

DE NUEVO, SOBRE EL FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 1851 CC: UN ELOGIO, NO EXENTO DE CRÍTICA, A NUESTRA RECIENTE JURISPRUDENCIA

Comentario a la Sentencia del TS
de 17 marzo 2015 (RJ 2015, 97830)

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Revista de Derecho Patrimonial 37
Mayo – Agosto 2015
Págs. 309 – 347

RESUMEN: Superando anteriores doctrinas del propio Tribunal Supremo, la más reciente jurisprudencia viene, acertadamente, a fundamentar la regla del art. 1851 CC en el principio de protección del fiador, en particular, de su posible vía de regreso, ante la posible insolvencia sobrevenida del deudor, tras la prórroga concedida por el acreedor. Pero condiciona la aplicación de aquella norma a que la concesión de prórroga suponga, en efecto, tal peligro de insolvencia y, por tanto, no beneficie al fiador; haciéndolo, en mi opinión, en contra del sentido histórico de la norma, de su literalidad (que solo permite destruir la presunción de riesgo cuando la prórroga sea consentida por el fiador), que, precisamente, justifica su razón de ser (que es la protección del fiador, no la del acreedor).

PALABRAS CLAVE: fianza, extinción, novación, prórroga.

ABSTRACT: Surpassing previous doctrines of the Supreme Court, the most recent jurisprudence has rightly to support the rule of art. 1851 CC on the principle of protection of the guarantor, in particular possible way back, before the possible unexpected insolvency of the debtor, after the extension granted by the creditor. But conditions the application of that rule to grant extension suppose, indeed, that danger of insolvency; so, in my opinion, contrary to the historical meaning of the rule, its literal (which only allows rebut the presumption of risk when the extension is agreed to by the guarantor), that precisely justifies its reason (the protection of the guarantor, not the creditor).

KEYWORDS: bail, extinction, novation, extensión.

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Resumen: El fiador de un contrato de “renting”, que como consecuencia de su incumplimiento es resuelto por el arrendador, no queda liberado frente a éste, aunque los efectos restitutorios e indemnizaciones derivadas del incumplimiento se hubieran pactado por arrendador y arrendatario, y se hubieran pactado unos plazos de pago dentro del inicial plazo de vigencia del contrato. La rehabilitación de un contrato de renting, previamente resuelto por el arrendador como consecuencia del incumplimiento del arrendatario, no libera al fiador en virtud del art. 1851 CC. En puridad, la novación que conlleva la resolución y posterior rehabilitación del contrato, no perjudica al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso, sino que, al contrario, manteniendo los mismos términos de la obligación afianzada por él, supuso una reducción de la deuda garantizada.

Disposiciones estudiadas: CC, art. 1851

Sentencias citadas: Sentencias del TS de 3 marzo 2014 (RJ 2014, 1425).

ANTECEDENTES DE HECHO

Celebrados varios contratos de «renting», recayentes sobre unos vehículos de motor, y siendo todos ellos garantizados por dos fiadores solidarios, ante el impago continuado del arrendatario, el arrendador de aquellos vehículos procedió a resolver extrajudicialmente los contratos por incumplimiento. Luego, sin embargo, reconocida la deuda impagada por el arrendatario, en acuerdo con el arrendador negocian su modo de pago en nuevos plazos y acuerdan mantener la vigencia de uno de aquellos contratos de «renting», de forma que, una vez realizado el pago retrasado, dicho contrato continuaría desplegando sus efectos hasta la terminación inicialmente pactada. Una vez, sin embargo, impagada luego la deuda aplazada, el arrendador interpone demanda: por un lado, reclamando la suma que restaba por pagar de los contratos ya resueltos, y, por otro, en cuanto al contrato que había sido rehabilitado, que el arrendatario había también dejado de pagar la renta, instando la resolución de dicho contrato y reclamando las cantidades por él adeudadas. Así mismo, en aquella demanda se dirigía reclamación de pago contra los fiadores solidarios por las deudas pendientes de los contratos anteriormente resueltos.

