

Fianza solidaria y novación

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar una cuestión no suficientemente estudiada por la doctrina española como es la de la posible extinción sobrevenida de la fianza solidaria previamente otorgada cuando se produce una novación de la deuda principal, tanto si fue por una novación extintiva como por una modificativa, o bien por un cambio de la persona del deudor principal o del acreedor, así como por una novación de las previstas legalmente.

PALABRAS CLAVE

Fianza; Novación; Solidaridad; Aval.

Joint surety and novation

ABSTRACT

The present work aims to analyze an issue not sufficiently studied by Spanish doctrine, such as the possible sudden extinction of the previously joint surety when a novation of the principal debt occurs, whether it was due to an extinctive or modifying novation, or due to a change in the person of the main debtor or creditor, as well as due to a novation of those provided by law.

KEYWORDS

Surety; Novation; Solidarity; Guarantee.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Normativa vigente y principios básicos aplicables a la fianza solidaria según la doctrina, y su relevancia para*

los casos de novación. La norma del art. 1851 CC sobre extinción de la fianza por prórroga de la deuda principal, como referente de novación en la fianza.—3. *La doctrina y la jurisprudencia sobre la fianza solidaria y su régimen jurídico.*—4. *Planteamiento del tema y posibles fundamentos sobre la pervivencia o extinción del aval como consecuencia de una novación de la obligación principal. El recurso a las normas generales de la fianza. El recurso a la normativa específica de remisión a las reglas de la solidaridad:* 4.1. *El recurso a las normas generales de la fianza para resolver la duda sobre el efecto extintivo o no de la novación.* 4.2. *El recurso a las reglas generales de la solidaridad (arts. 1138 ss. CC) para resolver la duda sobre el efecto extintivo o no de la novación.*—5. *Análisis de casos posibles:* 5.1. *Novación extintiva y modificativa.* 5.2. *Novación subjetiva por cambio de deudor.* 5.3. *Novación objetiva.* 5.4. *Novación por cambio de acreedor.* 5.5. *Algunos casos de novación legal (sin consentimiento del acreedor).*—6. *Conclusiones.*—*Bibliografía*

1. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista metodológico, siempre hemos defendido que la mejor forma de contrastar la certeza de unos determinados planteamientos dogmáticos es pasándolos por el filtro de uno o varios casos de la vida real. Es más, es conveniente hacerlo intentando ocupar la posición de una de las partes, atender a los argumentos esgrimidos por la parte contraria y contrastarlo finalmente con la resolución judicial dictada.

Es por ello que este trabajo va a partir de un supuesto real en el que hemos intervenido aconsejando a una de las partes afectadas, cuyos hechos pasamos a resumir sin, lógicamente, identificar a las personas que se han visto involucrados en ellos, que denominaremos de forma abstracta:

CASO: A y B son pareja de hecho y en mayo del año 2020 conciertan con C (propietaria arrendadora) un contrato de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU durante un año prorrogable por cuatro más; el contrato es suscrito también por D, el padre de A, en concepto de avalista (fiador solidario). Pasado el primer año, esto es, en junio de 2021, la pareja, que tiene ya un hijo de varios meses, rompe abruptamente. El varón A comunica mediante dos burofaxes de julio y agosto de 2021 a la arrendadora C y a la coarrendataria B su intención de dar por resuelto el contrato por lo que respecta a él mismo, así como la extinción subsiguiente del aval otorgado por su padre D. De hecho, este último también se dirige mediante burofax a la arrendadora para manifestar la extinción del aval. Tanto la

arrendadora C como la coarrendataria B se oponen abiertamente a esa extinción del arrendamiento de la persona de A y del aval respecto del avalista D. Ello obliga tanto a A como a su padre D a iniciar un procedimiento ordinario contra B y contra C con la finalidad de que el juzgado declare tanto la resolución y extinción del arrendamiento respecto del coarrendatario A como la subsiguiente extinción del aval contraído por D¹.

Como puede deducirse, la disputa que se planteó, tras el allanamiento de la demandada al dar por resuelto el contrato respecto del coarrendatario A, se centró en si la continuación durante dos años más del arrendamiento con la otra coarrendataria B afectaba o no al aval o fianza solidaria, en el sentido de si los hechos acontecidos (allanamiento de la parte arrendadora en cuanto a dar por extinguido el arrendamiento respecto de A, con interposición posterior de demanda de desahucio respecto de B solamente) permiten concluir que el aval otorgado por el padre de A ha quedado igualmente extinguido o bien —como en el caso sostuvo la arrendadora— dicho aval persiste en su vigencia respecto del otro arrendatario (B), garantizando el pago de todas las rentas que se han podido devengar por parte de este en esos dos años transcurridos y en años sucesivos. La solución que finalmente se dio por el juzgado de primera instancia fue estimar de forma íntegra la demanda del avalista, y declarar extinguido el aval o fianza solidaria como consecuencia de la novación (con condena en costas a las dos codemandadas), aplicando al efecto el mandato del artículo 1143 CC, en su conexión con el artículo 1822.II CC, sin restricciones.

Lo que en suma nos planteamos es si, al tratarse de una fianza solidaria, acontecimientos como el cambio en los sujetos de una relación arrendaticia, ya sea consentidos de forma expresa o tácita

¹ Como hechos adicionales, señalaremos los siguientes: la coarrendataria B decide seguir ocupando la vivienda, y continúa en ella durante dos años más, sin pagar ni un solo euro de renta, hasta que la arrendadora C inicia un segundo juicio, un juicio verbal para dar por extinguido el arrendamiento y procederse al desahucio. En ese juicio de desahucio la arrendadora propietaria solo demanda a la arrendataria B, y no incluye a A. En la contestación a la demanda del primero de los juicios (el juicio ordinario ya iniciado por A y D), la arrendadora C, sin interponer demanda reconventional y contestando solo a la demanda, manifiesta finalmente que sí da por resuelto y extinguido el arrendamiento respecto de A, con fecha agosto del año 2021, por lo que se allana a la demanda en este punto, pero mantiene que el aval sigue vigente y que en su momento deberá hacer frente a las rentas que se hubieran generado por la otra arrendataria B. Otros datos relevantes son que las rentas devengadas hasta agosto de 2021 (inclusive) fueron abonadas por el arrendatario A, dejando desde entonces de pagarlas la única ocupante (B), quien además resulta ser durante todo este tiempo insolvente, dado que no ha desempeñado ningún trabajo y se ha ocupado de su hijo de corta edad. Por último, en el procedimiento de desahucio, la única demandada B se defiende básicamente alegando su condición de sujeto vulnerable a efectos del posible desahucio. No se planteó en el juicio ordinario ninguna cuestión de acumulación de procesos ni de litispendencia ni de prejudicialidad civil, aunque la arrendadora demandada sí que aportó con su contestación el decreto del juzgado donde se tramitaba el desahucio solo contra la arrendataria B.

por la parte arrendadora, ya sea producidos por efecto de un mandato legal (como sería el de los artículos 12 y 15 de LAU, o incluso el artículo 11 LAU, en su aplicación a un caso como el presente de desistimiento de uno de los arrendatarios habiendo dos o más de ellos), determinan o no la extinción subsiguiente de la fianza solidaria por consecuencia de ese cambio de sujetos. Como es obvio, esta cuestión puede extenderse a cualesquiera otros supuestos de la vida real en los que se haya producido una modificación o alteración de la relación obligatoria principal, tanto si fue subjetiva, mediante cambio de los sujetos deudores o incluso acreedores, como si fue una modificación o novación de carácter objetivo en cuanto a las condiciones de la deuda principal.

2. NORMATIVA VIGENTE Y PRINCIPIOS BÁSICOS APLICABLES A LA FIANZA SOLIDARIA SEGÚN LA DOCTRINA Y SU RELEVANCIA PARA LOS CASOS DE NOVACIÓN. LA NORMA DEL ARTÍCULO 1851 CC SOBRE EXTINCIÓN DE LA FIANZA POR PRÓRROGA DE LA DEUDA PRINCIPAL COMO REFERENTE DE NOVACIÓN EN LA FIANZA.

Como es sabido, la regulación legal de la fianza solidaria, explícita en nuestro Código Civil, ha dado lugar a muchas dudas.

El artículo 1822.II CC remite de modo genérico, para delimitar el régimen jurídico propio de la fianza solidaria, a las normas de las obligaciones solidarias (arts. 1137 y ss. CC) y, en cuanto al asunto que aquí nos concierne, al artículo 1143 CC, que literalmente dispone: «Art.1143. La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1146 CC».

Según la simple lectura de las dos normas citadas, al haberse producido una novación contractual, sea del tipo que sea, la garantía personal del fiador solidario (o de los fiadores solidarios, si eran varios) se extingue de forma automática.

La norma no distingue entre los tipos posibles de novación, por lo que en principio tendrían cabida, siempre y en todo caso, tanto la novación extintiva como la novación modificativa aplicando la máxima de que «donde la ley no distingue, no debemos nosotros distinguir». Del mismo modo, y por los mismos motivos, se aplicaría también en principio tanto si la novación fue de carácter objetivo como si fue de carácter subjetivo, esto es, con alteración de la

persona o del número de los sujetos que intervinieron como deudores principales, e incluso podría aplicarse a las novaciones subjetivas por cambio de acreedor.

Por último, también por las mismas razones, debería extenderse y aplicarse la norma tanto a las novaciones convencionales, que serían la gran mayoría dada la necesidad de consentimiento del acreedor para el cambio en la obligación (art. 1205 CC), como también a las novaciones de origen legal producidas como consecuencia de la aplicación de mandatos legales concretos en los que no se exige la intervención ni el consentimiento del acreedor.

