deudor, o bien a las que pudieran considerarse como probables en el momento de prestarse la fianza en razón a la actividad entonces desarrollada o que pretendiera emprenderse, actividades que como han señalado los autores italianos⁹⁴, deberán desarrollarse sobre la base del llamado «criterio de normalidad»⁹⁵. Parece lógico pensar que si el deudor modifica su actividad habitual asumiendo obligaciones que en el momento de la realización del contrato de garantía eran impensables o muy poco probables, no debe, en principio, operar la garantía prestada⁹⁶. En el momento de contratar el fiador asume lo que suele denominarse como «riesgo típico del contrato». No hay duda de que la realización del riesgo contractual comprende que el fiador sufra las consecuencias negativas de una conducta empresarial del deudor que no sea la idónea para la buena marcha de la empresa, o que el volumen de las deudas futuras supere a las que existían en el momento del contrato, pero la garantía prestada no comprenderá aquellas operaciones que deban considerarse como inusuales dentro de la actividad que realiza la empresa y por consiguiente resulten totalmente insólitas al desviarse notablemente de la actividad empresarial.

En los supuestos en los que la operación garantizada con la fianza se corresponda con las habituales que se han incluido en la obligación de cobertura, la protección otorgada al fiador y a sus herederos, en caso de fallecimiento de éste, debe moderarse en función de la facilidad que tengan a la hora de conocer el tipo de operaciones realizadas por el deudor y sobre todo de la posibilidad de controlar su realización. Como se ha señalado, en los casos en los que los herederos del fiador sigan teniendo el control de la sociedad deudora y por consiguiente puedan impedir el nacimiento de la nueva deuda garantizada, o puedan ejercitar su derecho de desistimiento y no lo hayan hecho, no habrá en principio ninguna razón para entender que no debe hacer frente a la garantía. En los supuestos en los que la posición de los herederos, por ejemplo hijos del fiador,

⁹⁴ Vid. RAVAZZONI, A., *Voz Fideiussione*, (Diritto civile), *Novissimo Digesto italiano*, t. VII, Torino, 1961, p. 279.

⁹⁵ Entendiendo por normalidad, «l'id quid plerumque accidit, con riferimento alla qualità delle parti e ai negozi che esse pongono in essere quando svolgono la loro attività ordinaria, secondo criteri di diligenza e buona fede». Vid. DE NICTOLIS, R., *Nuove grazie personali e reali*, Verona, 1998, p. 254.

⁹⁶ La jurisprudencia francesa entiende que los contratos de garantía global no pueden cubrir deudas que se contraen para realizar actividades distintas de las que se realizaban en el momento del pacto que dio lugar a la garantía. Vid. SIMLER, M., *Le cautionnement...*, cit., p. 192

no tienen posibilidad de control y en aquellos otros en los que el fiador fallecido podía considerarse como fiador «neutral»⁹⁷, sus herederos no deberán responder.

La situación financiera del deudor. Derecho de información

Sin duda, la situación financiera del deudor ha debido de ser apreciada por el fiador en el momento de la realización del contrato de garantía, pues el riesgo que asume el garante dependerá, en gran medida, de la inicial situación económica de la persona o de la sociedad a la que garantiza.

Pero la situación financiera puede variar con el transcurso del tiempo en función de diversas razones. De aquí que sea importante saber si el acreedor, normalmente una entidad bancaria, está obligado a suministrar información a los herederos del fiador sobre la situación económica del deudor, o por el contrario la carga de informar no se encuentra implícita en el contrato de fianza general. Si el fiador es socio o administrador del deudor o de la sociedad garantizada y en consecuencia controla las actividades que aquél o ésta llevan a cabo, no parece necesario que obtenga información por medio del acreedor, pues dicho control presupone que está perfectamente informado. Se puede afirmar también que, generalmente⁹⁸, el cónyuge y los herederos del deudor, disponen, de la información necesaria, por lo que en estos supuestos tampoco está obligado el acreedor a informar sobre el estado financiero del deudor en cada una de las distintas operaciones que se van sucesivamente realizando.

