

I) Derecho de la contratación

Comentarios

Extinción de la fianza por la prórroga concedida al deudor sin consentimiento del fiador, o del enigmático art. 1851 CC.
Comentario a la Sentencia del TS de 1 julio 2009 (RJ 2009, 4324)

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

RESUMEN: Inaplicación del art. 1851 CC cuando la fianza (un aval bancario, en el caso) se presta previéndose en el contrato principal la posibilidad de prórroga al deudor afianzado, con innegable conocimiento de dicha prórroga por el fiador (Banco avalista, en el caso), y sin que tal concesión de prórroga implique novación extintiva de la deuda garantizada, sino sólo su modificación.

TERMINOS SIGNIFICATIVOS: FIANZA, EXTINCION, NOVACIÓN, PRÓRROGA.

Civil

Ponente: **Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

- ☑ **FIANZA: EXTINCIÓN:** improcedencia: aval bancario de la correcta ejecución en plazo de las obras por el contratista: prórroga concedida por la propietaria comitente para la terminación: contemplación de la prórroga en el contrato, facilitación por ella de su cumplimiento y abandono de la obra por el contratista antes de su expiración.
NOVACIÓN: EXTINTIVA: apreciación reservada a los juzgadores de instancia; inexistencia: novación meramente modificativa: arrendamiento de obra: prórroga concedida al contratista para su ejecución, manteniendo inalterado el mismo objeto contractual.

Disposiciones estudiadas: CC, arts. 1204 y 1851.

Sentencias citadas: Sentencias del TS de 1 junio 1999 (RJ 1999, 4094), 17 septiembre 2001 (RJ 2001, 7479), 27 septiembre 2002 (RJ 2002, 7877), 29 diciembre 2003 (RJ 2004, 358), 3 noviembre 2004 (RJ 2004, 6869).

ANTECEDENTES DE HECHO

Prestados los avales por una Entidad de crédito en garantía del nuevo plazo concedido para la ejecución de unas obras, cuando ya se había extinguido el plazo contractual inicial fijado entre una Cooperativa de viviendas y una entidad de Construcciones, la susodicha constructora avalada incumple, abandonando las obras en estado de suspensión de pagos, y demandando la Cooperativa a la Entidad bancaria el importe total de los avales más los intereses legales correspondientes.

El JPI desestima la demanda absolviendo a la Enti-

dad bancaria fiadora. La Cooperativa actora recurre en apelación, y la AP de La Coruña estima el recurso condenando a la Entidad de crédito avalista a abonar el importe de los avales.

Contra dicha sentencia el Banco avalista interpone recurso de casación. Y el TS declara no haber lugar al mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

“TERCERO: El primero de los motivos del recurso se refiere a la infracción de lo dispuesto en el artículo 1851 del Código Civil, conforme al cual la prórroga

concedida por el acreedor al deudor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza.(...) El motivo no puede prosperar pues, en primer lugar, la prórroga concedida a la contratista avalada estaba prevista en el contrato, aunque lo fuera para casos de fuerza mayor, los avales concedidos... no se establecieron en consideración a una fecha determinada sino «hasta la firma del acta de recepción definitiva» en relación con cada una de las obras a ejecutar y, además, la prórroga ni siquiera llegó a tener efecto... Pero, incluso en el caso de que ello no hubiera sucedido así, fue el propio Banco –avalista– quien con su actuación consintió de hecho la prórroga del plazo de ejecución por cuanto tres de los cuatro avales concedidos lo fueron con posterioridad a la finalización del plazo de ejecución pactado...

CUARTO: De igual modo ha de ser rechazado el motivo segundo que acusa la infracción de lo dispuesto en el artículo 1204 del Código Civil sobre la novación.(...) Sostiene la parte recurrente que en el caso se produjo una novación extintiva de la obliga-

ción primitiva sustituyéndola por otra incompatible con la anterior, mientras que la Audiencia la ha calificado como meramente modificativa. En primer lugar, no cabe afirmar que se tratara de una novación extintiva cuando subsistía el mismo objeto contractual –como era la ejecución de las obras en las condiciones pactadas, aun cuando se modificara el plazo de ejecución–,... Al respecto cabe citar la sentencia de esta Sala de 3 noviembre 2004 (RJ 2004, 6869), la cual afirma que la novación ha de ser considerada como meramente modificativa cuando no se afecta la esencia de lo convenido (sentencia de 17 septiembre 2001 [RJ 2001, 7479]) y que, en la duda, la novación debe ser considerada como modificativa (sentencia de 27 noviembre 1990 [RJ 1990, 9056]), además de que, en principio, siempre debe prevalecer el criterio apreciativo sobre la novación efectuada en la instancia (sentencias de 1 junio 1999 [RJ 1999, 4094], 27 septiembre 2002 [RJ 2002, 7877], y 29 diciembre 2003 [RJ 2004, 358]).».

SUMARIO

- I. LA EXTINCIÓN DE LA FIANZA POR LA PRÓRROGA CONCEDIDA AL DEUDOR SIN CONSENTIMIENTO DEL FIADOR: EL ART. 1851 CC
- II. PRETENDIDO FUNDAMENTO TÉCNICO DEL ART. 1851 CC: EN LA ACCESORIEDAD DE LA FIANZA, EN SU CARÁCTER RESTRICTIVO Y EN LA EFICACIA RELATIVA DE LOS CONTRATOS
- III. PRETENDIDO FUNDAMENTO TÉCNICO DEL ART. 1851 CC EN LA NOVACIÓN EXTINTIVA DE LA DEUDA AFIANZADA Y PRORROGADA
- IV. EL VERDADERO FUNDAMENTO, DE POLÍTICA LEGISLATIVA, DEL ART. 1851 CC, Y SU CONSIGUIENTE EXCEPCIONALIDAD: EL *FAVOR FIDEIUSSORIS* ANTE EL PRESUMIDO PELIGRO DE INSOLVENCIA SOBREVENIDA, TRAS LA PRÓRROGA, DEL DEUDOR

I. LA EXTINCIÓN DE LA FIANZA POR LA PRÓRROGA CONCEDIDA AL DEUDOR SIN CONSENTIMIENTO DEL FIADOR: EL ART. 1851 CC

En el caso de la STS de 1 julio 2009 (RJ 2009, 4324), que aquí se va a comentar, se trataba de unos avales prestados en garantía del nuevo plazo concedido para la ejecución de la obra avalada, cuando ya se había extinguido el plazo contractual inicialmente fijado para su realización, sucediendo luego que la constructora avalada incumple, abandonando las obras en estado de suspensión de pagos, y demandando la acreedora al avalista el importe total de los avales más los intereses legales correspondientes. A tal demanda se opondrá, hasta en casación, el avalista entendiéndolo que su aval se ha extinguido por aplicación del art. 1851 CC, conforme al cual la prórroga concedida por el acreedor al deudor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza. Tal recurso, sin embargo, es rechazado por el TS, entre otras razones (que indica en el Tercero de sus Fundamentos de Derecho), «en primer lugar, porque la prórroga concedida a la contratista avalada estaba prevista en el contrato –originario–,... y, –segundo, porque– la prórroga ni siquiera llegó a tener efecto». Asimismo, ante la argumentación del avalista de que se había producido una novación extintiva de la deuda ante la prórroga concedida, y con ella la extinción de la fianza, dirá el TS, en el Cuarto de los Fundamentos de Derecho de aquella sentencia, que «no cabe afirmar que se tratara de una novación extintiva cuando subsistía el mismo objeto contractual –como era la ejecución de las obras en las condiciones pactadas, aun cuando se modificara el plazo de ejecución–...»

Más allá del supuesto concreto que la STS resuelve, se nos suscita en ella una cuestión más general, relativa al propio fundamento, al porqué del art. 1851 CC, que parece derivar la STS en una cuestión novatoria. De admitirse tal enfoque, la explicación del 1851 CC sería muy sencilla: si la prórroga de la deuda implica la novación extintiva de ésta, lógicamente, por su accesoriadad, también habrá de extinguirse su fianza por aplicación de los arts. 1204 y 1207 CC. De todos es

sabido: *accessorium sequitur principale*. Pero de ser ello así, ¿qué añade el art. 1851 CC a tales normas generales, o al art. 1847 CC, más en particular? Tal interrogante se agudiza cuando se compara nuestro art. 1851 CC con su pasado y con su entorno, en su gestación y hoy día:

Acerca del Derecho romano, recientemente FINEZ RATÓN («La prórroga como causa de extinción de la fianza [Análisis del art. 1851 del Código Civil]», en RJN, 1993, p. 80), con cita de numerosos romanistas e historiadores modernos (como PUGLIESE, KASER, CICCAGLIONE, o PETIT), y de algunos fragmentos del Digesto (referidos en general a la novación), afirma que el art. 1851 CC se muestra conforme al Derecho romano, donde la concesión de prórroga extinguía la fianza como resultado de la novación de la obligación principal. En cambio, hace tiempo POTHIER (*Tratado de las obligaciones*, trad. Buenos Aires, ed. Heliasta, p. 260), citando a VINNIO, entendía, como apoyo de la solución tradicional francesa (que se recogerá luego en su Código), que el fiador no queda liberado por la concesión de prórroga al tratarse de un pacto personal, celebrado entre el acreedor y el deudor, que no podía afectarle.