En este último grupo (novaciones de origen legal), cabría incluir toda una serie de supuestos. Así, en el específico campo de los arrendamientos, habría que, en teoría, incluir también los supuestos antes citados de los artículos 12 y 15 de la LAU. Estos preceptos legales prevén específicamente cambios en la persona del arrendatario (deudor) sin que se exija el consentimiento del acreedor, dado que proceden por imposición legal como medida protectora del arrendatario y su familia (cónyuge o pareja de hecho). En estas situaciones, si aplicamos de forma literal el mandato del artículo 1143 en conexión con el artículo 1822.II CC, la producción de una alteración subjetiva del contrato de arrendamiento, por imposición legal, debería también conllevar, en principio, la extinción del aval o fianza solidaria.

Es más, en la hipótesis especial del artículo 11 de la LAU, donde se prevé la extinción del contrato de arrendamiento urbano por desistimiento del arrendatario pasados los primeros seis meses de vigencia del mismo, la jurisprudencia de las audiencias provinciales ha tenido ocasión de estudiar el caso en que se trate de dos o más arrendatarios y solo uno de ellos quiera desistir, pero el otro u otros no, como sucede en el supuesto expuesto al inicio. En esas situaciones, esa jurisprudencia ha llegado a la conclusión más o menos aceptada de que es perfectamente viable que se deshaga el vínculo arrendaticio respecto del primero y se mantenga el contrato con el otro u otros. El caso se ha calificado de manera habitual por las distintas sentencias como de «novación», sin concretarse si se trataba de una novación extintiva o modificativa². Por lo tanto, también estaríamos aquí ante un nuevo supuesto novatorio del arrendamiento en el cual no necesariamente ha sido preciso el consentimiento del arrendador al proceder de una facultad legal y al responder la salida de uno de los arrendatarios a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva del arrendatario que desea desistir, quien no tiene por qué estar supeditado para ello al con-

² Al respecto, puede verse el reciente trabajo de MARTIN FUSTER, A.C., 2023.

sentimiento o aprobación del otro u otros arrendatarios. También en estas hipótesis debe plantearse y resolverse qué sucede con el aval o fianza otorgado en garantía del pago de las rentas y demás deudas nacidas del arrendamiento, y si en esos casos debe extinguirse también la garantía en aplicación del mandato del antes citado artículo 1143 CC.

Fuera del ámbito de los arrendamientos, también se podría pensar en los supuestos de novación o cambio de la persona del acreedor, tales como el regulado en el artículo 1211 CC sobre cambio del acreedor mediante subrogación acordada entre deudor y nuevo acreedor sin necesidad de intervención del acreedor primitivo, o ya en los casos específicos de subrogación de otra entidad financiera en préstamo hipotecario preexistente en la aplicación de las normas de la ya antigua y todavía vigente Ley de 30 de marzo de 1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Dentro de este examen de la normativa legal aplicable a las fianzas solidarias y las novaciones producidas en la relación obligatoria principal garantizada no se puede perder de vista lo dispuesto en el artículo 1851 CC sobre modificación objetiva del contrato por concesión de un plazo de prórroga al deudor por parte del acreedor mediante acto expreso o tácito de este autorizando esa prórroga del plazo de cumplimiento. Es posible que se trate de la única norma en materia de fianza que aborda específicamente un supuesto de novación (en este caso, objetiva) de la obligación principal. Constituye una norma muy significativa de la que se deduce lo que sería un criterio legal bastante estricto a la hora de configurar la relación entre fiador y acreedor. De acuerdo con ese criterio, cualquier cambio, incluso uno tan simple y en principio «inocuo» como la concesión al deudor principal de una prórroga para el pago, parece implicar para el legislador del Código Civil la extinción de la relación de fianza³.

³ No obstante, se pueden citar otros dos preceptos legales, dentro de las normas sobre fianza, que de una u otra forma tratan de casos de posibles novaciones.

El primero es el artículo 1835.II CC, referido a la transacción celebrada entre acreedor y deudor principal, que recoge en cierto modo un supuesto de modificación de la deuda primitiva (en cuanto que toda transacción implica o puede implicar una alteración de las prestaciones originarias y su sustitución por otras nuevas, consistentes o no, en las mismas originarias objeto de disputa, lo que se desconoce al no haber una resolución judicial que lo establezca) y dispone un criterio concreto: la inoponibilidad de dicha transacción al fiador.

El segundo, quizás más claro, es el artículo 1849 CC, que se refiere a una dación en pago hecha por el deudor principal con consentimiento del acreedor y que conlleva, según la norma, la liberación (por tanto, la extinción) del fiador. No está claro si esa liberación se refiere solo a los casos de posterior evicción de la cosa o cosas entregadas en pago o si se trata de una norma de alcance más general en el sentido de determinar la extinción genérica de toda fianza cuando la prestación primitiva es sustituida (y cumplida) por otra distinta (esta última es la opinión de CARRASCO, 1992, pp. 61-62). De ser esto último, tendremos

La razón o fundamento de dicha norma no está clara, aunque puede residir, de forma primaria, en la necesidad de proteger la posición de todo fiador, sea normal o solidario, por encima de los intereses de los demás sujetos implicados. Además, para proteger al fiador, el legislador también toma en consideración el hecho de que el mismo no ha dado su consentimiento al cambio de la obligación, de lo que se presume en buena medida que con la simple prórroga se produce un empeoramiento automático de su situación, que no ha sido querido, al modificarse la obligación más allá de lo previsto en su origen, lo que abocaría a su extinción.

En este sentido, podríamos pensar que una prórroga del plazo, sea para cumplir o sea prórroga del plazo de la relación misma, puede con frecuencia generar (salvo pacto de exclusión expresa) un aumento de la deuda que debe cubrir el deudor (y, por tanto, el fiador, en su caso), en cuanto se pueden generar intereses moratorios (o remuneratorios) de la deuda, o bien un derecho a una indemnización por la demora que van a afectar cuantitativamente al fiador y que justificarían la necesidad de su consentimiento o, a falta del mismo, la extinción de la relación fideiusoria. También, desde una perspectiva cualitativa, una prórroga pactada entre acreedor y deudor de manera expresa o tácita repercute negativamente en el fiador, ya que le da a entender que el deudor principal puede encontrarse en dificultades para cumplir, razón por la que también podría ser razonable que se proteja la posición del fiador.

Sin embargo, yendo un poco más lejos habría que preguntarse con detenimiento qué significa para un fiador o garante personal una prórroga del plazo para cumplir. Quizá ahí esté la verdadera clave del sentido de esta norma.

En este respecto, no se puede perder de vista que la función de todo fiador, sea normal o solidario, es asegurar el cumplimiento de aquello a que se había obligado el deudor principal en caso de incumplimiento de este. Es decir, según la opinión mayoritaria de la doctrina, para que responda el fiador es preciso el previo incumplimiento del deudor de su obligación⁴. Pues bien, en el caso de

una base importante adicional para defender para todo tipo de fianza, incluida la solidaria, el efecto extintivo en casos de novación de la deuda principal. No sería una base definitiva, ya que la dación en pago no es técnicamente una «novación» de la deuda originaria, sino una forma de cumplimiento de la obligación distinta de la pactada en origen. No obstante, marca una cierta orientación favorable.

⁴ GUILARTE ZAPATERO, 1979, pp. 17-19. *Vid.* también CARRASCO PERERA, 2001, p. 2049; ALVENTOSA DEL RÍO, 1988, p. 84-85; COLÁS ESCANDÓN, 2020, p. 5145, e INFANTE RUIZ, 2021, p. 84-85 con independencia de la disputa acerca de lo que sea la subsidiariedad en la fianza y si esta es una característica esencial o no de toda fianza, incluida la solidaria.

A la postre, la disputa doctrinal se centra en si es preciso el incumplimiento del deudor para poder ser exigido el fiador o si basta con que sea «exigible» la deuda principal. En

que el acreedor conceda una prórroga, tanto si es para cumplir de forma material como si es un cambio formal en la relación⁵, queda afectado directamente este presupuesto básico para la responsabilidad del fiador, a saber, el de que el deudor principal haya incumplido. Si hay una prórroga es evidente entonces que, si ha llegado el plazo primitivo de cumplimiento, todavía no se habrá producido el incumplimiento del deudor por haberse prorrogado. En consecuencia, transcurrido el plazo originario, que es el único que debe tener en cuenta el fiador para responder, se debe considerar extinguido su deber, ya que el deudor nunca habrá incumplido su obligación dentro de ese plazo; si incumple después, es decir, ya transcurrido el nuevo plazo de la prórroga, solo responderá él, y no el fiador, ya que (siempre salvo pacto expreso en contrario) a este no puede alcanzar el acuerdo o la concesión unilateral de nuevo plazo para cumplir.

Esto no es una consecuencia del carácter accesorio ni subsidiario de la fianza, sino que procede de la exigencia general implícita de que el fiador tiene deber de responder cuando se ha incumplido por parte del deudor. Por tanto, con una prórroga nunca habrá habido incumplimiento del deudor dentro del plazo de tiempo originario, que es el único cubierto por el fiador, por lo que la fianza debe considerarse extinguida o no efectiva en el periodo posterior⁶. Esto es así con independencia de los plazos prescriptivos, que no son relevantes a estos efectos, y del tipo de prórroga concedida, y al margen del momento en que se producirá ese incumplimiento, el cual, por su propia esencia, siempre será posterior al último día del plazo originariamente previsto.

En realidad, el mandato del artículo 1851 CC tiene un alcance mayor en cuanto denota que, para el legislador, el fiador se puede desvincular de su deber de responder siempre que, por cualquier

realidad, siendo ya exigible la deuda por haber llegado el momento y las condiciones al efecto, es patente que no hay una diferenciación con el incumplimiento, salvo que se exija una formal constitución en mora del deudor, lo que no parece preciso para que haya técnicamente «incumplimiento».