Durante el curso de las operaciones aseguradas el acreedor no tiene que suministrar asiduamente información al fiador ni a sus herederos, a fin de que éste pondere las circunstancias que le induzcan a denunciar la relación para el futuro. Ni tan siquiera, debe ser informado de cada nueva operación de crédito. El deber de información sólo existe cuando haya sido solicitado por el fiador o por sus herederos. No obstante, el acreedor está obligado a proporcionar información sobre el estado financiero del deudor en los siguientes supuestos: en primer lugar, cuando esta información sea solicitada por el garante y tras su fallecimiento por sus herederos, el acreedor disponga de ella sin haber hecho costosas inversiones, y los herederos del fiador no dispongan de otro modo razonable de obtenerla. En segundo lugar, cuando se produce una modificación extraordinaria en las condiciones de solvencia del deudor, y el acreedor debe decidir si concede nuevo crédito, amparado en la garantía global. En tercer lugar, cuando al acreedor le consta, antes de conceder nuevamente crédito o contratar con el deudor una nueva obligación, que las circunstancias personales que vinculaban a fiador y a deudor se han modificado sustancialmente, por ejemplo, por el fallecimiento del garante⁹⁹. En estos supuestos la concesión de un nuevo crédito al deudor por parte de

⁹⁷ Vid, CARRASCO PERERA, A., *La fianza general...*, cit., p. 1074.

⁹⁸ Lo razonable es que tengan medios suficientes para estar informados, en función de la cercanía y el parentesco que les une al fiador, pero en ocasiones pueden no estarlo en cuyo caso deberán alegar esa falta de información para poder quedar liberados de la garantía.

⁹⁹ Sobre el derecho de información ver, CARRASCO PERERA, A., *La fianza general...*, cit., p. 1077, y *Tratado de los derechos de garantía...*, cit., p. 217.

la entidad bancaria sin informar previamente a los sucesores de fiador parece claramente contrario a la buena fe.

A pesar de que en el Derecho español no hay norma alguna que se ocupe directamente de esta cuestión (sí en los Derechos francés e italiano)¹⁰⁰, con base en el artículo 1258 del CC, puede afirmarse que aunque el garante haya aceptado que el Banco queda eximido del deber de información, la entidad acreedora deberá comunicar al fiador y en su defecto a sus herederos que la situación patrimonial del deudor ha variado sustancialmente y deberá obtener autorización especial de éste para llevar a cabo nuevas operaciones y a falta de dicha autorización, quedará el garante liberado¹⁰¹.

Situación límite de la modificación de la situación patrimonial del deudor es la insolvencia sobrevenida del mismo, en cuyo caso, debe partirse de la premisa de que la entidad acreedora se encuentra en mejor posición para conocer tal situación de imposibilidad de hacer frente a las deudas que el llamado «garante neutral», por lo que en este supuesto la necesidad de información es incuestionable y la concesión de un nuevo crédito, encontrándose el deudor en situación de insolvencia, privaría al fiador o a sus herederos de posibilidad alguna de ejercitar la acción de reembolso con éxito.

La información adecuada haría posible que los herederos del garante puedan denunciar el contrato cuando se ha pactado por tiempo indefinido, o bien ejercitar la acción de liberación, de acuerdo con el número segundo del artículo 1843, en aquellos contratos en los que se ha pactado un tiempo de vigencia de la relación contractual.

Únicamente en los casos en los que el garante haya autorizado la concesión de crédito al deudor, sabiendo que su situación económica ha empeorado significativamente deberá hacer frente a la deuda por él garantizada, puesto que ha asumido, en el caso concreto, correr mayor riesgo que el normal que se deriva del contrato de garantía.

Tiempo de eficacia de la garantía. Derecho de desistimiento

Habitualmente en los contratos de fianza global se establece como duración de la garantía un tiempo ilimitado. A su vez se reconoce al fiador la posibilidad de poner fin a su relación contractual mediante una denuncia unilateral del contrato con efectos para las operaciones que se celebren con posterioridad a la misma. La existencia de la facultad de denuncia o receso de la relación obligatoria es necesaria y existe siempre,

¹⁰⁰ Vid, CABRILLAC, M. ET MOULY, C., *Droit des sûretés*, 2ª ed., Paris, 1993, p. 140. MOULY, C. *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris, 1997, p. 478 y ss. RAVAZZONI, R., *La fideiussione...*, cit., p. 278.