De nuestros antecedentes patrios, en la cuarta causa de la Ley 14, Tít. 12, Partida 5^a (precedente del art. 1843 CC), sobre expiración del plazo para el pago, sólo se permitía, sin imponerlo, que el fiador pidiese o apremiase al deudor para liberarle. Bajo la rúbrica «*Por que razones se desata la fiadura, e puede el fiador salir della*», decía aquella Ley de las Partidas: «*Quexar non se deuen los fiadores a ningun Juez, para apremiar a aquellos que los metieron en la fiadura, fasta que paguen alguna cosa del debdo por que entraron fiadores. Fuera ende por cinco razones... La quarta es, si quando entro fiador, señalo dia cierto a aquel deuiesse sacar de la fiadura, e es passado... Ca por cualquier destas razones sobredichas se desata la fiadura, e puede apremiar el fiador, a aquel a quien fio, que le saque della*». No obstante su redacción, los traductores al castellano y anotadores de las *Glosas a las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso X*, de Gregorio LÓPEZ (Barcelona, 1844), quienes son: SANTPONS Y BARBA, MARTI DE EIXALA Y FERRER SUBIRANA, mostraban, al respecto, sus dudas, al contrastar la letra de la ley de Partidas reproducida, la opinión de VINNIO y de POTHIER (antes referidas), y el Fuero Real que, como hace hoy el art. 1851 CC, disponía la extinción de la fianza en aquel caso de prórroga concedida sin consentimiento del fiador. Era, en particular, la Ley 10, tít. 18, libro 3^o del Fuero Real la que decía: «*Si alguno fiare á otro por alguna cosa pagar, e facer á plazo, é si ante del plazo, sin otorgamiento del fiador, alongáre aquel plazo, el fiador no sea tenuto de la fiadura: e si no le alongó el plazo, maguer que el deudor al dia no fu demandado quel pagase, el fiador sea tenido de quanto fió*». Tomándola como su fundamento, la mayoría de la doctrina a ella coetánea entenderá que la fianza se extingue con la concesión de prórroga otorgada por el acreedor al deudor e ignorada o incontestada por el fiador. Excepción hecha de Antonio GÓMEZ (en sus *Variarum resoltionum*, Lib. 2^o, cap. 13, n^o 21, que aquí se toma de su cita hecha en la voz «Fianza» de ESCRICHE), quien llegaba incluso a proponer la inaplicación del Fuero Real, por carecer de razón (*quia ratione caret*), salvo en aquellos lugares en que se viniera ya aplicando por costumbre. De igual sentir opuesto fue, aunque sólo al principio y estando entonces influenciado por las ideas de POTHIER, GARCÍA GOYENA (con AGUIRRE, en su *Febrero...*, IV, Madrid, 1841, pp. 86 y 87), quien, sin embargo, luego muta su opinión consagrando y justificando en el art. 1765 del Proyecto de CC de 1851 la solución que, finalmente, acoge hoy el art. 1851 CC, prácticamente con idéntica redacción a la de aquel su precedente. Ya antes, el art. 1831 del Proyecto de CC español de 1836 también decía: «*Cesa o se extingue la fianza de los modos siguientes:... 2^o Cuando ésta —la deuda— se otorgó para cierto día, el cual pasa y desde aquel punto cesa la obligación del fiador. 3^o Cuando debiendo verificarse el cumplimiento de la obligación en un día determinado, se alarga el plazo sin consentimiento del fiador*». La duda, pues, es evidente: ¿Por qué aquel cambio de opinión en GARCÍA GOYENA?

Se mantendrá, además, aquella solución del Fuero Real en nuestro actual art. 1851 CC, prácticamente frente a todos los demás Códigos de su tiempo, como el francés (sin duda influenciado por POTHIER), pero también frente al italiano de 1865, en los cuales la consecuencia de una de prórroga de la deuda principal incontestada por el fiador no era la liberación de la fianza, como hace nuestro 1851 CC, sino la posibilidad de que el fiador compeliere al deudor a pagar. En efecto, el CC italiano de 1865 dirá en su art. 1930: «*La semplice proroga del termine accordato dal creditore al debitore principale non libera il fideiussore, il quale tuttavia può in tal caso agire contro il debitore per costringerlo al pagamento*». Y antes dirá el art. 2039 CC francés: «*La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au payement*». No obstante su previsión, advierten CABRILLAC y MOULY (*Droit des sûretés*, 4^a ed, París, 1997, p. 178), y DELEBECQUE (en la voz: «Cautionnement», en *Encyclopedique Juridique*, II,

pp. 14 y 15), que actualmente en la práctica de fianzas prestadas por empresas o profesionales en Francia es muy común pactar un término final para la fianza no susceptible de prórroga o bien acordar que la fianza incontestada por el fiador hace perder al acreedor el derecho a reclamarle el pago. En cambio, en nuestra práctica, al menos según nos explica CARRASCO PERERA (y OTROS – CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ–: *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002, p. 188 ss), lo común es acordar la no aplicación del art. 1851 CC.

A la vista del panorama expuesto, los interrogantes son varios: ¿Por qué existe ese vaivén en la historia? ¿Por qué ese actual contraste en Derecho comparado en la solución de un mismo problema? ¿A qué obedece, en fin, la solución adoptada por nuestro art. 1851 CC?

Varias han sido las respuestas dadas al respecto por la doctrina, y también por el TS, poniendo en conexión el art. 1851 con otras normas, como son los arts. 1835, 1843 y 1852 CC. Veámoslas.

II. PRETENDIDO FUNDAMENTO TÉCNICO DEL ART. 1851 CC: EN LA ACCESORIEDAD DE LA FIANZA, EN SU CARÁCTER RESTRICTIVO Y EN LA EFICACIA RELATIVA DE LOS CONTRATOS

Para buena parte de la doctrina, que pone en relación los arts. 1835 y 1851 CC, éste se explica por la accesoriadad de la fianza, por su carácter restrictivo (arts. 1826 y 1827.II CC) y por la eficacia relativa de los contratos:

Así, al menos en parte, lo decía ESCRICHE (pp. 699 y 700), refiriéndose, por entonces, al Fuero Real (arriba referido) y recordando que «*Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari: consensu fiunt obligationes*» y que «*Nemo ex alterius facto praegravari debet*»; ya refiriéndose al art. 1851 CC, son de tal opinión BURON GARCÍA (*Derecho Civil español según los principios, Códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, Valladolid, 1898, p. 956); MANRESA Y NAVARRO (*Comentarios al Código Civil español, Tomo XII: Artículos 1790 a 1976*, Madrid, 1907, pp. 953 y 954); DE ROVIRA (en la voz «Fianza», en NEJ, p. 707); PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, p. 616); GUILARTE ZAPATERO (en *Comentarios al CC de Edersa*, pp. 318 y 319); CASTÁN TOBEÑAS (anotado por FERRANDIS VILELLA, p. 779); PÉREZ ÁLVAREZ (*Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 247); ALONSO SÁNCHEZ (en CCJC, 1998, n.º 47, p. 581); o como, recientemente, GÓMEZ-BLANES (*El principio de accesoriadad en la fianza*, Pamplona, 2008, pp. 179-182, y en CCJC, 2010, n.º 82, pp. 438 y 439).

Casi todos ellos se apoyan en la STS de 31 enero 1980 (RJ 1980, 174), en cuyo 2.º Considerando dice que «tal extinción por vía de consecuencia viene determinada por la mayor onerosidad surgida de la prolongación temporal, que afectaría a la obligación del deudor, y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado (*res inter alios acta*), sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato (art. 1257 CC), así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor, en menoscabo del fiador, contraviniendo lo dispuesto en el art. 1256». La seguirán, reproduciéndola, y formando así jurisprudencia, las SSTS de 8 octubre 1984 (RJ 1984, 5333), y de 29 octubre 1991 (RJ 1991, 7488). Ya mucho antes que todas ellas, la STS de 29 diciembre 1885 (Col. Leg. n.º 485), advirtiendo la no intervención del fiador en la concesión de la prórroga al deudor, había dicho en su Considerando 2.º que «si bien el acreedor y deudor han podido aplazar el día de vencimiento... no es menos cierto que –el fiador de aquel caso– ni intervino en tal acto ni en modo alguno prestó su consentimiento,... toda vez que la obligación garantizada fue modificada en su parte principal –dice–, y los contratos son ley en cuanto se ajustan á la voluntad de los que los celebran». Por la misma razón, aunque para un caso opuesto (de prórroga consentida por el fiador), dirá la STS de 14 diciembre 1891 (Col. Leg. n.º 136), «que el principio de que la fianza no puede extenderse á más que la obligación principal, es inaplicable cuando existe un hecho origen de la obligación que determina el alcance de ésta, como el hecho de la prórroga del contrato afianzado aceptado por el fiador».