⁵ En esta dirección, y con otros argumentos adicionales, FÍNEZ RATÓN, J. M., *RJN*, 1993, p. 82 y ss., considera aplicable el artículo 1851 CC de forma amplia y a supuestos tanto para los casos de prórroga para el cumplimiento material como a prórroga que suponga una modificación de la obligación misma.

⁶ En contra de lo sostenido acerca de la necesidad de que haya previo incumplimiento en toda fianza, incluida la solidaria, se expresa en otro lugar CARRASCO PERERA, 1992, p. 77, para quien, a diferencia de la fianza normal donde debe haber incumplimiento previo, en la solidaria considera que el deudor no tiene por qué haber «incumplido», de modo que el acreedor puede dirigirse y exigir el pago al fiador solidario sin necesidad de requerimiento previo ni de constitución en mora del deudor principal. A nuestro juicio, como ya se ha señalado, ese incumplimiento es igualmente necesario para la exigencia al fiador solidario y se producirá cuando llegue el momento de vencimiento pactado sin necesidad ni de requerimiento ni de formal constitución en mora.

circunstancia ajena a su propia voluntad o consentimiento⁷, se haya producido una alteración de las condiciones para que se produzca el incumplimiento del deudor principal en comparación con las previsiones originarias que dieron lugar al nacimiento de la fianza, entendido ese incumplimiento como el presupuesto básico y general para la responsabilidad de todo fiador⁸. Sobre ello se vuelve más adelante.

Conviene preguntarse si este mandato legal del artículo 1851 CC se aplica también a las fianzas solidarias o si existe alguna razón para tratar a estas de forma más estricta que a las fianzas normales.

Aunque, en principio, podría pensarse que sí habría tal razón dada la idea de responsabilidad solidaria que preside este tipo de fianza, a nuestro juicio la duda debe resolverse justamente en sentido contrario.

No solo las razones antes expuestas para la fianza general son trasladables a la fianza solidaria, sino que lo son *a fortiori*. Esto es, dada la mayor implicación en la deuda principal del fiador solidario al no aplicársele el beneficio de excusión, el legislador debe otorgarle un mayor trato de favor, de modo que cualquier prórroga acordada entre acreedor y deudor (o deudores) o concedida unilateralmente por el acreedor y asumida por el deudor que no haya sido consentida por el fiador solidario debe traer consigo como principio básico la extinción del aval por producirse un empeoramiento cuantitativo o cualitativo en la posición deudora⁹. Pero además por lo dicho antes: una prórroga supone una alteración muy relevante en las condiciones del incumplimiento (del deudor) exi-

⁷ La jurisprudencia del TS manifestada por la Sentencia de 30 de diciembre de 1997 rechaza la extinción por prórroga de un aval solidario cuando el propio avalista ha dado su consentimiento, incluso genérico, a la misma o ha intervenido en las gestiones para su concesión. En el caso, se trataba de una concreción del deber de pago de la suma adeudada mediante el libramiento, ulterior en el tiempo, de una letra de cambio.

⁸ Esta norma plantea una serie de problemas difíciles de resolver y que no es posible tratarlos en esta sede. Sin embargo, debe quedar constancia de que el legislador no distingue ni especifica las posibles situaciones susceptibles de presentarse, de modo que, en teoría, la extinción de la garantía se produce incluso aunque no se haya hecho uso de la prórroga o aunque se trate de una prórroga del plazo para cumplir y no de una prórroga del término mismo de la relación obligatoria. *Vid.* al respecto DIEZ-PICAZO, L., 1993, pp. 456-457, quien solo admite este último supuesto.

⁹ En esta misma dirección, con algún otro argumento de orden histórico y lógico, FÍNEZ RATÓN, *RJN*, 1993, p. 101 y ss., considera que, a la postre, las fianzas solidarias no pierden su condición de garantías subsidiarias, por lo que se les aplicaría el artículo 1851 CC.

En contra parece manifestarse CARRASCO, 1992, p. 63, quien, tras señalar que el artículo 1851 CC le parece extraño a los principios de nuestro sistema de fianza y entiende que debe ser de aplicación restrictiva, considera inaplicable la causa extintiva a la solidaridad de deudores (no lo dice explícitamente respecto de la fianza solidaria). En cambio, sí lo considera aplicable en casos de garantías no accesorias por afectar a la validez misma de la obligación secundaria.

gidas para que surja la responsabilidad subsiguiente del fiador solidario, quien dio su consentimiento a una determinada base (condiciones temporales, además de físicas, personales, etc.), que con la prórroga se ve alterada sustancialmente y da lugar a la exclusión y extinción de la fianza.

Ello debe ser así incluso aunque la prórroga no suponga un agravamiento real de la posición del fiador y, por tanto, incluso si no es utilizado el plazo por el deudor (quien podría pagar antes de iniciarse la prórroga) o si se trata de una mera concesión de plazo adicional para cumplir. Dicho de otro modo, para el legislador, cuando se concierta una fianza solidaria, cualquier modificación del contenido (ahora temporal) de la prestación del deudor hecha de forma consensuada entre acreedor y deudor o por concesión unilateral del acreedor, pero sin intervención ni consentimiento del fiador, implica de hecho una «novación» a los efectos del artículo 1143 CC, esto es, una novación con efectos extintivos (de la fianza), aunque técnicamente pudiera ser calificable como una «novación modificativa» de conformidad con los artículos 1203 y ss. CC y con la doctrina y jurisprudencia que los desarrollan¹⁰.

En última instancia, podría pensarse que subyace también a este asunto, de forma latente, una consideración de alcance general: la de que cuando se produce una modificación de la base del negocio principal, sea cual sea, se está a la vez alterando la propia base del acuerdo específico de fianza, y ello debe determinar inexorablemente una causa de extinción de la relación fideiusoria, en especial cuando se trata de fianza solidaria. Sería una aplicación protectora de las reglas generales sobre alteración de la base del negocio en favor de los garantes personales. El artículo 1851 CC demuestra, al margen de su mayor o menor alcance, que el legislador del Código Civil consideró —y sigue considerando— que este tipo de vínculos de garantía personal son muy sensibles a las alteraciones no consentidas por el propio garante, como sería la simple prórroga del plazo de cumplimiento, sin necesidad de exigir la demostración de que ha habido una alteración extraordinaria e imprevisible de circunstancias, en aplicación de la doctrina clásica de la cláusula *rebus sic stantibus*¹¹.

¹⁰ En realidad, lo que seguramente hace la norma no es propiamente disponer una causa de extinción (automática), como si se tratase de una norma imperativa insoslayable, sino conceder al fiador solidario una posible excepción oponible al acreedor cuando sea objeto de reclamación extrajudicial o judicial por parte de este último, pudiendo sin embargo el primero aceptar la prórroga y pagar, aun cuando se le reclame después del plazo originariamente pactado.

¹¹ De manera singular, la Sentencia del TS de 7 de marzo de 1992 recoge un caso en el que se produjo una novación de la deuda principal suscrita entre acreedor y deudor con previsión de un acortamiento (y no de alargamiento o prórroga) del plazo de cumplimiento

Por lo tanto, en realidad, esta causa de extinción, derivada de una alteración no consentida de las circunstancias de base de la fianza, subyace, si no a todos, sí a buena parte de los supuestos de extinción del aval por razón de novación, como ahora se expone. No obstante, su confirmación exigirá un análisis más singularizado de los posibles casos.

Por último, dentro de este análisis de las normas legales que tratan de situaciones de novación de la deuda principal y su repercusión en las fianzas, sean o no solidarias, procede traer a colación lo dispuesto en los artículos 1207 y 1212 del Código Civil.

El primero de ellos se refiere a las novaciones extintivas y dispone la extinción general de las obligaciones accesorias, entre las que se halla la fianza. Sin embargo, no cabe deducir de esa norma el que, al tratarse ahora de una novación modificativa, implique *sensu contrario* la subsistencia y mantenimiento de la fianza o garantía personal en cuanto obligación «accesoria». No parece que sea ese el sentido de fondo de la norma. A ello se une la consideración doctrinal y jurisprudencial de que los «terceros» a los que allí se alude son básicamente fiadores o avalistas, con lo que la norma conecta la eficacia de la novación con la presencia (o no) de un consentimiento de los garantes de la deuda principal.

En cambio, el artículo 1212 CC sí que puede ser una norma que regule las repercusiones de la novación en las garantías accesorias como la fianza o en las garantías reales en aquellos casos en que haya habido una subrogación de tercero en la posición del acreedor primitivo, en suma, en los casos de cambio de la persona del acreedor. Dicho precepto legal regula de manera expresa estos supuestos y concluye que el cambio de acreedor por subrogación (convencional o legal) no afecta a las obligaciones accesorias como la fianza, la cual persiste y no se extingue, presumiendo en buena medida que no se perjudica ni se agrava la posición del fiador.

Ciertamente, la norma citada se refiere a la fianza normal, pero no regula de forma explícita la posición del fiador en la fianza solidaria, por lo que existe un cierto conflicto de normas en cuanto —tratándose siempre y solo de las novaciones por cambio de acreedor mediante subrogación— se produce una contradicción entre este artículo 1212 CC y la remisión expresa que el artículo 1822.II efectúa de modo genérico al artículo 1143 CC, que conduciría a la extinción general de la fianza solidaria por novación. Al respecto, el principio de especialidad acaso podría llevar a priorizar y ante-

y de la vigencia de la garantía solidaria, lo que llevó al tribunal a denegar la extinción del aval. En este supuesto, nos hallamos técnicamente fuera del ámbito estricto de aplicación del artículo 1851 CC.

poner la aplicación del artículo 1143 CC a las fianzas solidarias respecto del artículo 1212 CC, que es norma más general que la primera. Sobre ello volvemos más abajo.

3. LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA FIANZA SOLIDARIA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO.

Es evidente que no existen en doctrina ni en jurisprudencia opiniones o criterios bien asentados que traten el asunto específico de las conexiones entre fianza solidaria y novación y, por tanto, acerca de si, a pesar de la incuestionable remisión global del artículo 1822.II CC a las reglas generales de las obligaciones solidarias, hay algún motivo para considerar inaplicable total o parcialmente a las fianzas solidarias el mandato del antes citado artículo 1143 CC en el supuesto concreto aquí examinado de una novación sobrevenida de la deuda principal, de modo que se pueda defender con algún fundamento que el aval persiste a pesar de haberse producido esa novación (subjettiva, en el supuesto de partida, o bien objetiva).

La doctrina estudiosa de la fianza solidaria apenas se ha ocupado de este concreto asunto, al menos con el debido detenimiento. No obstante, cabe citar algunas opiniones que han tratado de una forma genérica sobre el alcance de la remisión a los artículos 1138 y ss. CC en casos de fianza solidaria¹².

De este modo, es usual en la doctrina defender que esa conexión entre el artículo 1822.II CC y las normas de la solidaridad de deudores no puede hacerse de manera global, sino que se refiere fundamentalmente a las relaciones externas de la solidaridad y, dentro de ellas, se remite a los artículos 1137.II y 1144 CC, mientras que en todo lo demás se mantiene la aplicación del régimen general de la fianza normal a esas relaciones externas, salvo en lo referente al beneficio de excusión, que queda lógicamente excluido en este tipo de fianza¹³.

Sin embargo, no hay una posición doctrinal clara ni a favor ni en contra de trasladar a la fianza solidaria el contenido del artículo 1143 CC. En teoría, a la vista de las anteriores posiciones doctrina-

¹² Las distintas opiniones sobre las conexiones entre fianza solidaria y solidaridad de deudores y la remisión a los artículos 1138 y ss. CC del art. 1822.II CC se pueden ver en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., 1985, p. 98 y ss.

¹³ *Vid.*, entre otros, GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 29-30 o en GUILARTE, 1991, pp. 1784-1785. También, REYES LOPEZ, 2023, p. 8042.; COLÁS ESCANDÓN, A. M., 2007, pp. 73 y ss.; INFANTE RUIZ, F. J., 2021, pp. 84-85, y TAMAYO CARMONA, 2016, pp. 203-205. Por su parte, CARRASCO PERERA, 2001, p. 2049, defiende que las normas de la fianza en la fianza solidaria se aplican íntegramente tanto en las relaciones internas como en las externas frente al acreedor, salvo respecto del beneficio de excusión.

les, cabrían dos alternativas. La primera: si recurrimos de forma genérica a las reglas de la solidaridad en las relaciones externas, entonces habría que sostener que sí que es directa y plenamente aplicable el artículo 1143 CC a las fianzas solidarias en cuanto sería un precepto típicamente relativo a las relaciones externas entre acreedor y fiador. La segunda: si solo se acoge de forma parcial la normativa de la solidaridad y únicamente se aplican los artículos 1137.II y 1144 CC dejando fuera, entre otros, al artículo 1143 CC, como hace una parte de la doctrina, entonces habría que recurrir a las reglas generales de la fianza. Sucede, sin embargo, que en estas últimas reglas no existe, como sabemos, un tratamiento explícito de los casos de novación subjetiva de la obligación principal, y sí tan solo un supuesto puntual de novación objetiva, como sería la concesión de prórroga del artículo 1851 CC, que conduce a la extinción plena de la fianza.

En consecuencia, el problema planteado en este trabajo queda sin resolver de manera definitiva, lo que nos obliga a realizar unos planteamientos distintos a los de buena parte de la doctrina.

En lo que concierne a la jurisprudencia, no se puede decir que exista un cuerpo de doctrina jurisprudencial coherente y claro acerca de la cuestión analizada.

De manera excepcional, se puede traer a colación la Sentencia del TS de 15 de julio de 2008 (Sentencia núm. 684/2008 de 15 de julio. RJ 2008\4377. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán), en un caso en el que, habiéndose afianzado solidariamente por una Caja de Ahorros a una promotora por deudas derivadas de una parcela de una Junta de Compensación urbanística, la promotora cede la propiedad de la parcela y se plantea la posible continuidad del aval respecto del nuevo titular de la misma; en suma, se trata de un posible supuesto de cesión de propiedad y a la vez de subrogación del nuevo propietario en todos los derechos principales y anejos, incluido el aval solidario. En la sentencia dictada se confirma la tesis de la audiencia provincial, que había denegado la subsistencia del aval solidario por un cambio de acreedor al sostener que se trataría de un vínculo de carácter personal que no permite su transferencia al nuevo titular de la parcela sin consentimiento de la avalista¹⁴.

¹⁴ En concreto, se afirma: «...Se razona también por el tribunal de apelación que el aval prestado por la Caja de Ahorros demandada respondía de la edificabilidad asignada a la parcela núm. 20 propiedad de su avalada; que el presidente de la Junta de Compensación declaró ante esta, el 5 de marzo de 1998, haber adquirido dicha parcela para su propia promotora en 21 de mayo de 1997; que resultaba incuestionable que la Caja de Ahorros demandada había avalado a la transmitente, no a la promotora adquirente; que en principio no se había dado una novación con cambio obligacional del deudor sino una subrogación real de naturaleza urbanística por la remisión del art. 38.2 de los estatutos de la Junta de

Resulta también interesante citar la Sentencia del TS de 19 de junio de 2008 (Sentencia núm. 558/2008 de 19 junio. RJ 2008\4258. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández), que examina un supuesto de cesión de crédito previamente garantizado por un aval solidario, crédito que al parecer se había extinguido con anterioridad entre acreedor y deudor principal como consecuencia de un acuerdo transaccional. La sentencia confirma la dictada por la audiencia provincial, que considera que el aval había quedado extinguido por haberse extinguido la deuda principal conforme al artículo 1847 CC. La sentencia presenta cierto interés por cuanto trata de nuevo un caso de cambio de la persona del acreedor y su repercusión en el aval solidario, en el sentido de darlo por extinguido, entre otros motivos (el asunto es bastante complejo), por haberse dado una novación subjetiva por sustitución del acreedor.

Por último, cabe traer a colación la doctrina jurisprudencial que considera que no se produce una novación cuando el crédito avalado es incluido en la masa de acreedores de la suspensión de pagos o el concurso de acreedores y, con posterioridad, se produce una quita en dicho crédito, lo que a juicio de la sala impide la extinción del aval en aplicación del artículo 1143 CC. Esta tesis nos parece correcta en general¹⁵ y está representada, entre otras, por la Sentencia del TS de 19 de diciembre de 1989¹⁶, 10 de abril de 1995

Compensación demandante al art. 88 de la Ley del Suelo de 1976; que así resultaba de las sentencias de la Sala 3.^a de este Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993 y 18 de enero de 1996; que si bien al cambiar la titularidad dominical de la parcela núm. 20 no se alteraban los compromisos contraídos frente a la Administración urbanística, entre ellos el de pagar la edificabilidad complementaria, sin embargo la fianza constituida por la Caja de Ahorros demandada a favor de la anterior propietaria de la parcela para responder de la edificabilidad complementaria del convenio Ayuntamiento-Junta, asignada en el proyecto de compensación a dicha parcela, dado su carácter personal no puede ser transferida a favor del nuevo titular de la parcela sin autorización de la entidad fiadora...».

¹⁵ En la mayoría de los casos jurisprudenciales, la quita de una parte de la deuda principal se produce mediante un acuerdo entre los acreedores, siendo normal que no haya intervenido el acreedor garantizado, por lo que no ha concurrido su consentimiento. Mucho más dudoso sería si dicho acreedor hubiese intervenido, en cuyo caso hablaríamos de un acuerdo transaccional que sí podría dar lugar a una alegación de extinción de la garantía por parte del fiador solidario.

¹⁶ Dice la sentencia lo siguiente: «[...] Por medio de la primera parte del motivo, en la que, como ya se ha dicho, denuncia como infringido, por inaplicación, el artículo 1143 del Código Civil, el recurrente viene a sostener que como la deudora principal, aceptante de las cambiales (entidad "Terpel, S. A."), de la que él es avalista, se halla en situación de suspensión de pagos, en cuyo expediente el demandante, aquí recurrido, señor P. M., figura incluido en la lista de acreedores de la suspensión por el crédito objeto de litis, ello supone, según dice, una novación de dicho crédito, que debe producir, conforme al precepto que invoca, la extinción de su obligación como deudor solidario (avalista de la deudora principal). Tan extraña tesis, por carente de todo fundamento jurídico, no puede ser aceptada, ya que, por un lado, la presentación de la deudora principal en estado de suspensión de pagos y la inclusión del demandante, aquí recurrido, en la lista de acreedores de la misma, por el crédito objeto de la litis, no entraña novación alguna de dicho crédito, el que se mantiene subsistente con sus caracteres originarios o congénitos, y, por otro, la reclamación formulada por el acreedor contra la deudora principal para el pago de la deuda (aunque sea a

(Sentencia núm. 322/1995 de 10 abril. RJ 1995\3254. Ponente Excmo. Sr. Francisco Morales Morales) o las más recientes de 22 de julio de 2002 (Sentencia núm. 770/2002 de 22 julio. RJ 2002\7476. Ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán) y 17 de septiembre de 2002 (Sentencia núm. 833/2002 de 17 septiembre. RJ 2002\7831. Ponente Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán).