El JPI estima la demanda en cuanto al pago reclamado al arrendatario, pero absolviendo de pago a los fiadores solidarios por entender que la concesión de un nuevo plazo a la arrendataria, deudora principal, les liberó de la obligación nacida de la fianza, como consecuencia del art. 1851 CC. El arrendador como parte actora recurre en apelación, y la AP estima, en parte, condenando al pago a los fiadores respecto del contrato de «renting» no resuelto desde un principio, y de aquellos otros en que el aplazamiento del pago se había producido dentro de la fecha de vencimiento total del contrato, quedando libres de pago del resto de contratos en que el aplazamiento había ido más allá de aquella fecha final de vencimiento.

Contra dicha sentencia los fiadores solidarios interponen recurso de casa-ción. Y el TS declara no haber lugar al mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SÉPTIMO.—Desestimación del motivo. En la Sentencia 77/2014, de 3 de marzo, hicimos referencia al régimen legal de los efectos de la novación del contenido de la obligación garantizada, respecto de la fianza: «La modificación de los términos de la obligación principal, en principio, no extingue la fianza, sin perjuicio de que al fiador sólo le sea exigible el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos. Sin embargo, si la modificación afecta al plazo de cumplimiento y resulta de aplicación el art. 1851 CC, la fianza sí que se extingue como consecuencia de la prórroga».

Pero en esta misma sentencia atemperamos la interpretación literal del art. 1851 CC: «en atención a la *ratio* del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, “el art. 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador”».

En el caso del contrato NUM006, la resolución del contrato como consecuencia del primer incumplimiento, determinaba la responsabilidad del fiador de su cumplimiento. Si con posterioridad se accede por la arrendadora a rehabilitar el contrato, previo pago de las cuotas o rentas vencidas y adeudadas, debe entenderse que el fiador seguía respondiendo del cumplimiento del contrato, pues, en puridad, la novación que conlleva la resolución y posterior rehabilitación del contrato, no perjudica al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso, sino que, al contrario, manteniendo los mismos términos de la obligación afianzada por él, supuso una reducción de la deuda garantizada.

Y por lo que respecta al contrato NUM003, su incumplimiento dio lugar a la responsabilidad del fiador y la concesión de unos plazos fraccionados para el pago de las obligaciones derivadas de aquel incumplimiento, dentro del inicial plazo de vigencia del contrato, lo que tampoco perjudica al fiador en el sentido antes apuntado, al que responde la protección conferida por el art. 1851 CC.

NOTA DEL AUTOR:

Ya hace un tiempo, en esta misma Revista (en su nº 25, 2010, pp. 223-236), bajo el título «Extinción de la fianza por prórroga concedida al deudor sin consentimiento del fiador, o del enigmático art. 1851 CC (Comentario a la sentencia del TS de 1 julio 2009)», ya me ocupé del tema que hoy me trae de nuevo a él. La razón ha sido el giro, no tan inesperado, que en dicha cuestión ha dado nuestro Tribunal Supremo en una sentencia (la que aquí se va a

comentar), que, al repetir lo dicho no hace mucho en otras dos anteriores sobre el fundamento del art. 1851 CC, ha venido a consolidar una jurisprudencia, que, en mi opinión, si bien es certera, tal vez podría matizarse.

COMENTARIO

SUMARIO: I. ELOGIO, NO EXENTO DE CRÍTICA, A LA NUEVA JURISPRUDENCIA EN SU EXPLICACIÓN DEL ART. 1851 CC, FRENTE A OTRAS POSIBLES, DEFENDIDAS POR LA ANTERIOR JURISPRUDENCIA. 1. Una «leve» observación crítica al caso particular resuelto en la STS de 17 marzo 2015 (RJ 2015, 97830). 2. Del enigmático art. 1851 CC y la superación de sus anteriores explicaciones defendidas en la jurisprudencia. Una primera matización crítica a la STS 17 marzo 2015 (RJ 2015, 97830), acerca del concepto de «prórroga» contenida en el art. 1851 CC: ¿del término *solutionis u obligationis*? II. EL VERDADERO FUNDAMENTO, DE POLÍTICA LEGISLATIVA, DEL ART. 1851 CC: EL FAVOR FIDEIUSSORIS. ELOGIO, Y CRÍTICA, A NUESTRA RECIENTE JURISPRUDENCIA.