¹⁰¹ En el Derecho Navarro, la Ley 531 del Fuero Nuevo, dispone que la fianza se trasmite a los herederos del fiador, pero si la responsabilidad derivada de la fianza les resultase extraordinariamente onerosa, podrán solicitar la revisión judicial de la obligación, de acuerdo con el último párrafo de la Ley 493, a cuyo tener, «cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial, para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución».

aunque no la hayan pactado las partes en el contrato de forma expresa, pues no puede admitirse la posibilidad de que las relaciones obligatorias sean perpetuas¹⁰².

Únicamente es admisible la denuncia o desistimiento unilateral, aunque ni la ley ni el contrato lo autoricen de forma expresa, cuando la relación obligatoria de que se trate no tenga previsto un plazo de duración temporal; si se ha previsto un término de extinción de la garantía, el fiador permanecerá vinculado hasta que llegue el momento pactado. Sin embargo, al tener la fianza general como finalidad hacer posible, mediante la facilitación del crédito, el desarrollo de la actividad del deudor, en aquellos supuestos en los que se deje de llevar a cabo dicha actividad de forma indefinida o durante un período de tiempo excesivamente prolongado, parece razonable que los herederos del garante fallecido puedan quedar liberados del contrato. La liberación se puede hacer efectiva, permitiéndoles denunciar el contrato e incluso, por aplicación analógica del artículo 1700 del CC entender que la relación obligatoria ha quedado extinguida por finalización del negocio que le sirvió de objeto.

Además el contrato de fianza puede no haber establecido un término de vigencia expresamente, pero éste deducirse del contrato sin demasiada dificultad. Estaríamos ante un término extintivo implícitamente fijado por las partes –por ejemplo, se garantizan todas las operaciones que el deudor realice con determinado proveedor o las que realice para llevar a cabo una obra concreta–. En estos supuestos lo importante es la certeza de la existencia de la voluntad de las partes de imponer un término extintivo, es decir, que la existencia del término no pueda ser cuestionable o dudosa.

Hay que tener en cuenta también lo que se ha denominado *terme extinctif sous-jacent*, de tal suerte que en la fianza *omnibus*, ciertas circunstancias, como la muerte del garante o como la cualidad de cónyuge o de administrador de la sociedad garantizada, han sido decisivas en la creación de la relación obligatoria, si desaparecen son consideradas como determinantes de un término extintivo¹⁰³.

Es claro que la facultad de denuncia no queda excluida por el hecho de que se haya pactado un máximo de responsabilidad, porque al exigir que se pacte una cantidad máxima por la que el fiador debe responder se pretende que la obligación quede determinada en cuanto a su objeto; ya que no es posible por hipótesis que en el momento de constitución del contrato de garantía se conozcan cuáles van a ser los

¹⁰² Como dice DÍEZ PICAZO, partiendo de la validez de la relación obligatoria con duración indeterminada y de la imposibilidad de que ésta sea perpetua hay que resolver el conflicto acudiendo a diferentes criterios, entre los que propone: la interpretación integradora del contrato o poner en juego la norma contenida en el artículo 1128 del C.c. *Fundamentos...cit.*, pp. 323 y 324.

¹⁰³ Afirman CABRILLAC, M. et MOULY, C., *Droit des sûretés...*, cit., p. 142, que, «la généralisation de ces cautionnements omnibus a provoqué une réflexion approfondie, d'une part, sur leurs caractéristiques es, d'autre part, sur es événements susceptibles de mettre légitimement fin à l'obligation de couverture de ella caution sans manifestation de volonté de sa part. Ces événements constituent des termes extinctifs, que l'on peut appeler sous-jacents parce que, bien que n'ayant pas été expressément définis par les parties, ils coexistent pendant la durée de l'obligation de couverture pour en se révéler que dans certaines circonstances». Vid., MOULY, C., *Les causes d'extinction...*, cit., p. 391.

sucesivos créditos garantizados ni la cantidad exacta por la que el fiador va a responder, la concreción de la misma se lleva a cabo por referencia a un importe máximo de responsabilidad, evitando así que se pudiera entender que el objeto se encuentra indeterminado.