Por otro lado, no se puede decir que existan tampoco sentencias relevantes de las audiencias provinciales que se ocupen del tema de forma directa e inequívoca, al menos de las que hemos podido analizar en las bases de datos jurisprudenciales. No obstante, se pueden citar algunas sentencias que parecen defender un criterio en cierto modo restrictivo de la novación con causa de extinción de las fianzas solidarias.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de diciembre de 1994 adopta esta perspectiva restrictiva en un supuesto de afianzamiento de deuda frente a entidad bancaria¹⁷. En realidad, como puede comprobarse con su lectura, en el caso no se trata de una novación subjetiva de la deuda principal, sino de una libera-

medio de su inclusión en la lista de acreedores del expediente de suspensión de pagos) no le impide que simultánea o posteriormente pueda dirigirse contra los demás deudores solidarios mientras no resulte cobrada la deuda por completo, conforme establece el artículo 1144 del Código Civil, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, dada la condición de deudor solidario que tiene el recurrente en su calidad de avalista de la deudora principal, a lo que ha de añadirse que no ya la mera suspensión de pagos, sino ni siquiera el concurso o la quiebra del deudor principal pueden provocar la extinción de la obligación de los fiadores del mismo, como parece sostener el recurrente, pues el número 3.º del artículo 1831 y el párrafo tercero del artículo 1844, ambos del Código Civil, declaran subsistente la obligación de los fiadores (y el recurrente lo es y, además, solidario en su condición de avalista) ante el estado de quiebra o de concurso del deudor principal» (Sentencia de 19 diciembre 1989. RJ 1989\8844

Excmo. Sr. Francisco Morales Morales).

¹⁷ En concreto, afirma: «Sobre la subsistencia del afianzamiento respecto del señor G. P., hay que tener en cuenta que si bien la fianza es un contrato unilateral (art. 1822 CC) pues solo genera obligaciones para el fiador, ello no significa —como ha señalado la doctrina— que sea válida de por sí la fianza constituida por acto unilateral sin aceptación previa del acreedor. Pues bien, esa misma concurrencia de consentimientos ha de darse a la inversa, en su caso, para la extinción de la fianza, tal y como lo prevé entre otras causas o modos el art. 1847 del Código Civil: "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones". Entre ellas, el cumplimiento, la compensación, la novación, la remisión. Precisamente la novación fue invocada por el apelante. Pero, como ya resaltara el Juez de instancia, no ha sido probado que hubiese una renovación de la fianza sin incluir ya en ella al apelante; ni tampoco que el Banco le hubiese liberado, a tenor de la posibilidad que asimismo admite el art. 1850 CC. Y la circunstancia de que el Banco haya aceptado como forma de extinguir la fianza respecto de la señora F. M. la comunicación de esta de haber abandonado la sociedad "Triesa" no quiere decir que el hecho en sí de un abandono semejante obligue al Banco a dar por extinguido el contrato respecto de los restantes cofiadores que sucesivamente pudieran ir abandonando la citada sociedad. Ni ninguno de estos puede alegar agravio comparativo o trato desigual dado que, por aquella renuncia a los beneficios de excusión y de división, su compromiso de solidario implicaba la posibilidad de responder individualmente por toda la deuda; de forma que su situación en absoluto se ha visto agravada con la reducción del número de los cofiadores». (Sentencia de 28 diciembre 1994. AC 1994\2295).

ción de uno de los cofiadores solidarios habiendo varios de ellos garantizando la deuda principal.

Del mismo modo, la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 14.^a) de 9 de septiembre de 2002 (JUR\2003\110589) parece defender esta línea restrictiva en un caso donde se dilucidaba la extinción de la fianza de uno de los cofiadores solidarios al plantearse la extinción por concesión de una prórroga: en realidad, se trataba de un acuerdo entre el acreedor y uno de los fiadores sin intervención del deudor principal, razón por la que no se aplicó el artículo 1851 CC.

También cabe citar la Sentencia de la AP de Toledo (Sección 2.^a) de 12 de noviembre de 2020 (Sentencia núm. 216/2020 de 12 de noviembre JUR\2021\38879), que parece defender la extinción del aval solidario cuando la novación objetiva producida en un contrato de descuento bancario no tuvo la consideración de extintiva, sino de modificativa, dirigida a asegurar el cobro por la parte acreedora. En realidad, la sentencia citada se centra, para denegar la extinción, en la existencia de una explícita manifestación de voluntad modificativa y no extintiva de deudor y acreedor en el nuevo acuerdo, lo que sin embargo no tiene por qué alcanzar al fiador solidario si no intervino en ese negocio jurídico, como luego se explica.

Mucho más clara, y ahora favorable a la extinción de la fianza solidaria por modificaciones objetivas del contrato originario consideradas como sustanciales y no simples prórrogas del plazo de cumplimiento, se muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de febrero de 1994¹⁸.

¹⁸ Esta sentencia afirma: «Señalado lo anterior, la consecuencia inmediata es que la demanda no puede prosperar en lo referente al señor M. G., al obtener acogida el primero de los motivos de oposición planteados por este; sin embargo, suscitada una segunda cuestión por el apelante, considera la Sala, aunque sea solo a efectos meramente dialécticos, que ni tan siquiera entendiendo que la voluntad de los demandados hubiera sido la de constituir inicialmente la fianza podría prosperar la demanda, pues el simple examen del documento que se dice ampliatorio, de fecha 30 de abril de 1991, revela que en este no se limitan las partes a resolver una situación transitoria de orden financiero, como se indica en la declaración segunda, ni tan siquiera a conceder una prórroga al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, supuesto de aplicación del art. 1851 del Código Civil, sino que la modificación es tan sustancial que se establece y regula una nueva causa de resolución del contrato —impago a su vencimiento de las cambiales aceptadas— (condición segunda), no incluida en el primitivo, y en virtud de la cual precisamente se ejercita la acción resolutoria que encabeza la demanda, por tanto, se opera una novación del contrato que daría lugar a la extinción de la fianza, art. 1847 en relación con el 1143, ambos del Código Civil.

SEXTO.- Finalmente, es necesario señalar que la estimación del recurso de apelación y el pronunciamiento absolutorio que ello implica respecto del único demandado apelante, necesariamente produce efectos respecto de aquellos otros demandados que lo fueron en el mismo concepto que el señor M. G., pues la razón de estimación del recurso está en que no existió la fianza en virtud de la cual resultaron todos condenados, por lo que, pese a su respectivo aquietamiento y rebeldía, los señores G. del C. y R. L. deben igualmente ser

4. PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y POSIBLES FUNDAMENTOS SOBRE LA PERVIVENCIA O EXTINCIÓN DEL AVAL COMO CONSECUENCIA DE UNA NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL. EL RECURSO A LAS NORMAS GENERALES DE LA FIANZA. EL RECURSO A LA NORMATIVA ESPECÍFICA DE REMISIÓN A LAS REGLAS DE LA SOLIDARIDAD.

4.1. EL RECURSO A LAS NORMAS GENERALES DE LA FIANZA PARA RESOLVER LA DUDA SOBRE EL EFECTO EXTINTIVO O NO DE LA NOVACIÓN.

A la vista de las opiniones doctrinales sobre la fianza solidaria y sobre el alcance de la remisión del artículo 1822.II a los artículos 1138 y ss. CC, una primera forma de analizar la cuestión es, partiendo de la opinión doctrinal favorable a identificar en lo fundamental la fianza normal y la solidaria (con las salvedades señaladas de la falta del beneficio de excusión y la remisión única al art. 1144 CC), aplicar las reglas generales de la fianza a las relaciones externas entre acreedor y fiador solidario. Esto nos llevará a examinar los principios o reglas generales del contrato de fianza y ver si algunos de ellos tienen trascendencia en el campo de las fianzas solidarias, en particular en la materia de la posible novación subjetiva u objetiva producida de forma sobrevenida en la deuda principal.

El primero de esos principios es, lógicamente, el de la accesoriedad de toda fianza, incluida la solidaria, lo que nos lleva a preguntarnos si ese principio ejerce alguna influencia sobre el caso examinado de la novación de la deuda principal.

Sobre la accesoriedad, ha habido muchas disputas doctrinales relacionadas con la identificación o diferenciación entre accesoriedad y subsidiariedad. No creemos que ese debate arroje claridad a la cuestión que aquí estamos tratando, por lo que no entraremos en él. Eso sí, en relación a la accesoriedad, como ha sido dicho¹⁹, la fianza se fija siempre *per relationem* respecto de la obligación

absueltos, ya que cuando los condenados al pago de una cantidad tienen el carácter de deudores solidarios, solidaridad jurídica que les venía impuesta por el contrato que se entendía convenido, dicho carácter de deudores solidarios hace que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados alcance a sus coobligados solidarios, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, y en consecuencia declarada la inexistencia de la fianza, dicho pronunciamiento afectará a todos los pretendidos fiadores, y así lo tiene declarado repetidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 20 octubre 1981, 17 julio 1984, 26 septiembre 1984 y 28 abril 1988» (AC\1994\234).

¹⁹ CASTILLA BAREA, 2013, p. 12467.

principal, de la que depende, aunque sea solidaria: «el contenido y condiciones de la obligación de fianza se determina o fija *per relationem* con respecto a la cuantía y circunstancias de la obligación asumida por el deudor principal». La cuestión que nos preguntamos es qué entraría dentro de esas «circunstancias» y si un cambio o alteración en ellas conduce a algunas consecuencias jurídicamente relevantes. En suma, se trata de analizar si el mandato del artículo 1826 CC, al prohibir que el fiador pueda obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tiene consecuencias en casos de novación.