I. ELOGIO, NO EXENTO DE CRÍTICA, A LA NUEVA JURISPRUDENCIA EN SU EXPLICACIÓN DEL ART. 1851 CC, FRENTE A OTRAS POSIBLES, DEFENDIDAS POR LA ANTERIOR JURISPRUDENCIA

1. UNA «LEVE» OBSERVACIÓN CRÍTICA AL CASO PARTICULAR RESUELTO EN LA STS DE 17 MARZO 2015 (RJ 2015, 97830)

Recordemos, ante todo, el caso particular que dicha STS vino a resolver:

Celebrados varios contratos de «rentig», recayentes sobre unos vehículos de motor, y siendo todos ellos garantizados por dos fiadores solidarios, ante el impago continuado del arrendatario, el arrendador de aquellos vehículos procedió a resolver extrajudicialmente los contratos por incumplimiento. Luego, sin embargo, reconocida la deuda impagada por el arrendatario, en acuerdo con el arrendador negocian su modo de pago en nuevos plazos y acuerdan mantener la vigencia de uno de aquellos contratos de «renting», de forma que, una vez realizado el pago retrasado, dicho contrato continuaría desplegando sus efectos hasta la terminación inicialmente pactada. Una vez, sin embargo, impagada luego la deuda aplazada, el arrendador interpone demanda: por un lado, reclamando la suma que restaba por pagar de los contratos ya resueltos, y, por otro, en cuanto al contrato que había sido rehabilitado, que el arrendatario había también dejado de pagar la renta, instando la resolución de dicho contrato y reclamando las cantidades por él adeudadas. Así mismo, en aquella demanda se dirigía reclamación de pago contra los fiadores solidarios por las deudas pendientes de los contratos anteriormente resueltos.

El JPI estima la demanda en cuanto al pago reclamado al arrendatario, pero absolviendo de pago a los fiadores solidarios por entender que la concesión de un nuevo plazo a la arrendataria, deudora principal, les liberó de la obligación nacida de la fianza, como consecuencia del art. 1851 CC. El arrendador como parte actora recurre en apelación, y la AP estima, en parte, condenando al pago a los fiadores respecto del contrato de «renting» no resuelto desde un principio, y de aquellos otros en que el aplazamiento del pago se había producido dentro de la fecha de vencimiento total del contrato, quedando libres de pago del resto de contratos en que el aplazamiento había ido más allá de aquella fecha final de vencimiento.

Contra dicha sentencia los fiadores solidarios interponen recurso de casación. Y el TS declara no haber lugar al mismo, fundado en el siguiente razonamiento: «En la Sentencia 77/2014, de 3 de marzo, hicimos referencia al régimen legal de los efectos de la novación del contenido de la obligación garantizada, respecto de la fianza: “La modificación de los términos de la obligación principal, en principio, no extingue la fianza, sin perjuicio de que al fiador sólo le sea exigible el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos. Sin embargo, si la modificación afecta al plazo de cumplimiento y resulta de aplicación el art. 1851 CC, la fianza sí que se extingue como consecuencia de la prórroga”. (...) Pero en esta misma sentencia atemperamos la interpretación literal del art. 1851 CC: “en atención a la *ratio* del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, “el art. 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador””. (...) En el caso del contrato NUM006, la resolución del contrato como consecuencia del primer incumplimiento, determinaba la responsabilidad del fiador de su cumplimiento. Si con posterioridad se accede por la arrendadora a rehabilitar el contrato, previo pago de las cuotas o rentas vencidas y adeudadas, debe entenderse que el fiador seguía respondiendo del cumplimiento del contrato, pues, en puridad, la novación que conlleva la resolución y posterior rehabilitación del contrato, no perjudica al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso, sino que, al contrario, manteniendo los mismos términos de la obligación afianzada por él, supuso una reducción de la deuda garantizada. (...) Y por lo que respecta al contrato NUM003, su incumplimiento dio lugar a la responsabilidad del fiador y la concesión de unos plazos fraccionados para el pago de las obligaciones derivadas de aquel incumplimiento, dentro del inicial plazo de vigencia del contrato, lo que tampoco perjudica al fiador en el sentido antes apuntado, al que responde la protección conferida por el art. 1851 CC».