Parece avalar que en efecto es tal el fundamento del art. 1851 CC su propio ámbito de aplicación según la misma jurisprudencia, que ha venido a considerar que el art. 1851 CC sólo es aplicable:

a) A deudas líquidas y exigibles o vencidas, no indefinidas ni futuras, como pudieran ser las fianzas generales u *omnibus*, que produzcan una indeterminación respecto a su cuantía y plazo.

b) Que la prórroga sea voluntaria (no legal ni judicial), quedando así excluidos de su aplicación los casos de prórroga en los arriendos de vivienda (véase, al respecto, entre otras, la STS de 27 febrero 1981 [RJ 1981, 633]), o concedida por laudo arbitral (STS de 5 febrero 1955 [RJ 1955, 731]), o en caso de declaración judicial de concurso del deudor con convenio de espera (según SSTs de 7 y de 21 mayo, ambas de 2009 [RJ 2009, 4736] y [RJ 2009, 3028], respectivamente), pues según dice, comentando la última de las citadas, GÓMEZ-BLANES (en CCJC, 2010, nº 82, pp. 441 y 442), tal «espera del convenio concursal se aproxima más a simple retraso o demora en la reclamación de una obligación ya vencida que a una auténtica prórroga».

c) En efecto, en general también exige la jurisprudencia, para que el art. 1851 CC sea aplicable, que la prórroga sea expresamente acordada por acreedor y deudor, o al menos concedida inequívoca y unilateralmente por aquél (*a.e.*, mediante la aceptación o la renovación de un título-valor en pago de la deuda, como sucedió en las SSTs de 18 junio 1914, de 1 marzo 1983 [RJ 1983, 1412], 31 octubre 1984 [RJ 1984, 5153], o en la de 13 octubre 2005 [RJ 2005, 7340]), con señalamiento en cualquier caso de nuevo plazo con fecha determinada, sin que tenga aplicación aquella norma a los casos de simple dejación, mero retraso o tolerancia por parte del acreedor a la hora de reclamar el pago de la deuda al no hacerlo inmediatamente una vez ésta venza y se esté dentro de plazo para su reclamación;

d) y que la prórroga sea ignorada o inconsciente por el fiador. De tal modo que tampoco tendría aplicación el art. 1851 CC, liberándose por ello el fiador, cuando la prórroga es consentida por el fiador, ya sea de forma expresa o incluso tácitamente, en tanto, como suele decirse, sea una voluntad «cierta», esto es, derivada de hechos concluyentes, como pudieran ser la propia presencia del fiador en la concesión de la prórroga, por ser administrador del deudor, por avalar una deuda cuya prórroga es dispuesta judicialmente o por la propia ley (como los casos antes indicados de los arrendamientos urbanos de vivienda o de convenio concursal de espera),... y no oponerse en tales u otros supuestos a la prórroga concedida al deudor y por él conocida; son supuestos todos ellos que pueden verse, entre otras, en las SSTs de 2 julio 1917 (Col. Leg. nº 1), 7 abril 1975 (RJ 1975, 1412), 31 enero 1980 (RJ 1980, 174), 27 febrero 1981 (RJ 1981, 633), 8 mayo 1984 (RJ 1984, 2399), 30 diciembre 1997 (RJ 1997, 9667), y en las dos SSTs de 7 y 21 mayo de 2009 (RJ 2009, 4736 y 3028), respectivamente.

Este es, en síntesis, el ámbito normativo del art. 1851 CC según la común doctrina (siendo por ello excusable su cita) y una muy abundante jurisprudencia, entre las que pueden citarse, constituyendo lo anteriormente sintetizado su *ratio decidendi*, las SSTs de 29 diciembre 1885 (Col. Leg. nº 485), 6 julio 1897 (Col. Leg. nº 16), 22 marzo 1901 (Col. Leg. nº 76), 6 octubre 1908 (Col. Leg. nº 11), 30 diciembre 1915 (Col. Leg. nº 162), 22 noviembre 1916 (Col. Leg. nº 84), 24 junio 1940 (RJ 1940, 674), 3 noviembre 1955 (RJ 1955, 3564), 7 abril 1975 (RJ 1975, 1412), 31 enero 1980 (RJ 1980, 174), 29 octubre 1991 (RJ 1991, 7488), 30 diciembre 1997 (RJ 1997, 9667), dos SSTs de 6 noviembre, y otra de 11 noviembre, todas de 1981 (RJ 1981, 4465, 4466 y 4505), respectivamente, 31 octubre 1984 (RJ 1984, 5153), 8 octubre 1986 (RJ 1986, 5333), 10 abril 1987 (RJ 1987, 2545), 12 julio 2002 (RJ 2002, 6046), o de 7 mayo 2009 (RJ 2009, 4736).

Curiosamente, en parte tal explicación es defendida también en Francia, aunque recuérdese que allí, *ex art. 2039 Code*, la consecuencia de la prórroga inconsciente por el fiador no es la extinción de la fianza, sino la opción para el fiador de forzar al deudor a pagar: así, CABRILLAC y MOULY (p. 187); SIMLER y DELEBECQUE (*Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 3ª ed., París, 2000, p. 126); y mucho antes, POTHIER (en sus *Ouvres*, II, anotadas por Bugnet, p. 205), afirmando que también en el Derecho romano la fianza se mantenía en caso de prórroga por ser un pacto personal entre acreedor y deudor.

Sólo la identidad de razón alegada como explicación de dos soluciones diversas a un mismo problema hace dudar de su conveniencia: por el principio *res inter alios acta*, en efecto, la prórroga no llegará a alcanzar al garante, salvo que éste consienta. Pero, como advierte FINEZ RATÓN (p. 88), para tal consecuencia ya existe el art. 1835 CC, que sin duda se explica por la eficacia relativa de los contratos *ex art. 1257 CC*, a lo que se une que en general toda transacción sea de interpretación estrecha (cfr., arts. 1815.I, 1283 y 1713 CC). Así lo dejaba bien claro GARCÍA GOYENA (en sus *Concordancias, Motivos y comentarios del Código Civil Español, III*, Madrid, 1852), al comentar el art. 1748 Proyecto CC-1851 (conservado tal cual en el actual 1835), «cuya equidad y justicia –decía– son evidentes por estar basados en los principios generales del Derecho», y se remitía a lo comentado

sobre los arts. 1722 y 1724 (sobre transacción, siendo éste reiterativo del 1748), 1127 (el vigente 1197) y el 1138 (precedente, mucho mejor redactado, del vigente 1207). Decía aquel art. 1722: «*La transacción hecha por uno de los interesados, no perjudica ni aprovecha á los demas interesados*»; y en su comentario (IV, p. 133) decía GARCÍA GOYENA: «*Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere*», advirtiendo que «esto es común a todos los contratos: artículo 977», precedente del actual art. 1257 CC. Siendo, así, tan elemental el fundamento del vigente art. 1835 CC, para algunos, como CARRASCO PERERA (y otros, ps. 181 y ss.), resulta innecesaria tal norma (el art. 1835 actual), ignorando que históricamente fue necesario dejar dicho lo contenido en ella ante la disputa que, como nos cuenta POTHIER (II, p. 201), existió en Derecho romano acerca de si el fiador seguía obligado por el primer convenio o por el transaccional celebrado sólo entre deudor y acreedor. Todo porque el texto que se refería a tal cuestión parecía pensar en una novación transaccionada («*Non possunt conveniri fideiussoris liberato reo transactione*»; D. 46.1.68.2). Quedaba, así, claro con el art. 1835 CC que no subyacía una cuestión novatoria (como tampoco la hay, según se verá en el siguiente epígrafe, en el art. 1851 CC). Ni siquiera la hay aunque el art. 1724 del Proyecto de CC de 1851 dijera que «*cuando haya fiador de las obligaciones sobre que se transige, se observará lo impuesto en el artículo 1748*», remitiéndose, además, en su comentario (IV, p. 134) al art. 1138 (sobre novación). No se remitía GOYENA a este último porque la transacción del 1748 (actual 1835) implicase siempre novación extintiva, como erróneamente en su momento creyó MANRESA (XII, p. 272), cuando puede serlo meramente modificativa (como cree hoy la común opinión), sino porque al igual que aquellos otros preceptos se inspiraba en la regla de que lo accesorio sigue a lo principal, y no al revés (lo que justifica el 1835.I CC).

Por otra parte, y volviendo al art. 1851 CC, si su justificación como la del art. 1835 CC, radica en el principio *res inter alios acta*, de suyo éste no obliga a que la garantía haya de extinguirse con la prórroga concedida por el acreedor al deudor, como así impone el 1851 CC, sino sólo que al no afectarle al garante tal prórroga, para él la deuda habría de estimarse ya vencida, principiando así el plazo de prescripción (de la acción personal) para reclamar su pago. Asimismo, si se fundamentara, como se pretende, el 1851 CC en la accesoriedad de la fianza y en su carácter restrictivo, ¿cómo se la puede estimar extinguida cuando la deuda principal aún no se ha extinguido (cfr., art. 1826.II CC)? ¿O acaso sí se ha extinguido, por novación, como parecía apuntar el propio GARCÍA GOYENA en su constante remisión a normas más generales sobre novación para explicar la norma más particular sobre fianza? Veámoslo.