La respuesta parece clara: indudablemente sí. Es decir, si de forma sobrevenida se producen cambios cuantitativos o cualitativos en la obligación principal, de tal modo que se incrementa cuantitativamente la deuda o se hacen más gravosas para el fiador las condiciones de la deuda —sin la aprobación del mismo, se entiende—, este último no se puede sentir vinculado por esos cambios.

Lo que sin embargo no resuelve de ninguna forma el artículo 1826 CC, sea cual sea la interpretación que se le dé, es si esos cambios no consentidos, presuntamente más gravosos, llevan inexorablemente a una extinción o ineficacia sobrevenida de la garantía o solo suponen una «inoponibilidad» de los cambios frente al fiador, quien mantendría su vinculación originaria con el acreedor sin alteraciones cuantitativas ni cualitativas, debiendo, en consecuencia, responder del incumplimiento hasta el límite o en la forma originariamente prevista. Dicha norma tampoco nos permite resolver la duda de cómo determinar cuándo resulta más «gravosa» y cuándo no la modificación sobrevenida.

En todo caso, el mandato genérico del artículo 1826 CC quizá permita asumir una cierta tutela de un *status quo* total o casi total de la obligación principal, de modo que su alteración sobrevenida, consentida o no por el acreedor, puede afectar y tener consecuencias en la obligación fideiusoria y abocar a su extinción. A este respecto, la influencia del mandato del artículo 1851 CC puede resultar muy relevante a la hora de inclinarnos por esta solución al haber un cierto fundamento legal.

Lo cierto es que este primer enfoque basado en el artículo 1826 CC, en su conexión con el artículo 1851 CC, no conduce de momento a conclusiones definitivas para resolver la cuestión discutida²⁰.

²⁰ No obstante, un planteamiento crítico acerca de la accesoriidad como característica general de toda fianza es posible que suscite la duda de su alcance efectivo, y en particular en las fianzas solidarias. En estas, la accesoriidad seguramente se limita a la dependencia genética de la garantía respecto de una deuda principal anterior o simultánea en el tiempo de cuyo incumplimiento se hace depender el juego de la garantía solidaria, pero

Al margen de lo anterior, el artículo 1826 CC puede ser complementado en este punto con lo dispuesto en el artículo 1827 CC, que dispone que la fianza no se presume, sino que debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella.

Esta última norma, si se analizan las opiniones doctrinales y su origen histórico, y se busca su verdadero sentido y finalidad, parece que no permitiría tampoco arrojar claridad acerca de la posible extinción o pervivencia de la fianza por cambios o alteraciones sobrevenidas. A lo sumo, se podría decir que prevé en buena medida una visión netamente restrictiva de la materia afianzada, lo que puede guardar una cierta, aunque poco directa, relación con las posibles modificaciones sobrevenidas en las condiciones objetivas o subjetivas de la deuda principal. Tendría esta relación en el sentido de excluir en su totalidad, o al menos en parte, la garantía respecto de todo aquello que sea objeto de alteración si no ha habido intervención del propio fiador.

Ello nos lleva a plantearnos algo relevante respecto de toda fianza: la cuestión del valor y los efectos de una falta de consentimiento del fiador a los cambios en la deuda principal y si ello no implicará una suerte de causa general de extinción o novación extintiva de la dicha deuda principal con efectos limitados a las relaciones del acreedor frente al fiador. Es decir, el carácter restrictivo de la fianza expresado en la limitación a lo pactado y a las circunstancias concretas en las que se pactó ¿puede conducirnos a una perspectiva negadora de la eficacia de la garantía cuando hubo cualquier tipo de cambio en la relación obligatoria principal, no consentida por el fiador?

De nuevo, el modelo del artículo 1851 CC vuelve a aparecer en cuanto que, con base en él, los cambios en la deuda principal supondrían, de modo general, una suerte de pérdida de la base del negocio y una consiguiente extinción plena y total del vínculo entre acreedor y fiador, como supuesto especial de alteración de la base del negocio, que llevaría a la ineficacia sobrevenida de la garantía.

Junto con lo anterior, la remisión que hace el artículo 1847 CC a las causas generales de extinción de la obligación del deudor principal puede reforzar la idea expuesta de la extinción de la fianza solidaria. Esta norma remite a los artículos 1156 a 1213 CC

poco más. Sin duda, la fianza solidaria se diferencia netamente de la deuda principal en cuanto a su origen (normalmente, un pacto *ad hoc* entre acreedor y fiador sin intervención del deudor) y constituye una garantía en cierto modo autónoma (que no independiente) cuya efectividad, precisamente por el efecto de la responsabilidad solidaria, se hace depender en exclusiva de lo pactado, de modo que cualquier modificación o cambio posterior debería ser el fruto de un nuevo acuerdo entre fiador y acreedor, con la consecuencia de deshacerse los términos del vínculo originario, que no debería verse afectado por decisiones ajenas al fiador solidario. Sobre ello se vuelve más adelante.

sobre las distintas causas de extinción de las obligaciones, entre las cuales se halla la novación y, dentro de esta, a las distintas modalidades de novación, sea extintiva o incluso modificativa. El artículo 1847 CC no distingue entre ellas, aunque podría haberlo hecho.

En cualquier caso, la remisión a las normas generales sobre fianza sigue sin arrojar una luz definitiva sobre la respuesta final a la aplicación o no de la medida de la extinción o ineficacia sobrevenida de la fianza solidaria en supuestos de novación de la obligación principal.

4.2. EL RECURSO A LAS REGLAS GENERALES DE LA SOLIDARIDAD (ARTS. 1138 Y SS. CC) PARA RESOLVER LA DUDA SOBRE EL EFECTO EXTINTIVO O NO DE LA NOVACIÓN.

La insatisfacción derivada de la utilización de las reglas generales de la fianza para dilucidar si en las fianzas solidarias hay extinción de las mismas en casos de novación, nos conduce a recurrir ahora a las normas sobre obligaciones solidarias, lo que nos obliga a plantearnos por el verdadero sentido de la remisión del artículo 1822.II CC a las normas sobre solidaridad, por si de ahí fuese posible extraer conclusiones más seguras, aparte del evidente recurso a la literalidad de las dos normas (art. 1143 CC en conexión con el art. 1822.II CC). Por lo tanto, es necesario examinar las razones de fondo por las cuales se produce, con el artículo 1822.II CC, una remisión general a las normas de la solidaridad de deudores (o de acreedores) y cuál debe ser el sentido y alcance más razonable de esa remisión cuando se produzcan cambios o alteraciones de todo tipo (entendidos en sentido amplio) en la deuda principal, no solo causados por una novación, sino también, por ejemplo, por una remisión sobrevenida de la deuda o por una compensación.

Para ello, habría que dejar claro qué es lo que diferencia una fianza normal y una fianza solidaria y, a continuación, marcar las diferencias o similitudes entre fianza solidaria y solidaridad de deudores para determinar si esa similitud es tan relevante como para establecerse legalmente una remisión a las normas generales de la solidaridad. A partir de ahí, se podría responder a la pregunta de qué normas concretas de las obligaciones solidarias son las que cuadran mejor con este tipo de fianzas, si todas o solo algunas.

4.2.1. Para responder a lo primero, podemos sentar sin problema una consideración fundamental: el fiador solidario, por contraposición al fiador normal, es alguien que responde o puede responder directamente frente al acreedor sin pasar el filtro previo del

deudor o deudores principales. Eso significa que su posición es especialmente grave y exige un cierto nivel de protección, así como una lectura más restrictiva (en comparación con la fianza normal) de las posibles situaciones en que tendrá efectividad. Además —aunque esto no es exclusivo de la fianza solidaria—, este tipo de garantías nacen como consecuencia de un pacto normalmente diferenciado y separado de la deuda principal, fruto casi siempre de un acuerdo específico entre acreedor y fiador, que lleva a mantener un nivel importante de autonomía del pacto suscrito por ese fiador solidario y con posible repercusión en el campo que analizamos, entre otros posibles.

4.2.2. Para responder a lo segundo, debemos tener claro qué similitudes, pero también qué diferencias, existen entre la solidaridad de deudores y el fiador solidario.

En principio, está claro que existe una cierta proximidad entre solidaridad y fianza solidaria o fianza sin beneficio de excusión, que es la posibilidad de elección directa y sin filtros, por parte del acreedor, entre el deudor principal y el fiador solidario, pero hasta ahí llegarían las similitudes.

Frente a ello, de forma natural, se presentan las primeras y muy importantes diferencias. De este modo, en la fianza solidaria no se percibe la idea de comunidad de intereses que subyace a las deudas solidarias: la fianza surge siempre, o casi siempre, a través de un vínculo contractual distinto y diferenciado del existente entre acreedor y deudor principal²¹. En la fianza solidaria, la deuda principal y la deuda fideiusoria constituyen dos deudas distintas, aunque se hallen conectadas: no por el hecho de que el fiador se coloque al lado del deudor para responder a elección del acreedor en caso de incumplimiento podemos pensar que estamos ante una misma deuda²². Esto constituye un dato relevante a la hora de valorar qué normas de la solidaridad pudieran ser aplicables a la fianza solidaria y cuáles no²³.

Desde esta perspectiva, no parece que la mayor parte de los principios y reglas específicas de las deudas solidarias puedan ser trasladadas sin más a la fianza solidaria. De este modo, no se puede pensar, por derivación de lo anterior, que existen «relaciones internas»

²¹ Esto es así incluso aunque la fianza aparezca plasmada en el mismo documento, como sucede con frecuencia en los contratos crediticios o de préstamo en general.

²² Por supuesto, esto resulta mucho más claro cuando se trata de una garantía a primera demanda, pero también sucede en la fianza solidaria.