Salvo lo resuelto en este último apartado de su razonamiento, se nos hace muy difícil, a la vista del caso expuesto por el propio TS, admitir la solución que en su sentencia da. A simple vista cabría pensar en la extinción de la fianza solidaria por muy diversas razones, y siempre atendiendo a un presupuesto del caso, que nos parece esencial: el hecho de que tras el impago por el arrendatario, el arrendador resolviera extrajudicialmente aquellos contratos de «renting». Si los resolvió es porque habían sido incumplido, y si así era es porque las respectivas deudas ya habían vencido y eran exigibles. A partir de ahí, ¿cómo entender que su «rehabilitación» es mera modificación del contrato, que ya se había resuelto, que no afecta a su vigencia (la del contrato), cuando los plazos de la deuda habían vencido y no se habían pagado? Todo ello suena a extinción de la fianza por extinción de la obligación garantizada (ex art. 1847 CC).

Pero incluso admitido que aquella «rehabilitación» hubiera solo supuesto una simple novación modificativa de la deuda principal, ello ha sido el resultado de un acuerdo entre el acreedor y el deudor que no ha sido consentido por el fiador (ex art. 1835 CC). Otra cosa, es que tal acuerdo le beneficie o no (consideración ésta que la STS que comentamos tiene en cuenta para interpretar el art. 1851 CC, y que, en mi opinión, requiere de matización).

Sin embargo, al afectar lo «rehabilitado» al plazo del pago, el TS lleva su argumentación, no a aquellos preceptos, sino al art. 1851 CC, que también permitiría la extinción de la fianza por prórroga de la deuda acordada entre acreedor y deudor, pero no consentida por el fiador. Es a ese terreno donde llega el TS para dar una razón del art. 1851 CC (la reproducida arriba en su fundamentación jurídica), que, aunque *grosso modo* acertada, requiere de alguna matización:

Sin entrar, de momento, en él con alcance general, me basta de momento con llamar la atención del caso en particular resuelto en dicha STS de 17 marzo 2015 (RJ 2015, 97830): recordando ésta a la STS de 3 marzo 2014 (RJ 2014, 1425), que es, por cierto, del mismo Ponente (y bien podría haber citado también la STS de 16 julio 2014 [RJ 2014, 4640], que también reproduce a la anterior), dirá la de 2015 que también en este caso, como hicieron aquellas otras sentencias en el suyo, cabe «atemperar», dice, la interpretación literal del art. 1851 CC (cosa, por cierto, que aquella no haría realmente para aplicarla a aquel caso: *vid.*, CARRASCO PERERA: «Efectos de las prórrogas y nulidades contractuales en el aval a primer requerimiento según jurisprudencia reciente del TS», en Análisis G&P, 2014 –tomado de internet–). Pero, ¿atemperarla a favor de quién? En aquellos casos de las dos sentencias de 2014 el TS lo hacía, efectivamente, a favor del acreedor, pero no debe olvidarse que se trataba en ambos casos de una fianza a primer requerimiento, donde por expreso acuerdo de las partes afectadas el principio del *favor debitoris* queda, en efecto, atemperado, en favor del acreedor, que obtiene así una mayor garantía. En este caso, sin embargo, no se trataba de tal tipo de fianza, sino de una fianza solidaria. De modo, que la aplicación de aquella doctrina, comprensible en aquel tipo de fianza, ha sido extrapolada a ésta, donde, en principio, debiera seguir rigiendo

aquella máxima protectora del fiador, y que solo cuando éste lo consintiera, podría verse dicha consigna atemperada, o incluso eliminada en algún caso (como, en efecto, es muy habitual en la práctica pactar la renuncia al art. 1851 CC; como incluso a veces lo presume la propia ley: por ejemplo, excluyendo los beneficios de excusión y de división en caso de fianza solidaria, como era la del caso –*cf.*, arts. 1831.2º y 1837.II CC–). ¿Acaso también presume la ley que la prórroga no provoca la extinción de la fianza, cuando aquella no perjudica al fiador? Así lo ha venido a entender la más reciente jurisprudencia, en mi opinión con cierta incorrección. Veámoslo.

2. DEL ENIGMÁTICO ART. 1851 CC Y LA SUPERACIÓN DE SUS ANTERIORES EXPLICACIONES DEFENDIDAS EN LA JURISPRUDENCIA. UNA PRIMERA MATIZACIÓN CRÍTICA A LA STS 17 MARZO 2015 (RJ 2015, 97830), ACERCA DEL CONCEPTO DE «PRÓRROGA» CONTENIDA EN EL ART. 1851 CC: ¿DEL TÉRMINO SOLUTIONIS U OBLIGATIONIS?