III. PRETENDIDO FUNDAMENTO TÉCNICO DEL ART. 1851 CC EN LA NOVACIÓN EXTINTIVA DE LA DEUDA AFIANZADA Y PRORROGADA

Una explicación alternativa a la anterior, para justificar el art. 1851 CC, sería estimar que la obligación afianzada sí se ha extinguido, extinguiéndose con ella la fianza por ser su accesorio, y que ha sido aquélla suplida por una nueva; es decir, que la prórroga a la que se refiere el art. 1851 implica una novación extintiva (parecida a la tácita reconducción, cfr., arts. 1566 y 1567 CC):

En la doctrina, aunque advierte que la prórroga del 1851 no implica necesariamente novación, QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (*Comentarios al CC*, ps. 686 y ss.), compara, por su similitud, aquella norma con el art. 1567 CC. Y así, en cierto modo, Díez-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II: Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Madrid, 1996, pp. 456 y 457), para quien aplicar el art. 1851 CC para el caso de prórroga del *terminus solutionis* supondría para el fiador un privilegio exorbitante. Más recta y recientemente, GÓMEZ-BLENES (en su monografía, pp. 179 y 180, y en CCJC, pp. 438 y 439), afirma que el art. 1851 CC es una aplicación concreta del art. 1207 CC, pues según él la prórroga puede venir referida tanto al *dies solutionis* como al *dies obligationis*, al no haber, en efecto, distinción en la redacción del art. 1851 CC. *Ubi lex non distinguit...*

Mucho antes que cualquiera de tales autores, ya en la STS de 22 noviembre 1916 (Col. Leg. nº 84), se afirmaba, en su 2º Considerando, que la prórroga del art. 1851 CC «requiere expresión clara de la misma y concierto por parte de acreedor y deudor, para dilatar la exigibilidad de la obligación, constituyendo verdadera novación –decía– en el contrato, y, por tanto, motivo para la extinción de la fianza». Aunque en *obiter dictum*, y sin generar, por tanto, jurisprudencia, FINEZ RATÓN (p. 87), encuentra –nosotros, no– en la STS de 21 marzo 1985 la afirmación de que la razón del 1851 CC es evitar prórrogas que impliquen la novación de las obligaciones.

A ello podría sumarse, como entiende CARRASCO PERERA (p. 63), que GARCÍA GOYENA (arriba indicado), comentando el art. 1765 Proyecto CC-1851 (el actual 1851), se remitiese (IV, p. 167) al art. 1134 del Proyecto (sobre novación) y entonces dijese (III, p. 154) que aquél es consecuencia de éste. Expresamente, aquel art. 1134 del proyecto CC-1851 disponía en su primer párrafo: «*Hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo á distintas condiciones ó plazos –decía–, sustituyendo una nueva deuda á la antigua, ó persona distinta en lugar de la que antes era deudor, ó haciendo cualquier otra alteración sustancial que demuestre claramente la intención de novar*». Y, en efecto, cuando GOYENA (IV, p. 167), justifica el art. 1765 de su Proyecto (el actual 1851), dirá que «teníamos ya resuelto este punto en el artículo 1134 por la palabra *plazos*, sinónima allí de *prórrogas*: vé lo espuesto –*sic*– en dicho artículo donde se dan los motivos y se hace referencia a éste». Apoyándose en tal explicación, llegará a decir, antes del CC, el abogado LASTRES (*La fianza y la prenda*, Madrid, 1879, pp. 67-70), que tal era ya la justificación del Fuero Real (precedente del actual 1851 CC) al ordenar la extinción de la fianza.

Aunque para diverso supuesto, conviene saber, por su conexión (veremos) con el art. 1851 CC, que similar explicación dará GARCÍA GOYENA de otro caso singular de extinción de la fianza: el contenido en el actual art. 1849 CC, sobre dación en pago (que íntegramente copia al art. 1748 del Proyecto de CC de 1851); con tal norma, al menos en la mente del codificador (del nuestro y antes también, aquí sí por su influencia, en el del francés, y otros), se explicaba la extinción de la fianza por la dación en pago aun en caso de evicción porque estimando que la dación en pago, a diferencia de la cesión para pago, es *pro soluto*, produce automáticamente la novación extintiva de la deuda por cambio de objeto, lógicamente, por su accesoriedad, también había de estimarse automáticamente extinguida la fianza, que en ningún caso –salvo por voluntad del propio fiador– resucitaba en caso de evicción por cuanto ésta, la evicción, hacía surgir una deuda nueva (la acción en garantía), diversa de la primitiva por fundarse en un título diverso, y que por dicha novedad no podía quedar garantida por aquella misma fianza dados su propia accesoriedad y carácter restrictivo (cfr., arts. 1826 y 1827.I CC).

Esta era, al menos, la *voluntas legislatoris*: ya en los trabajos parlamentarios acerca del CC francés (cuya traducción aquí tomamos de GARCÍA GOYENA y de AGUIRRE, p. 118), decía el Tribuno TREILHARD: «En fin, si el acreedor ha aceptado en pago un inmueble u otra cosa cualquiera, el fiador quede libre, aun cuando después se haya quitado al acreedor por la evicción la cosa que ha recibido. La obligación primitiva había quedado extinguida por la aceptación del acreedor; la fianza como accesorio había cesado con aquélla: si con posterioridad el acreedor tiene aún acción por resultado de la evicción que sufre, esta acción es enteramente diversa de la primera, y no la que el fiador había garantido». Y añadía el tribuno CHABOT: «También quede relevado el fiador cuando el acreedor ha aceptado en pago un inmueble u otro cualquier efecto, aunque después se le saque por la evicción: en este caso la obligación principal se encuentra extinguida por la novación». Y, por último, dirá el Tribuno LAHARY: «La aceptación de un inmueble que hace el acreedor en pago de la deuda, liberta igualmente al fiador, aunque sobrevenga evicción; el fiador no ha garantido sino la primera obligación, y como tengo dicho antes, no se puede extender la fianza más allá del objeto para que fue contraída». Para nuestro art. 1849 CC, GARCÍA GOYENA (IV, p. 166), sobre su precedente (el art. 1763 Proyecto CC-1851), decía: «Extinguida –*sic*– la obligación primitiva por la aceptación del acreedor, se extingue también la fianza como accesorio; si el acreedor tiene después una acción resultante de la evicción que sufre, esta acción es enteramente diversa de la primera y no la que el fiador había garantido.(...) En este caso la obligación queda extinguida por la novación, ó, mejor dicho, por el pago que hizo el deudor principal».

Esta explicación del art. 1849 CC, o de su correlativo francés (el art. 2038 del *Code*), es seguida también hoy por muchos. Así, en Francia, BAUDRY-LACANTINERIE (*Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. 24, París, 1905, p. 599 ss); PLANIOL (*Tratado elemental de Derecho Civil*, vol. III: *Contratos de garantía, privilegios e hipotecas*, trad., Méjico, 1948, p. 33); BONNECASE (*Elementos de Derecho Civil*, T. II: *Derecho de las obligaciones, de los contratos y del crédito*, trad., Méjico, 1945, p. 586); COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho Civil*, T. IV: *Garantías reales y personales*, trad. De RGLJ, con notas de De Buen, Madrid, 1923, pp. 31 y 49); los hermanos MAZEAUD (*Lecciones de Derecho Civil*, Parte 3ª, vols. I y II: *Garantías*, trad., Buenos Aires, 1962, p. 38); JOSSERAND (*Derecho Civil*, T. II, vol. II: *Contratos*, trad., Buenos Aires, 1951, p. 425); DAGOT (*Les sûretés*, París, 1981, pp. 62 y 63). Y, entre nosotros, MANRESA (XII, pp. 349 y 350); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (en Enneccerus, p. 838); CASTÁN (p. 779); PUIG PEÑA

(en su *Manual*, T. III-2º, p. 590); DE ROVIRA (en EJE, p. 249, y en NEJ, p. 706); ALBALADEJO (en su *Manual*, II-1º, p. 157); Díez-PICAZO (pp. 458 y 558).