²³ Así lo ha sostenido en Italia Bozzi, 1985, p. 252, para quien la distinta individualidad de la obligación del deudor y del fiador readquiere toda su evidencia en el particular supuesto de la solidaridad entre fiador y acreedor principal, en el cual se ha querido individualizar un punto de aparición de una condición jurídica propia del fiador sobre el presupuesto de que el interés pasivo no es colectivo ni común, sino individual.

entre deudor y fiador propias de las deudas solidarias. Por el contrario, el pago por el fiador agota el vínculo de fianza y lo único que existe a partir de ahí es, en su caso, la facultad del fiador de subrogarse en la posición del acreedor satisfecho. Es evidente que, en las fianzas solidarias, no juega la idea de acción de reembolso en relaciones internas, propia de la solidaridad, sino solo la posibilidad de conseguir del acreedor la subrogación en su misma posición.

En estas fianzas, el dato común único con las primeras es la posibilidad de libre elección del acreedor a la hora de reclamar el pago o cumplimiento de la deuda principal. Todo lo demás sería inadecuado trasladarlo a las fianzas solidarias, dado que en estas existe un vínculo contractual separado de la deuda principal. Por lo tanto, las conexiones entre acreedor y uno de los deudores solidarios, como sucede con las reguladas en los artículos 1146 o 1148 CC, no pueden ser trasladables a la fianza solidaria.

En este sentido, las matizaciones hechas por la doctrina de la solidaridad de deudores respecto de los acuerdos de novación, condonación o compensación alcanzados entre acreedor y uno de los deudores solidarios, y que llevan a la consideración doctrinal de que el vínculo pervive parcialmente respecto de los demás que no intervinieron en el acuerdo, no pueden ser sin más aplicables a la fianza solidaria²⁴. En consecuencia, parece bastante evidente que este criterio no puede ser trasladado a las fianzas solidarias, puesto que en ellas, como hemos visto, no hay una relación interna como tal entre el deudor que novó y el fiador solidario al no haber entre ellos la unidad o comunidad de intereses propia de la solidaridad. De este modo, estos hechos inducen a pensar que esa extinción de la obligación del fiador puede ser plena y total, tanto en las relaciones externas (sin ninguna duda) como también en las «internas», en el sentido de que el acreedor (y deudor) que novó no podría reclamar nada al fiador solidario tras la novación.

Del mismo modo, al tratarse de una novación de tipo modificativo, la doctrina estudiosa de la solidaridad de deudores considera²⁵ que en estos casos no tiene cabida la extinción señalada en la norma del artículo 1143 CC, dado que estaría referida a novaciones extintivas, aunque se sostiene que esa novación modificativa no perjudicará a los restantes deudores solidarios.

²⁴ Así, por ejemplo, la doctrina que ha estudiado las obligaciones solidarias y ha examinado el artículo 1143 CC en materia de novación específicamente, y más en concreto cuando es novación objetiva, entiende que, si con la novación ha quedado liberado uno de los deudores solidarios, ello tiene efectos respecto de los demás en las relaciones externas frente al acreedor, pero no en las internas, donde los demás deudores deberán pagar al deudor que novó sus respectivas partes en la deuda extinguida (CAFFARENA LAPORTA, 1991, p. 133).

²⁵ CAFFARENA LAPORTA, 1991, p. 135.

Frente a ello, creemos de nuevo que esta idea no es trasladable a las fianzas solidarias. Muy al contrario, en estas últimas se deben usar otra serie de criterios, como el de la falta de consentimiento del fiador a la modificación de la obligación o el del peligro o riesgo que sufre el fiador por cualquier un cambio de contenido y condiciones de la deuda principal al alterarse las condiciones de la garantía. Todo esto debería abocar al acogimiento de una regla general, como sería la extinción de la fianza, sin perjuicio de acoger en su caso algunas excepciones muy puntuales.

La relación que se genere *ex novo* entre el acreedor y uno o todos los deudores principales, sea de mayor o menor alcance, debe repercutir en al avalista, quien se rige exclusivamente por lo pactado en su concreto acuerdo con el acreedor. Eso implicará que cualquier alteración del mismo conllevará una afectación directa a lo pactado en cuanto ese fiador dejará de estar vinculado por lo acordado entre acreedor y deudor principal, acuerdo que será frente a aquel una *res inter alios acta*, esto es, no solo inoponible, sino incluso generador de una causa de extinción de la garantía.

La salvedad podría ser que el acreedor ya hubiera reclamado al fiador solidario el cumplimiento de su obligación por haber vencido la deuda principal antes de la novación o modificación producida o por tratarse de deudas surgidas antes de la novación, aunque reclamadas después (por tanto, después de la extinción hipotética del aval)²⁶.

Quizá también habría tal salvedad cuando el acreedor, tras una novación por cambio de objeto o condiciones, decidiera exigir el cumplimiento de la fianza en los mismos y exactos términos previstos en origen. Lo que sucede es que, en este caso, ello ya no será posible en aplicación del principio general de accesoriedad de la fianza. Así, salvo que se trate de una garantía independiente a primera demanda, cualquier otra garantía, incluida la fianza solidaria, se verá afectada por el principio de accesoriedad, de modo que no podría exigirse por ese sujeto acreedor un objeto que no sea el de la deuda principal «renovada» al haberse transformado o convertido en otra distinta de la primitiva, que habría «desaparecido» frente al fiador solidario, sin que tampoco este se pueda sentir vinculado por la nueva.

²⁶ Al respecto, la Sentencia del TS de 3 de junio de 2004 apoyaría en buena medida esta idea, pues se refiere un caso de aval concedido a una concesionaria de vehículos a la que le fue retirada la concesión tres años antes de reclamarse al avalista, precisamente por incumplimientos de la concesionaria anteriores a esa retirada, de modo que estaba dentro del periodo de vigencia del aval, aun cuando la reclamación fue posterior en el tiempo (Sentencia núm. 457/2004 de 3 junio. RJ 2004\3981. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

Por otro lado, siendo ahora una novación subjetiva activa, ese nuevo acreedor, otra vez con base en el citado principio de accesoriedad, tampoco tendría en principio legitimación para reclamar al fiador solidario aquello que se había pactado exclusivamente entre el acreedor primitivo y el fiador, pues la accesoriedad se creó respecto de la deuda primitiva en sus mismas y exactas condiciones (lo que llevaría a defender con fundamento que, en las fianzas solidarias, el nuevo acreedor no se subroga de forma automática en la posición del primitivo si no hubo consentimiento del fiador).

Por tanto, entendemos que, salvo pacto de renovación con consentimiento del avalista, este no podrá verse afectado, como regla general, por ningún cambio subjetivo u objetivo en la deuda principal, ya que el mismo no entraba dentro de los límites y parámetros subjetivos ni objetivos de lo acordado entre acreedor y fiador solidario.

Esto tiene una lógica evidente en las fianzas solidarias, donde la inexistencia del beneficio de excusión coloca al fiador en una posición de debilidad que debe ser legalmente protegida mediante medidas estrictas como la aplicación de los términos pactados en el acuerdo o contrato de fianza, donde deben ser respetados sus límites concretos, tanto en lo referente a los contenidos como al sujeto o sujetos legitimados para ejercitar la reclamación.

Ello conduciría en buena medida a un cierto cambio de paradigma en el sentido de considerar que, siendo fianza solidaria, no cabe pensar en una automática transmisión de la garantía como suerte de derecho accesorio del derecho de crédito principal dado que — salvo pacto explícito al respecto— el fiador se ha comprometido a cumplir en los estrictos términos pactados y solo en ellos.

Las normas de los artículos 1207 y 1212 y 1527 CC, que parecen ir en la dirección de la automática transmisión de la garantía como suerte de accesorio, pueden tener sentido si pensamos en una fianza normal, donde existe el beneficio de excusión y el fiador está protegido por la necesidad legal de purgar el patrimonio del deudor antes de recurrir al del fiador. En cambio, no parece que en las fianzas solidarias, donde no hay tal beneficio, sea posible defender la transmisión automática de la garantía con la cesión del crédito o el cambio de acreedor en general y sin consentimiento del fiador: deberemos atenernos a los estrictos términos del pacto entre fiador y acreedor²⁷.

²⁷ A lo sumo, esa transmisión solo debería ser factible en el campo sucesorio, con la muerte del acreedor y su subsiguiente sustitución por sus herederos legales o voluntarios, pero no en los casos de cambio de acreedor mediante negocio jurídico en el que no ha intervenido el fiador solidario.

Todo ello lleva a una cierta consideración de que la autonomía de la fianza solidaria respecto de la deuda principal puede traer consigo, como consecuencia razonable y coherente, la extinción de la garantía en los casos en que se produzcan cualesquiera cambios o alteraciones en la deuda principal no queridos ni consentidos por el fiador solidario, sea cual sea su entidad.

4.2.3. Todas estas dudas nos conducen a examinar el otro lado de la ecuación, esto es, el artículo 1143 CC, y a deducir de su finalidad propia la identidad o divergencia de soluciones cuando se trata de una fianza solidaria.

La doctrina estudiosa de la solidaridad de deudores ha expresado la incoherencia del mandato contenido en el artículo 1143 CC en su aplicación a las deudas solidarias, pudiendo haber incluso una contradicción con lo dispuesto en el artículo 1148 CC, más claramente aplicable a las mismas.

Estamos de acuerdo con esas apreciaciones doctrinales. Sin embargo, a la postre, quizá haya que otorgar valor jurídico a dicha norma en el campo específico de las fianzas solidarias y acabar defendiendo que la extinción (de la fianza solidaria), prevista en el artículo 1143 CC para todo un elenco variado de casos entre los que está la novación, encaja mucho mejor en las fianzas solidarias que en las obligaciones solidarias como tales al haber nacido estas últimas de un vínculo contractual único o conformadas por una comunidad de intereses.