Acercas del Derecho romano, FINEZ RATON («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 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 5ª (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 deuisse 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 LOPEZ (Barcelona, 1844), quienes son: SANTPONS Y BARBA, MARTI DE EIXALA y FERRER SUBIRANA, mostraban, al respecto, sus dudas, al contrastar la letra de aquella 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 consinti-

miento del fiador. Era, en particular, la Ley 10, tít. 18, libro 3º del Fuero Real la que decía: «*Si alguno fiare à otro por alguna cosa pagar, ò facer à plazo, é si ante del plazo, sin otorgamiento del fiador, alongáre aquel plazo, el fiador no sea tenuto de la fiadura: è 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 GOMEZ (en sus *Variarum resoltionum*, Lib. 2º, cap. 13, núm. 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, GARCIA 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. La duda, pues, es evidente: ¿Por qué aquel cambio de opinión en GARCIA GOYENA? Por su valor interpretativo histórico de nuestro Código Civil (*cf.*, el art. 3.1 CC y la Base 1ª Ley de Bases 11 mayo 1888), la búsqueda de respuesta a tal pregunta –veremos– resultará clave en el correcto entendimiento del art. 1851 CC, y en el elogio –matizado– que en este punto merece la más reciente jurisprudencia.

De entre todas las leyes y opiniones expuestas, será la solución del Fuero Real la que se mantenga 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*, 4ª 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 MARIN LOPEZ–: *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? Esta última, sin duda, es la que más importa, pero no cabe llegar a ella sin responder antes a las primeras.

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. A su estudio ya dediqué el anterior trabajo (arriba mencionado), publicado en esta misma Revista. Toca ahora, pues, solo centrarse en la explicación que recientemente ha dado nuestra jurisprudencia, con la STS de 17 marzo 2015 (RJ 2015, 97830), que aquí comentamos, como su última manifestación; que consideramos como la más acertada, pero, tal vez, requerida de alguna matización. Pero antes de hacerlo, comencemos por el principio:

Antes de ella, buena parte de la jurisprudencia fundaba el art. 1851 CC en el carácter accesorio y restrictivo de la fianza y en la eficacia relativa de los contratos. La más citada en tal explicación ha sido la STS de 31 enero 1980 (RJ 1980, 174), en cuyo 2º 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. núm. 485), advirtiendo la no intervención del fiador en la concesión de la prórroga al deudor, había dicho en su Considerando 2º 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. núm. 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».

Curiosamente, en parte tal explicación es defendida también en Francia, aunque recuérdese que allí, *ex art.* 2039 *Code*, la consecuencia de la prórroga incontestada 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.

Pero, como advierte FINEZ RATON (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 GARCIA 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 GARCIA GOYENA: «*Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere*», advirtiendo que «esto es común á todos los contratos: artículo 977», precedente del actual art. 1257 CC.

Otra explicación, alternativa a la anterior, habida en nuestra jurisprudencia para justificar el art. 1851 CC, ha sido la de estimar que la obligación afianzada sí se ha extinguido, extinguiéndose con ella la fianza por ser su accesorio, y que ha sido aquella 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): ya en la STS de 22 noviembre 1916 (Col. Leg. núm. 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 RATON (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 GARCIA 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.

Pero tampoco esta explicación resulta, en realidad, satisfactoria. 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 accesoriedad, 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 RATON (p. 82 ss); ALONSO SANCHEZ (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. núm. 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. núm. 1), negará en el caso la aplicación del art. 1851 CC, porque prórroga no equivale necesariamente a novación, como dice en sus Considerandos 3º y 4º: «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. núm. 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 2º, «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 2º 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 2º 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– no se apoya en una novación para declarar extinguida la obligación del fiador, sino en una prórroga inconsentida 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 7º, «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 ene-

ro 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 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 GARCIA 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 opinion casi uniforme de los Jurisconsultos mas 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. Una matización, por cierto, que no parece haberse tenido en cuenta en la STS 17 marzo 2015 (RJ 2015, 97830), que aquí comentamos (ni tampoco,

según creo, en aquellas dos SSTs de 2014), cuando: por un lado, desatiende el hecho de que la mayoría de los contratos afianzados había sido ya resueltos extrajudicialmente por el acreedor, y, por otro, que la «rehabilitación» posterior de todos ellos prorrogaban los plazos o términos de pago, aunque dentro del término final de los contratos.