Aunados en su *ratio* novatoria los arts. 1849 y 1851 CC, no quedaría, sin embargo, justificada su presencia como normas singulares frente a la regla general que sobre extinción de la fianza, como deuda accesoria, recoge por pura lógica el art. 1847 CC. De ahí que de ser aquella la justificación de ambas normas, tenga razón al criticarlas CARRASCO PERERA (y otros, pp. 185-187); refiriéndose al art. 1849 CC (que tal vez entendido de aquel modo podría chocar con el art. 1204 CC), considera: por un lado, que se incurre en una petición de principio, pues se presume que la dación es *pro soluto*; por eso, pronostica CARRASCO que en la práctica, o no se aplica dicha norma, si se entiende que la dación es *pro soluto*, pues nunca el acreedor va a aceptar la dación en pago, o bien que siempre se va a acordar que aquella sea *pro solvendo*; y por otro lado, de ser, en efecto, *pro soluto* la dación del art. 1849 CC, ¿qué añade –dice, con razón– el art. 1849 al más general 1847 CC, o –añadimos nosotros– al más general todavía art. 1207 CC?

Otra de las posibles explicaciones del art. 1849 CC, y que tiene su conexión con la del 1851 CC (según se verá), fue ya dada, incluso antes de que existiera su musa francesa (el art. 2038 *Code*), por POTHIER (en su *Tratado de obligaciones*, cit., pp. 261 y 262; y en sus *Obras completas*, cit., II, pp. 218 y 219); y por DOMAT (*Loix civiles*, III, 7, 6.): éstos, conforme al Derecho romano y a la tradición antigua francesa, de tinte romanista, entendían en general que la dación en pago era *pro solvendo*, que no implicaba automáticamente novación extintiva de la deuda por cambio de objeto hasta que el acreedor adquiriera definitivamente la propiedad de la cosa dada en pago. Hasta entonces, el acreedor ostentaba un dominio de la cosa dada sometido a condición resolutoria o a revocación, y del pago de la deuda podía decirse un tanto de lo mismo. Por eso, si el acreedor llegaba a perder la cosa por evicción, quedaba resuelta la dación siendo nulo el pago, de modo que la deuda aún existía y con ella, lógicamente por su accesoriidad, su garantía. Pero vieron POTHIER y DOMAT que por razones de equidad («*Nemo ex alterius facto prae gravari debet*», nos recuerda Pothier –la misma frase empleada tiempo después por ESCRICHE para justificar la solución del Fuero Real que luego será la de nuestro art. 1851 CC–) el fiador debía quedar libre en caso de evicción, que la fianza, aunque por principio debía subsistir, debía como justa excepción extinguirse: primero, porque un acuerdo celebrado entre acreedor y deudor, como sería la dación en pago, no debe afectar al fiador (de nuevo –ya lo vimos–, la misma *ratio* de nuestro art. 1835 CC, y según muchos la del 1851 también); y, segundo, por el riesgo para el fiador de la posible posterior insolvencia del deudor una vez anulada la dación en pago (o sea, el mismo riesgo aducido en otras normas, como nuestro art. 1843, y muy en relación con él –veremos– el 1851,...).

Precisamente por esto último, tal interpretación y el propio art. 1849 CC son hoy fuertemente criticados por CARRASCO (cit.), porque finalmente se hace recaer el riesgo de insolvencia del deudor en el acreedor, cuando precisamente la fianza existía para eludir tal peligro. No obstante, es esta también para muchos la explicación que ha de darse del art. 2038 CC francés, o de nuestro 1849 CC, como norma fundada, genéricamente, en la equidad, o más concretamente en el *favor fideiussoris*. Así, en Francia, hace tiempo ya, LAURENT (*Principes de Droit Civil*, T. 28, Bruselas, 1878, p. 282 ss); TROPLONG (*Le Droit Civil expliqué*, T. 17: *Du cautionnement et des transactions*, París, 1846, pp. 531 y 532); y también, compaginándola con la otra justificación, COLIN y CAPITANT (p. 31); los MAZEAUD (pp. 39 y 233); SIMLER y DELEBECQUE (p. 169), quienes concluyen con la común opinión francesa actual que el art. 2038 CC francés al ser norma derogatoria de las reglas generales sobre el pago debe ser objeto de interpretación estricta: sólo aplicable a la fianza y en caso de verdadera dación en pago. En España, ya hace tiempo ESCRICHE (p. 699), casi reproduciendo a POTHIER; refiriéndose ya al art. 1849 CC, LACRUZ (en su *Manual*, p. 354), aunque por diversas razones; QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (pp. 679 y 680); GUILARTE ZAPATERO (p. 302 a 306); y PÉREZ ÁLVAREZ (p. 264).

Mutatis mutandis, aunque con la única identidad de ser también norma singular frente a la general contenida en el art. 1847 CC, lo mismo en contra de una supuesta explicación novatoria puede decirse del art. 1851 CC; a saber:

Ante todo, si en efecto la razón de la extinción de la fianza contenida en el art. 1851 CC es que la prórroga implica la extinción por novación de la deuda afianzada y con ella, por su accesoriidad, la de la fianza misma, ¿qué añade el art. 1851 CC a lo que ya determina el art. 1207 CC, que resulta a la fianza aplicable de suyo y por genérica remisión contenida en el art. 1847 CC? Así

lo advierten, incluso para criticar la existencia misma del art. 1851 al creer que tal es su *ratio*, CARRASCO PERERA (y otros, p. 188 ss); FINEZ RATÓN (p. 82 ss); ALONSO SÁNCHEZ (p. 581).

En realidad, no se trata de reiteración normativa, sino de que la razón, que se pretende técnica, del art. 1851 CC no es la novatoria, al menos la estricta o propiamente novatoria, que es la extintiva. Aunque, como única, aquella antigua STS de 22 noviembre 1916 (Col. Leg. n.º 84), arriba vista, afirmara que la prórroga del art. 1851 CC, «para dilatar la exigibilidad de la obligación, constituye verdadera novación en el contrato, y, por tanto, motivo para la extinción de la fianza», no ha sido ésta, en absoluto, la doctrina del TS que ha formado jurisprudencia: curiosamente, menos de un año después de aquél pronunciamiento, la STS de 2 julio 1917 (Col. Leg. n.º 1), negará en el caso la aplicación del art. 1851 CC, porque prórroga no equivale necesariamente a novación, como dice en sus Considerandos 3.º y 4.º: «la prórroga y renovación de los contratos mercantiles no siempre equivale a su extinción –siendo indudable que las diversas prórrogas concedidas, en el caso, no crearon convenciones que sustituyeron la primera, limitándose a aplazamientos de pago y reducción del crédito por entregas parciales, pero dejando subsistente y sin restricción en parte alguna lo pactado–, máxime si fueron concedidas con el conocimiento y aquiescencia del fiador». Ya antes, la STS de 14 diciembre 1891 (Col. Leg. n.º 136), sobre «el hecho de la prórroga del contrato afianzado aceptada por el fiador» en el caso que enjuiciaba, decía «que no existe novación de contrato si no hubo nuevo deudor, ni pacto que modificase la nueva escritura, y únicamente se propusieron las partes regularizar lo convenido y consignar la deuda y lo que á cuenta de ella se entregaba». También para rechazar la aplicación del art. 1851 CC, aunque posiblemente en *obiter dictum*, dirá medio siglo después la STS de 24 junio 1940 (RJ 1940, 674), al final de su Considerando 2.º, «que la novación extintiva no se presume, siendo necesario, para que exista, que la extinción del primitivo contrato se declare terminantemente o que la antigua obligación y la nueva sean de todo punto incompatibles, lo que no se daría –termina diciendo– en este caso aunque se hubiera establecido prórroga de los plazos del contrato».

Que la prórroga no implica necesariamente novación lo recuerda de nuevo, más recientemente, la STS de 6 noviembre 1981 (RJ 1981, 4465), y reiterándola después las SSTs de 11 noviembre 1981 (RJ 1981, 4505), con igual Ponente, y más tarde la de 20 septiembre 2001 (RJ 2001, 6651), al decir aquella primera, en su 2.º Considerando, que «en la hipótesis de la litis no se trata de una mera prórroga del término *solutionis* –o en la exigibilidad de la deuda, que diría la STS de igual fecha (RJ 1981, 4466)–, que sería por sí sólo bastante para desencadenar el efecto previsto en el art. 1851, sino de comportamiento que excede manifiestamente de una ampliación del tiempo de pago para alcanzar la significación propia de un pacto novativo, ajustado a la normativa de los arts. 1203 a 1206 del Código Civil, determinante de la extinción de la fianza por vía indirecta o de consecuencia (art. 1207), con lo cual concurre también el presupuesto requerido por la opinión doctrinal más estricta que, invocando los precedentes del artículo de que se trata (art. 1765, en relación con el 1134, del Proyecto de 1851), entiende que la prórroga ha de implicar realmente novación obligacional».

Luego, aunque de pasada, la STS de 31 octubre 1984 (RJ 1984, 5153), dirá en su 2.º Considerando «que –el art. 1851 CC– sin duda hace referencia a la concesión de un nuevo término para el pago de la –misma o idéntica– prestación debida». En igual línea, la STS de 13 octubre 2005 (RJ 2005, 7340), entenderá la «prórroga» como «la adición de un nuevo plazo –para pagar la deuda– al inicialmente establecido». La STS de 30 diciembre 1988 (RJ 1988, 10075), por su parte, acepta en el caso la extinción de la fianza por aplicación del art. 1851 CC «porque la sentencia –de primera instancia, dice en su Fundamento de Derecho 1.º– no se apoya en una novación para declarar extinguida la obligación del fiador, sino en una prórroga incontestada por éste».