Además, de esta forma se determina *ab initio* cuál es exactamente el riesgo máximo asumido por el garante. Ahora bien, a mi modo de ver, el hecho de que se exija la fijación de un límite máximo de responsabilidad, no quiere decir que el garante o sus herederos deban responder siempre que no se supere el límite fijado, pues no están exentos de padecer un eventual comportamiento abusivo por parte del acreedor. La existencia de un límite máximo de responsabilidad actúa como factor de control del endeudamiento por parte del deudor, pero no exime al deudor mismo y al acreedor de actuar de acuerdo con los criterios derivados de la buena fe contractual.

En general puede afirmarse que el acreedor no puede oponerse a la denuncia del contrato por considerar que es de mala fe, por haberse hecho en el momento en el que la solvencia del deudor es más comprometida; pues precisamente para evitar este incremento del riesgo es para lo que es procedente el derecho de denuncia. Aunque ciertamente no nos vamos a encontrar en la práctica supuestos en los que sea fácil apreciar la mala fe del fiador al ejercitar la denuncia del contrato, creo que es más correcto mantener la regla general y exigir que en todo caso su actuación esté de acuerdo con las exigencias de la buena fe (arts. 1705 y 1706) y con los usos de los negocios, lo que obliga a ejercitar la facultad de denuncia respetando el tiempo de preaviso pactado y en defecto de pacto con un tiempo o margen que se considere razonable. En algunos casos puede incluso ser conveniente, en aras de la buena fe, que la relación se prolongue durante un tiempo que se considere razonable, con el fin de hacer posible que el deudor adopte las medidas oportunas para prevenir la situación que se deriva de la extinción del vínculo obligatorio, sobre todo cuando el crédito concedido con la garantía personal puede, en ocasiones, ser uno de los motores que hace posible el funcionamiento de la actividad empresarial o comercial llevada a cabo por el deudor.

El ejercicio de la facultad de denuncia hay que llevarlo a cabo mediante una declaración de voluntad de carácter recepticio, que deberá ir dirigida a los dos sujetos con los que el garante se encuentra relacionado en virtud del contrato de fianza, esto es, acreedor y deudor. Por regla general la declaración de voluntad de denuncia no requiere forma especial, puesto que el contrato de fianza no tiene carácter formal, a pesar de la exigencia contenida en el artículo 1827 del CC que determina que la fianza no se presume y que debe ser expresa, que únicamente obliga a que para que la fianza pueda entenderse constituida es necesario que exista una voluntad expresa del fiador. Voluntad expresa que por consiguiente también será necesaria para llevar a cabo la denuncia del contrato y provocar su extinción.

Parece adecuado mantener, siguiendo la regla general, que la declaración de voluntad de denuncia, tanto en la fianza civil, como en la mercantil, es conveniente realizarla con

las mismas formalidades que se observaron en el contrato que dio origen a la relación obligatoria de fianza.

No se requiere la alegación de causa alguna que justifique la denuncia del contrato, pues ésta se justifica por la duración indeterminada del mismo.

Consecuentemente, creo que no se debe adoptar, como regla general, la no transmisibilidad de la obligación *fideiusoria*, que tradicionalmente siempre ha sido transmisible en nuestro Derecho¹⁰⁴, sino que hay que tener en cuenta las circunstancias concretas en las que se formalizó el contrato de fianza –tipo de fianza, situación del garante, si es o no socio de la empresa garantiza, si controla la actividad de la misma– y las circunstancias o hechos que sucedan después de su formalización, tiempo transcurrido, información recibida, costes de la información, riesgo asumido, actuación concorde o no con la buena fe de los sujetos implicados, u otras circunstancias que pueden ser determinantes en el caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA:

ALVENTOSA DEL RIO, J., *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988.

ARIJA SOUTULLO, C., «Extinción de la fianza por aplicación del artículo 1852 del Código Civil», *Perspectivas actuales del Derecho de Garantías*, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 29, Pamplona, 2013.

ARIJA SOUTULLO, C., *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, Valencia, 2001.

ARIJA SOUTULLO, C., *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Granada, 2000.

BENABENT, A., *Droit civil, les obligations*, 4ª ed., Paris, 1994.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona 2009.