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, DIEZ-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 relativa, o subjetiva, mutable en su perspectiva histórica y diferente en su regulación dentro del Derecho comparado. Veámoslo con más detalle, lo que constituye el centro de atención del presente comentario.

II. EL VERDADERO FUNDAMENTO, DE POLÍTICA LEGISLATIVA, DEL ART. 1851 CC: EL FAVOR FIDEIUSSORIS. ELOGIO, Y CRÍTICA, A NUESTRA RECIENTE JURISPRUDENCIA

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 GARCIA 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 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; una presunción, que solo se puede destruir si el fiador consiente tal prórroga. Nos lo explicaba G^a GOYENA del modo en que sigue:

Demostrando la solución del CC francés, anterior al nuestro, el mismo GARCIA 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*, reimpresión 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 a pagar ó a 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 principiara 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 GARCIA GOYENA, con AGUIRRE, en su *Febrero* (IV, pp. 86 y 87), donde, tras decir que por su accesoriadad 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 condicion 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, GOMEZ-BLANES (en CCJC, 2010, núm. 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. Pero sí han venido a decirlo, recientemente, la STS 3 marzo 2014 (RJ 2014, 1425), y, reproduciéndolas, las SSTS de 16 julio 2014 (RJ 2014, 4640), y 17 marzo 2015 (RJ 2015, 97830): «Pero en esta misma sentencia atemperamos la interpretación literal del art. 1851 CC: “en atención a la *ratio* del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, “el art. 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador”».

Recuerda esa matización 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 accesoriadad 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 (*cf.*, art. 1839.II CC). Así lo creen, entre los nuestros, PEREZ GONZALEZ 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 accesoriadad 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 DIEZ-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.

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 con-

sintiendo 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 RATON (cit.) estima el art. 1851 CC como sanción al acreedor. En cierta forma ya lo decía GARCIA GOYENA (III, pp. 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, culpese 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 otro 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 obedece sin más a la función de garantía que la fianza cumple, ni tampoco (como otros creen), al carácter accesorio de tal garantía. 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, por ejemplo, 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 CUIACIUS, en su *Opera*, V, Nápoles, 1758).

¿Cómo admitir, por tanto, corregir el sentido histórico y lógico del art. 1851 CC? El TS, en sus últimas sentencias que aquí comentamos, lo ha hecho, atemperando –dice– la aplicación de dicho precepto, su interpretación literal –se dice, acaso como si no importará su historia y, sobre todo, su lógica (ex art. 3.1 CC *in fine*)–; pero lo ha hecho a favor del propio acreedor, y en posible riesgo para el fiador. No negamos que a veces sea adecuada la corrección del sentido de una norma para favorecer al acreedor (piénsese, por ejemplo, en la progresiva objetivación de la responsabilidad por daños del art. 1902 CC, en que la jurisprudencia, prácticamente, ha venido a prescindir de la exigencia de culpa, exigida literalmente en aquella norma), pero siempre que se respete, y potencie o refuerce con aquella corrección, el sentido lógico de la norma (como, en efecto, sucede con el art. 1902 CC, donde al prescindirse de la exigencia de culpa se asegura la indemnización para el acreedor, que es la víctima del daño). Pero, ¿sucede tal cosa en la interpretación correctora que la jurisprudencia ha hecho del art. 1851 CC? Si la razón de tal norma es presumir el riesgo que la prórroga puede suponer para el fiador, y que solo cabe destruir cuando éste la consienta, ¿acaso no ha venido la más reciente jurisprudencia a romper tal presunción, por encima, no solo de la voluntad de la ley, sino también por la del propio fiador?

Somos conscientes, sin embargo, de que esta crítica mía es vana, que no va a hacer cambiar la jurisprudencia en este punto. Pues, como ya destacaran CARRASCO PERERA (y otros, pp. 196 y 197), ya desde hace tiempo que la propia jurisprudencia viene corrigiendo a favor del acreedor la aplicación de muchas de las normas (vgr., arts. 1843, 1851,...), que conforman el régimen de la fianza. Considérese, pues, este comentario elogioso, pero también crítico, mío, que ahora concluye, como una simple embestida contra molinos de viento.