Ya luego vendrán muchas otras sentencias a recordar la distinción, ciertamente consolidada con los años tras la promulgación del CC, entre la novación extintiva (la propia) y la modificativa (o impropia), para advertir que la prórroga del 1851 CC, en principio, puede suponer una novación modificativa, pero no necesaria y automáticamente extintiva. Así, por ejemplo, la STS de 3 octubre 1985 (RJ 1985, 4570), y reiterándolo la de 8 octubre 1986 (RJ 1986, 5333), recordará en su Fundamento de Derecho 7.º, «que en orden a la novación de las obligaciones tiene declarado esta Sala que el concepto romano de la novación está ampliado considerablemente en el Derecho español, el que incluye dentro de aquél no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones (la llamada novación impropia o modificativa), y el deslinde entre una y otra clase ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes

y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación, de tal modo que si ésta subsiste, pero no varía alguna de sus condiciones principales, persistiendo el vínculo, aunque modificado, se produce la novación impropia, en virtud del concertado contrato de modificación, expresión del «*animus novandi*», pues para variar el objeto o las condiciones principales de la obligación se necesita el mismo acuerdo de voluntades que para contraer ésta, siendo las cuestiones relativas a la apreciación de la existencia de los hechos determinantes de la novación facultad propia y peculiar de la Sala sentenciadora, a cuyo criterio hay que estar en tanto no sea adecuadamente impugnado, cual tiene declarado esta Sala, entre otras, en las sentencias de 9 de abril de 1957 (RJ 1957, 2498), y 20 y 26 de enero de 1961 (RJ 1961,106) y (RJ 1961, 288)». Y así, por sólo reproducir algunas, hasta la más reciente STS de 7 mayo 2009 (RJ 2009, 4736), que recordando la doctrina habida acerca de los arts. 1203 y 1207 CC, explica en su Fundamento Jurídico 4º: «El primero –el 1203 CC– simplemente se refiere al concepto de novación que propiamente no es la modificativa (ésta es “impropia”, dice la sentencia de 10 junio 2003 [RJ 2003, 4595]) sino que su verdadero sentido es la extintiva (así, sentencia de 28 diciembre 2000 [RJ 2000, 10382]) que es el que le da el artículo 1207 CC. La novación, efectivamente, novación propia, es la extintiva cuya extinción de la obligación se produce por la constitución de una nueva que sustituye a la extinguida y extingue, también, las obligaciones accesorias, como la fianza, como dispone dicho artículo 1207». Y, por último, también lo recuerda, precisamente, la que aquí comentamos, la STS de 1 julio 2009 (RJ 4324), al considerar, en el caso que resuelve, que «no cabe afirmar que se tratara de una novación extintiva cuando subsistía el mismo objeto contractual –como era la ejecución de las obras en las condiciones pactadas, aun cuando se modificara el plazo de ejecución–... Al respecto cabe citar la sentencia de esta Sala de 3 noviembre 2004 (RJ 2004, 6869), la cual afirma que la novación ha de ser considerada como meramente modificativa cuando no se afecta la esencia de lo convenido (sentencia de 17 septiembre 2001 [RJ 2001, 7479]) y que, en la duda, la novación debe ser considerada como modificativa (sentencia de 27 noviembre 1990 [RJ 1990, 9056]), además de que, en principio, siempre debe prevalecer el criterio apreciativo sobre la novación efectuada en la instancia (sentencias de 1 junio 1999 [RJ 1999, 4094], 27 septiembre 2002 [RJ 2002, 7877], y 29 diciembre 2003 [RJ 2004, 358])».

Y todo esto había sido ya advertido, de algún modo, por el propio GARCÍA GOYENA: cierto que al comentar el art. 1765 del proyecto de CC-1851 (el actual 1851), se remite (en IV, p. 167), al art. 1134 del proyecto (sobre novación), diciendo entonces (en III, p. 154), que aquél es consecuencia de éste, que «teníamos ya resuelto este punto en el artículo 1134 por la palabra *plazos*, sinónima allí de *prórrogas*»; pero después de afirmar esto, en seguida, tras dos puntos, añade: «vé lo espuesto –*sic*– en dicho artículo –1134– donde se dan los motivos y se hace referencia a éste». Y comentando ese art. 1134 en su referencia al plazo, que asimilaba a la prórroga mencionada en el 1765 (el actual 1851), dirá (III, pp. 153 y 154): «La opinión casi uniforme de los Jurisconsultos más autorizados es que, si el acreedor prorroga al deudor el término *solutionis (non obligationis)* –¡decía!–, no por esto hay novación, y continúan obligados los fiadores, excepto aquello *in quo ex dilatione solutionis crevit obligatio*». Por tanto, ya el mismo GOYENA advertía que en la concesión de prórroga para pagar la deuda afianzada no hay novación extintiva, pues la prórroga no es de la obligación, sino del término o del plazo para pagar; ello con independencia de que si en efecto fuese novación extintiva de la obligación, de que así lo fuera claramente (art. 1204 CC), habría que aplicar, para toda garantía (real o personal), y no sólo para la fianza, el art. 1207 CC, antes que el art. 1851 CC.

Insisten hoy en tal aclaración, diferenciando el art. 1851 del art. 1567 CC, pues sabido es que la tácita reconducción, diversa de la prórroga, sí implica novación, Díez-PICAZO (pp. 456 y 457); GUILARTE ZAPATERO (p. 320), quien en su obra sobre la fianza en la jurisprudencia (Madrid, 1997, pp. 61 y 62), advierte que así lo entiende la jurisprudencia más moderna (a partir, según él, de las dos SSTs de 6 y de 11 de noviembre de 1981 –arriba citadas–) frente a la más antigua que entendía que la prórroga era de la obligación. Y así lo advierten en Francia, *ex arts.* 1281 y 2038 *Code*, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 599); LAURENT (p. 281); DE PAGE (*Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, T. 6: *Les biens. Les sûretés*, Bruselas, 1957, pp. 869 y 870); y, en Italia, BORSARI (*Commentario del Codice Civile italiano*, vol. IV, Turín, 1881, p. 370 ss). Ciertamente es que así se deja bien claro en la letra de los arts. 2039 *Code* y 1930 *Codice*– 1865, donde se habla expresamente –como vimos arriba– de prórroga del término de pago; no sucede así en el nuestro, aunque en aquel supuesto pensara GOYENA, pudiendo entonces entenderse que el art. 1851 CC, aunque en su letra no hace distinción, sí la hace en su lógica, para sólo referirse a la prórroga del término *solutionis*. Ahora bien, aun entendiendo que todas las normas, incluido nuestro art. 1851 CC, se refieren a la prórroga del término, que, por

tanto, no necesariamente implica novación, innegable resulta que la consecuencia en aquellas normas francesa e italiana de tal prórroga no es la liberación del fiador, como hace nuestro 1851 CC, sino la posibilidad de que el fiador compela al pago al deudor. Se muestran, así, aquellos otros preceptos conformes a sus correspondientes normas sobre la acción de cobertura (el 2039 francés con el art. 2032, 2º y 4º, y el 1930 italiano-1865 con el 1919, 2º y 4º). También algunos de los nuestros, como recientemente GÓMEZ-BLANES (en su monografía citada, p. 179, y en CCJC, pp. 438 y 439), conectan el art. 1851 con el art. 1843, en sus números 2º y 4º sobre todo, justificando, así, aquél en el posible reembolso y subrogación (cfr., art. 1852 CC) ante el riesgo de la posible insolvencia sobrevenida del deudor una vez concedida la prórroga, como sucedía, según se ha visto a la luz de las explicaciones de POTHIER y de DOMAT, con el caso de dación en pago, precedente de nuestro art. 1849 CC, aunque en tal caso la razón dada por G^a GOYENA sí fuese novatoria.

Porque en el fondo de todos esos supuestos que contienen los arts. 1849 y ss CC late la protección del fiador frente a la posible insolvencia sobrevenida del deudor como una razón más práctica, incluso coyuntural, o de política legislativa si se quiere, que técnica, o estrictamente de lógica jurídica; de ahí que resulte ser una cuestión relativa, o subjetiva, mutable en su perspectiva y diferente en su regulación. Veámoslo con más detalle.