CABRILLAC, M. et MOULY, C., *Droid des sûretés*, deuxième édition, Paris, 1993.

CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015).

CARDIN, N., *Le contrat de consommation du crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, 1988, nº 351.

¹⁰⁴ Vid. las páginas dedicadas a los antecedentes históricos.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, 3ª ed., Pamplona, 2015.

CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la STS de 29 de abril de 1992» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 28, 1992, pp. 331-345.

CARRASCO PERERA, A., «La fianza general», en *Homenaje al Profesor Lacruz*, Zaragoza, Bosch, 1993.

CASANOVAS MUSSONS, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1997», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, pp. 1017-1028.

COLAS ESCANDÓN, A. Mª, *Efectos del contrato de fianza: relaciones entre Acreedor, Deudor principal y Fiador*. Pamplona, 2007.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXXVIII, vol. 2º, en ID vLex: 269336 <http://librosrevistasderecho.vlex.es/vid/ley531269336>.

DE NICTOLIS, R., *Nuove garanzie personali e reali*, Verona, 1998.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Madrid, 1993.

ESTRADA ALONSO, E., *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Madrid, 2000.

FRAGALI, M., «La Fideiussione generale, en *Banca, borsa, ecc.*, 1989.

FRAGALI, M., «Della fideiussione, «Del Mandato de crédito, en *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1968.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, t. IV. Barcelona, 1973.

GUIHO, P., *Cours de Droit Civil*, vol 4, les obligations, 2ª ed., Lyon, 1983.

GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentarios a los artículos 1822 a 1886 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990.

GULLÓN BALLESTEROS, A., «Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional», *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1989.

JIMÉNEZ CANDELA, T., *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias III*, Madrid, 1988.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «La eficacia (o ineficacia) de la llamada garantía excesiva», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, Tomo II, Derecho civil, Derecho de obligaciones, Madrid, 2003.

LACRUZ BERDEJO, J. L., «La causa de los contratos de garantía», *RCDI*, 1981, vol. I. 1989.

LACRUZ BERDEJO, J. L., Y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil V, Derecho de sucesiones*, 5ª ed., Barcelona, 1993.

LARROUMET, C., «Le contrat et la protection des consommateurs en droit français», en *La tutela del consumatore tra liberalismo e solidarismo*, Napoli, 1995.

LAURENT, F., *Principes de Droit Civil Français*, t. XXVIII, 1877.

LEGAC-PECH, S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, 2000.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Derecho de sucesiones*, coord. por Capilla, López, Roca, Valpuesta y Montés, Valencia, 1992.

MALAURIE, P. et AYNÉS, L., *Les sûretés. La publicité foncière*, 4ª ed., Paris, 2009.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil Español*, t. III, 8ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rico Pérez, Madrid, 1976.

MAZEAUD, J., *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. 1, 6ª edic. Paris, 1987.

MOULY, C., *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris, 1997.

NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Comentario al artículo 1084 del Código civil», *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Pamplona, 2011.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las demás deudas del causante*, Madrid, 1967.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985.

PIEDELIEVRE, S., «Le cautionnement excessif», *Defrénois. Doctrine et jurisprudence*, n.º 13-14, Paris, 1998.

RAMS ALBESA, J., «El beneficio de inventario: ¿una incoherencia del sistema?», AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, t. IV, Madrid, 2003.

RAVAZZONI, A., Voz «Fideiussione» (Diritto civile), *Novissimo Digesto italiano*, t. VII, Torino, 1961.

SICCHIERO, G., *L'engineering. La joint venture. I contratti di informatica. I contratti atipici di garanzia*, en *Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale*, Torino, 1991.

SIMLER, P. et DELEBECQUE, P., *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 5 edic., Paris, 2009.

SIMLER, P., *La cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., Paris, 1991.

VALLET DE GOITISOLO, J. B., «Comentario a los artículos 1082 y 1083 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XIV, vol. 2º, Madrid, 1989.

ZEJALVO MARTÍN, J., «La fianza y la muerte del fiador: aspectos civiles y fiscales», www.notariosyregistradores.com [Consulta: 10.02.2016].

Fecha de recepción: 21.11.2015

Fecha de aceptación: 17.12.2015