IV. EL VERDADERO FUNDAMENTO, DE POLÍTICA LEGISLATIVA, DEL ART. 1851 CC, Y SU CONSIGUIENTE EXCEPCIONALIDAD: EL FAVOR FIDEIUSSORIS ANTE EL PRESUMIDO PELIGRO DE INSOLVENCIA SOBREVENIDA, TRAS LA PRÓRROGA, DEL DEUDOR

Que la protección del fiador frente a la posible insolvencia sobrevenida del deudor una vez concedida a éste la prórroga sea la verdadera *ratio* del art. 1851 CC viene justificada por la gestación de dicha norma, al menos así se deduce claramente de GARCÍA GOYENA al justificar que el art. 1765 Proyecto CC-1851 (actual 1851 CC) se apartase de la solución (de cobertura o relevación, antes que de automática extinción) adoptada por los demás Códigos decimonónicos ante idéntico riesgo: en síntesis, éstos presumían en principio la prórroga como beneficiosa para el fiador, salvo que por ello hubiera riesgo verdadero de insolvencia del deudor, en cuyo caso le quedaría al fiador el recurso a la cobertura; nuestro CC, por el contrario, parece presumir casi *iuris et de iure* tal riesgo de insolvencia sobrevenida al ver siempre a la prórroga como dañina o más onerosa para el fiador, y por eso va mucho más allá que los otros Códigos, pareciéndole poco la posible relevación o cobertura del 1843 CC. Nos lo explicaba GARCÍA GOYENA del modo en que sigue:

Demostrando la solución del CC francés, anterior al nuestro, el mismo GARCÍA GOYENA (IV, p. 167, y, con AGUIRRE, en su *Febrero*, pp. 118 y 119), transcribía, traducidas, las explicaciones de los Tribunales CHABOT y LAHARY (que pueden verse literal y originalmente transcritas en FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. Discussions, motifs, rapports et discours*, reimpression de la obra de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 59 y 88, respectivamente): «Dícese en apoyo del artículo Francés: *La prórroga puede ser útil al mismo fiador, y por otra parte no le impide compeler al deudor principal á pagar ó á libertarle de la fianza* (discurso 93 –de CHABOT–): pero en este caso no podrá proceder contra el acreedor en los términos del citado número 5 del artículo 1757, puesto que obstaría al acreedor para proceder su mismo pacto ó prórroga.(...) *Esta disposición derogatoria del Derecho Romano parece á primera vista un tanto rigurosa contra el fiador, sobre todo si se reflexiona que el deudor puede venir durante la prórroga á estado de insolvencia, y que esta recaería sobre el fiador sin haberla consentido. Pero si se considera que en el mismo artículo se reserva sabiamente al fiador el derecho de perseguir en este caso al deudor para forzarle al pago, impidiendo por este medio que le sea funesta la prórroga será preciso confesar que no hay en el artículo nada que no sea conforme con la razón, la justicia y la moral* (discurso 96 –de LAHARY–)». Ya antes del *Code*, así lo había defendido POTHIER (en su *Tratado de Obligaciones, cit.*, p. 262, y en sus *Obras, II*, pp. 205 y 219), quien empezaba preguntándose: «*Quid*, si el acreedor hubiese simplemente concedido al deudor una prórroga de término por el pago, y que durante el tiempo de esta prórroga el deudor hubiese devenido insolvente, ¿la caución podría resistirse a pagar? VINNIO sostiene la negativa. Este caso es muy diferente del que antes hemos citado –¡el de la dación en pago!–. En el caso precedente, la dación dada en pago, habiendo hecho que hasta el tiempo de la evicción la deuda pareciera saldada, con tal arreglo ha quitado todo medio a la caución de proveer a la indemnización de su caución, aun en el caso en que hubiese apercibido que la fortuna del deudor que ha garantizado principiase a flojear; pues no puede pedir a ese deudor que le descargaba de su garantía, que pareciera saldado de la misma manera que la deuda principal, si

uno apercibía que su fortuna principiaba a descomponerse»; y, precisamente, terminaba concluyendo: «La caución no puede, pues, pretender que esta prórroga de término concedido al deudor le haga daño, pues por lo contrario le aprovecha», en tanto que la percibe Pothier como una gracia, un respiro si se quiere, que el acreedor concede al deudor y, por extensión, para tranquilidad del fiador también. Y la misma explicación darán, ya refiriéndose al art. 2039 CC francés, BAUDRY-LACANTINERIE (*cit.*); los belgas LAURENT (T. 28, pp. 281 y 282); DE PAGE (*cit.*); y, en Italia, BORSARI (*cit.*). Entre los nuestros, CARRASCO (*cit.*), critica la solución del art. 1851 CC español, aunque la considera apoyada en la necesidad de proteger el regreso del fiador, y propone como más acertada la de los otros Códigos, como el francés, pues considera que las prórrogas siempre las concederá el acreedor en beneficio del deudor, para que pueda pagar, y así, además, se evita la responsabilidad del fiador en caso de impago.

Y así lo creía, al principio, el propio GARCÍA GOYENA, con AGUIRRE, en su *Febrero* (IV, pp. 86 y 87), donde, tras decir que por su accesoriedad extinguida la deuda se extingue con ella la fianza, añadían: «Pero no queda libre el fiador con la prórroga que el acreedor conceda á su deudor, ya porque puede esta ser tan favorable al fiador como al deudor, y ya porque no impide al fiador mirar por su indemnización, y proceder contra el deudor principal si advierte que va á menos su caudal». Pero en sus *Concordancias*, G^a GOYENA rectifica, y tras referirse a la justificación del art. 2039 CC francés (antes reproducida y tomada de él mismo), se preguntaba y respondía (p. 167): «¿Y no puede venir el deudor á insolvencia despues de la prórroga, pero antes que esta llegue á noticia del fiador? Podrá oponerse que este anduvo negligente en no averiguar si el deudor pagó: ¿pero no podrá haber negligencia ó malicia en el acreedor y deudor para no darle noticia?(...) Nosotros teníamos ya resuelto este punto en el artículo 1134 por la palabra *plazos*, sinónima allí de *prórrogas*: vé lo expuesto en dicho artículo donde se dan los motivos y se hace referencia á este». Y allí, amén de lo antes reproducido (para desmentir que la razón de la extinción de la fianza sea la previa extinción por novación de la deuda afianzada), dirá G^a GOYENA (III, pp. 153 y 154), que en caso de prórroga «Pothier... citando á Vinio, sostiene que el fiador no queda libre y que le es útil la prórroga. Pero esta puede también perjudicar al fiador, si entretanto empeora el deudor de condición ó de fortuna. En mano del acreedor está hacer saber al fiador que se le pide el plazo, y que él piensa concederlo, subsistiendo la fianza: si descuidó este medio sencillo y natural, cúlpese á sí mismo: el artículo 1765 es una consecuencia de éste».

Recientemente, sin embargo, frente a tal riesgo presumido por el 1851 CC ante la prórroga incontestada por el fiador, GÓMEZ-BLANES (en CCJC, 2010, n^o 82, p. 439), condiciona la aplicación del art. 1851 CC a que la prórroga en efecto perjudique al fiador, citando en su apoyo a la STS de 12 julio 2002 (RJ 2002, 6046), cuando en tal sentencia nada se dice en tal sentido, y tal pretendida condición no casa ni con la letra ni con la razón, o el espíritu, de la norma en cuestión. Recuerda aquella observación de GÓMEZ-BLANES a lo que referido a otro precepto, el art. 1835 CC (de nuevo), es opinión de algunos: que la transacción hecha entre deudor y acreedor nunca afecta al fiador si le es perjudicial, atendidos la accesoriedad y el alcance restrictivo de la fianza (arts. 1826 y 1827.I CC), pero sí le afecta automáticamente cuando le es favorable; pudiendo decirse lo mismo a la inversa para cuando la transacción es hecha entre fiador y acreedor (cfr., art. 1839.II CC). Así lo creen, entre los nuestros, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (siguiendo a Enneccerus, pp. 819 y 820); FALCON (*Derecho Civil español, Común y Foral*, Barcelona, 1901, p. 368); GUILARTE ZAPATERO (p. 165); CARRASCO PERERA (p. 181 ss). A nuestro parecer, por el contrario, amén de que lo beneficioso o perjudicial sea subjetivamente apreciable, en principio la accesoriedad y el carácter restrictivo de la fianza habrían de impedir siempre el efecto reflejo de la transacción, sea o no provechoso, de modo que, como dicen MANRESA (XII, p. 272); claramente LACRUZ (p. 357), criticando a la anterior doctrina; y Díez-PICAZO (p. 455), más correcto es entender *ex art. 1835.II CC in fine* que la transacción afectará o no a quien no fue parte en ella según preste o no su consentimiento, que puede ser expreso o incluso tácito (vgr., oponiendo el fiador la transacción hecha por deudor y acreedor *ex art. 1853 CC*). Lo mismo puede decirse de la transacción hecha entre fiador y acreedor. Y lo mismo de la prórroga acordada entre acreedor y deudor según el art. 1851 CC, que, como dice por lo demás la propia norma, sólo afectará al fiador, sin que éste se libere, cuando la consienta, sea expresa o tácitamente –según se vio arriba–.

De no mediar tal aquiescencia, por aplicación del art. 1851 CC la fianza quedará extinguida. En esto también radica la peculiaridad de nuestra norma frente a la de otros Códigos. Porque si

estos otros Códigos lo que hacen es concretar un caso de cobertura, nuestro 1851 CC supone un excepcional reforzamiento imperativo del ya excepcional art. 1843 CC: ante el presumido riesgo de la insolvencia del deudor, por el hecho de la prórroga incontestada por el fiador, se impone la extinción de la fianza sin que, frente a lo dispuesto en el art. 1843 CC, ni siquiera tenga elección el fiador (de optar por la liberación o por la cobertura) y sin que tenga que intervenir al respecto el acreedor consintiendo tal extinción. Aunque fundada en una razón general (como pudiera ser, según se ha dicho, la equidad, o el *favor fideiussoris*), la excepcionalidad del art. 1851 CC también estriba, por tanto, en su consecuencia: la liberación del fiador como protección ante un presumido riesgo, el de insolvencia del deudor, que, en realidad por principio, es la causa-función de la fianza como garantía para el acreedor.

Nadie, pues, puede dudar del carácter excepcionalísimo de la norma, como norma que resulta incluso singular dentro del régimen de por sí privilegiado de la fianza, especialmente porque, como hace el art. 1852 CC, también el 1851 CC protege al fiador no sólo frente al deudor (como hace el art. 1843 CC), sino también frente al acreedor (por concederle sin su consentimiento la prórroga al deudor). No en vano, reiteradamente FINEZ RATÓN (cit.) estima el art. 1851 CC como sanción al acreedor. En cierta forma ya lo decía GARCÍA GOYENA (III, pp. 153 y 154), comentando el precedente del actual 1851: «En mano del acreedor está hacer saber al fiador que se le pide el plazo, y que él piensa concederlo, subsistiendo la fianza: si descuidó este medio sencillo y natural, cúlpese á sí mismo».

Por este camino también habría que concluir con el carácter excepcional del art. 1851 si, como sostienen algunos (citados ya), la conexión más directa del art. 1851 no es tanto con el 1843 y la acción de regreso, sino con el 1852 CC y la subrogación por pago; habría entonces de entender que el 1851 es ejemplificación o concreción —¿previa al caso general?— presumida o imperativa de la hipótesis del art. 1852 (sobre cuya excepcionalidad nos remitimos a nuestro comentario jurisprudencial hecho en el número anterior de esta misma Revista).

Por todos los caminos, en definitiva, se arriba a la excepcionalidad del art. 1851 CC, que para algunos como CARRASCO (pp. 63, 193,...), resulta injustificado en su *ratio*, y para otros, en cambio, como RUBIO GARRIDO (*Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Granada, 2002, p. 340), es una especialidad «asentada notoriamente en su finalidad de garantía». Aceptando esta última idea, habría en nuestra opinión que matizarla: que el art. 1851 CC, como otras tantas normas sobre fianza, proteja al fiador (el 1851, tal vez, más agudamente que esas otras normas), no obedezca sin más a la función de garantía que la fianza cumple, ni tampoco (como otros creen), al carácter accesorio de tal garantía. De admitirse tal fundamento, ello llevaría lógica pero erróneamente, contra lo dispuesto en el art. 4.2 CC, a aplicar por analogía el art. 1851 CC, y otras normas protectoras del fiador, o a interpretarlas de forma extensiva, como en cambio así opina, por ejemplo, buena parte de los partidarios de estimar al hipotecante por deuda ajena como un «fiador real» (según indicamos ya también en nuestro trabajo publicado en el anterior número de esta misma revista antes mencionado).

Que en sede de fianza rija el *favor fideiussoris* se explica no tanto por la accesoriedad de la fianza, ni por su función de garantía, al menos aisladamente consideradas, sino más bien por la naturaleza jurídica de lo accesorio, de la garantía, por ser la fianza una garantía personal: aunque la garantía real (como la hipoteca, sobre todo) sea más eficaz para el acreedor, la garantía personal es más comprometedora, supone mayor «sacrificio» para el garante, en nuestro caso para el fiador, que la garantía real, pues éste no se limita a vincular un bien en garantía del pago de una deuda ajena, sino que él mismo se convierte en deudor, aunque accesorio, y responde, como cualquier deudor, con todo su patrimonio. De ahí que, al ser deudor y responsable, el llamado *favor fideiussoris* no sea más que un trasunto para la fianza del más general *favor debitoris*. A ello probablemente se sume, como su fundamento, el viejo dicho popular aún hoy empleado de «*fía y pagarás*» (D. 3, 3, 42.2. *Vulgo fertur, qui fideiubet, solvit*, decía CULACIUS, en su *Opera*, V, Nápoles, 1758).

Por eso, el tercero hipotecante, que se «sacrifica» menos que el fiador, no merece ese trato de favor. Resultaría incluso *contra naturam* aplicar aquellas normas de la fianza al hipotecante que, no en vano, no debe, ni responde *stricto sensu*, y que, en cualquier momento, puede convertirse en auténtico tercero transmitiendo el bien hipotecado. Además, aquel trato de favor iría contra la intrínseca utilidad práctica de la hipoteca, no tanto para el hipotecante, sino para el acreedor. Nadie puede dudar de la necesidad de mantener vigorosa la hipoteca en aras del crédito territorial

y del tráfico jurídico inmobiliario en general, todo lo cual hace absurdo pensar en un pretendido *favor pigneratoris* correlativo en materia de hipoteca al *favor fideiussoris*. Más aún. En esa dimensión práctica, aplicar aquellas normas excepcionales protectoras del fiador al tercero hipotecante se contradiría con la tendencia opuesta que en los últimos tiempos rige para la fianza. Como destaca el propio CARRASCO PERERA (y otros, pp. 196 y 197), hoy es muy común, por un lado, que la propia jurisprudencia haya restringido muchas veces a favor del acreedor la aplicación de aquellas normas (como justamente sucede con la del art. 1851 CC), y, por otro, la existencia de garantías personales atípicas, que han surgido en la práctica, entre otras razones, para precisamente «huir» –dice CARRASCO– de tales normas y mejorar así la condición del acreedor. ¿Cómo entonces concordaría esa huida convencional en materia de fianza con el intento por parte de la doctrina de llevar al hipotecante no deudor aquellas normas del fiador, cuando la hipoteca, eminentemente *pro* acreedor, no necesita de suyo huir a ninguna parte? De ahí que, en particular, el art. 1851 CC resulte inaplicable al hipotecante no deudor, máxime cuando éste no es un garante a las expensas de la solvencia o insolvencia del deudor. ¡Por principio de garantía es al acreedor a quien se debe proteger de tal riesgo! Y si lo que trata de evitar el 1851 CC es el perjuicio de un tercero ajeno al pacto que le es dañino, ahí está en general, aunque con solución distinta, el art. 6.2 CC, porque el acreedor estaría renunciando a su derecho de exigir el pago en perjuicio del garante. Mientras que el art. 1851 CC prevé la liberación del fiador al extinguir la fianza, el art. 6.2 CC en general, y otras normas (como los arts. 1001, 1111, 1937 CC,...), sobre casos en particular de renunciaciones fraudulentas a derecho, no prevén la liberación o exoneración del tercero perjudicado por la renuncia de un derecho ajeno, sino precisamente el posible ejercicio de dicho derecho por aquel tercero dañado o defraudado por el titular renunciante. Precisamente, la solución que el art. 2039 francés prevé para el caso de prórroga incontestada por el fiador, permitiendo que éste inste al pago al deudor.

Por eso, sorprende muchísimo que CARRASCO PERERA (y otros, cit.), tras criticar y afirmar el carácter singularísimo del art. 1851 CC, luego (p. 482) diga que tal norma es aplicable al hipotecante no deudor: «La prórroga concedida al deudor extingue la hipoteca, y ello no porque la prórroga extinga la obligación garantizada –en este caso no cabe venir al art. 1567 CC, pues la tácita reconducción es extintiva–, sino porque, como ocurre en la fianza, tampoco el regreso del hipotecante puede ser perjudicado (incremento del riesgo de insolvencia del deudor) sin su consentimiento».

En nuestra jurisprudencia, en cambio, han negado tal aplicación por analogía del 1851 CC, las SSTs de 28 mayo 1991 (RJ 1991, 3941) y de 3 noviembre 2004 (RJ 2004, 6869), si bien ésta se refiere al tercer poseedor del bien hipotecado y se limita a negarle la aplicación porque no hay analogía entre él y el fiador: «no cabe la aplicación analógica –analogía legis– que se pretende, porque no hay semejanza de supuestos, ni identidad de razón, como exige el ap. 1 del art. 4 CC, tratándose de dos garantías del crédito, una personal y otra real, de distinta naturaleza y efectos». Esto es razón bastante para negar la aplicación de cualquier norma de la fianza a la hipoteca. Ya lo dijimos al principio de aquel trabajo (del número anterior de esta Revista, al que nos remitimos de nuevo para ya concluir): que la naturaleza jurídica de las cosas importan, y que, por ello, la diferente naturaleza existente entre la fianza y la hipoteca, garantía personal aquélla y garantía real ésta, impide trasladar el régimen de la una a la otra, como tampoco cabe trasladar el régimen de los derechos reales a los personales, ni a la inversa.