Es cierto que en las obligaciones solidarias, como ha dicho parte de la doctrina, puede ser razonable considerar que la novación hecha por uno solo de los deudores con el acreedor no tiene por qué afectar a los demás hasta el punto de extinguir el vínculo de estos con el acreedor. En cambio, sí parece mucho más coherente y razonable suponer que, como regla, la fianza solidaria se extinga si ha habido una novación, incluso modificativa, en tanto no ha intervenido el fiador en la novación.

Probablemente, la norma del artículo 1143 CC, en su traslación a la fianza solidaria, lleve a la idea genérica de que solo el consentimiento del fiador o avalista justifica que se vea afectada la fianza por esos nuevos hechos allí señalados, entre ellos la novación.

En cierto modo, además de la novación como tal (la de los arts. 1203 y ss. CC), eventos como una condonación de uno de los deudores (no de todos, lo que sin duda abocaría a la extinción de la fianza ex art. 1847 CC), recogida en el artículo 1143 CC en su conexión con el artículo 1822.II CC, podrían ser también considerados impropia-mente como «cambios» o alteraciones de la situación originaria y equiparables a las novaciones como tales hasta el punto de obligar

al legislador a clarificar de qué modo afectan a la fianza. A esos efectos, el legislador del Código español habría optado por tratarlos a todos de la misma manera y disponer de manera general la extinción de la fianza.

Es decir, parece que el legislador ha querido un tratamiento protector de la fianza solidaria en el sentido de disponer su extinción cuando se produzca cualquier tipo de «alteración» en la relación de base, sea una novación o sea una remisión o condonación, pero también si se trata de un cambio o alteración como sería una decisión (deliberada, no automática) de compensar la deuda con otra de uno de los deudores principales (no del único, que conllevaría de nuevo la extinción ex artículo 1847 CC) frente al acreedor²⁸. No se puede obviar el hecho de que, al ser varios los deudores principales y producirse una condonación o compensación de uno de ellos, por ejemplo, la posición del fiador solidario automáticamente se agrava y empeora, ya que sale de la ecuación uno de los deudores originarios, con lo que existen más posibilidades reales de que el garante tenga que hacer frente a la deuda por impago de los que queden, aunque la misma se haya podido ver reducida parcialmente con consecuencia de estos eventos. Esto abocaría a la extinción de la fianza o a su mantenimiento solo si consiente *ad hoc* el fiador.

En suma, cabría presuponer que la remisión del artículo 1822.II CC al artículo 1143 CC fue seguramente adoptada por nuestro legislador del Código pensando en las fianzas solidarias antes que en las obligaciones solidarias.

A este respecto, no tiene sentido establecer la extinción de la garantía solidaria para un número tan considerable de supuestos como los recogidos en ese artículo 1143 CC, incluidas las novaciones, si no se ha querido de forma explícita que sea así.

Allí se hallaría la base para sostener el criterio o regla general de que cualquier evento o cambio sobrevenido y no previsto contractualmente, y que afecte a la relación principal debitoria sea o no novación como tal, determinará la extinción de la fianza solidaria por suponer genéricamente un peligro o riesgo para el fiador de empeorar su posición y por no haber concurrido la prestación de su consentimiento a ese cambio. Ello tanto si hubo una novación, del tipo que sea, como una condonación, o un acuerdo de compensación o acto de confusión de deudas producidos entre uno de los deudores y el acreedor.

²⁸ También seguramente sucederá lo mismo cuando hubo un acto igualmente consciente y deliberado de ocasionar una confusión de deudas entre acreedor y uno de los deudores, la cual también tendría una repercusión directa en la posición del fiador solidario, que llevaría a la solución de la extinción de la fianza.

Por lo que concierne a la novación como tal por cambio de la persona del deudor, como sucede en el supuesto que sirvió de partida a este trabajo, cuando el acreedor presta su consentimiento a la novación, sea extintiva o modificativa, y quede uno solo de los deudores donde antes había dos o más, cabría pensar también que estamos específicamente ante una suerte de «renuncia» a la solidaridad (entre los deudores principales); ya respecto de la fianza solidaria cabría pensar que ha habido una renuncia del acreedor a la fianza misma. Esto se debe a que se entiende que el acreedor ha querido explícitamente reconstruir la relación debitoria principal empezando desde cero, con unos nuevos actores, y por tanto prescindiendo de la garantía proporcionada por el fiador solidario, que era un elemento accesorio conexo a la deuda primitiva y solo a ella.

5. ANÁLISIS DE CASOS POSIBLES

Veamos a continuación si las anteriores conclusiones encuentran respaldo en el examen de cada tipo de novación, sea subjetiva u objetiva, sea modificativa o extintiva.

Es evidente, como aclaración, que, si una novación se califica judicialmente como extintiva, tras haberse practicado la prueba pertinente, no cabe duda de que ello acarreará automáticamente, siempre y en todo caso, la extinción de la fianza solidaria conforme al artículo 1847 CC.

5.1. NOVACIÓN EXTINTIVA Y MODIFICATIVA

En este apartado nos planteamos la cuestión de si la novación de la deuda principal que, conforme al artículo 1143 CC (al que remite de modo genérico el art. 1822.II CC), da lugar en principio a la extinción de la fianza solidaria debe tratarse de una novación extintiva o puede ser también una de tipo modificativo.

Esto nos lleva a la cuestión del pacto novatorio o modificativo suscrito entre el acreedor y el deudor y su influencia en la extinción de la fianza por novación.

Como ha afirmado la doctrina, es imaginable que las principales partes vinculadas decidan acometer una alteración, normalmente de tipo objetivo y no subjetivo, y además le otorguen a esa alteración de forma expresa la calificación de «pacto modificativo», excluyendo explícitamente que tenga carácter «extintivo» a pesar de que la conclusión externa pudiera ser la de considerarlo como extintivo por

concurrir una «incompatibilidad total» entre la obligación anterior y la nueva en los términos del artículo 1204 CC. Todo ello se haría, entre otros motivos, con la evidente y no confesada finalidad de conservar los elementos «accesorios» como la fianza, la cual de otro modo se extinguiría de forma automática, conforme al citado artículo 1847 CC, con la novación extintiva de la deuda principal por derivación del principio de accesoriedad.

Parece razonable sostener que estas estipulaciones o pactos no pueden ser vinculantes ni eficaces frente al fiador, ya que se vería afectado de lleno por una estipulación que seguramente le perjudica, o en general le afecta, sin haber intervenido en ello²⁹. Por lo tanto, si estuviéramos ante una auténtica novación extintiva, entonces habrá que sostener la desaparición de la fianza, sea normal o solidaria, conforme al artículo 1847 CC.

Fuera ya del posible pacto sobre la calificación del mismo como novación extintiva o modificativa, debemos efectuar una reflexión relevante sobre las consecuencias de la novación en la fianza solidaria: si en el artículo 1143 CC solo tuviera cabida la novación extintiva de la deuda principal, entonces no tendría sentido la remisión del artículo 1822.II CC, es decir, no haría falta esa referencia, ya que estaría incluida de forma directa dentro de la norma general del ya citado artículo 1847 CC. Por tanto, parece razonable defender que, si se quiere dar algún sentido a la conexión entre 1822.II y 1143 CC en materia de novaciones, ese debería ser el de dar entrada a todo tipo de novaciones, en especial a aquellas que solo supongan modificación de la relación principal, para elevarlas a la categoría de causa legal extintiva de la fianza solidaria.

Como es obvio, no por ello se puede ya concluir que cualquier tipo de novación o modificación objetiva o subjetiva acarrea automáticamente la extinción de la fianza solidaria. Eso exige un examen detenido de cada posible supuesto. Las mayores dudas se centrarán en las novaciones modificativas objetivas, si el cambio no se refiere a aspectos sustanciales, así como en las novaciones subjetivas por cambio de acreedor.

5.2. NOVACIÓN SUBJETIVA POR CAMBIO DE DEUDOR

No obstante, vamos a empezar el análisis por las novaciones por cambio de la persona del deudor, donde en principio parece más evidente la extinción de la fianza solidaria constituida en garantía de la deuda principal novada.

²⁹ *Vid.* sobre el tema CASTELLANOS CÁMARA, S., 2020, pp. 293 y ss.

Es habitual en doctrina defender que la novación por cambio de deudor constituye siempre un supuesto de novación extintiva, por lo que, siendo así, la fianza se extinguiría en todo caso, sea fianza normal o, por supuesto, fianza solidaria³⁰.

Desde esta perspectiva, la aplicación a las fianzas solidarias del mandato del artículo 1143 CC, y su efecto extintivo de la fianza, resulta incuestionable³¹.

Sin embargo, lo que resulta llamativo es que el legislador no haya previsto de forma expresa la modificación subjetiva de la posición deudora como causa general de extinción de la fianza normal (no solidaria) y no aparezca expresamente recogida dentro de los artículos 1847 y ss. CC, referidos a las causas de extinción, mientras que sí se recoge de forma explícita, como causa extintiva, el singular y mucho menos relevante caso de la prórroga de la obligación principal, en el artículo 1851 CC.

En todo caso, como ya se dijo más arriba, el artículo 1847 CC («extinción de la fianza al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones») traerá consigo, de

³⁰ Así, entre otros, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., 1985, pp. 197-198, citando la opinión clásica de SANCHO REBULLIDA, 1991, p. 303. También GUILARTE ZAPATERO, V., 1997, p. 58.

En la misma dirección, GÁLVEZ CRIADO, A., 2007, p. 177, para quien siempre se produce la extinción de la garantía salvo que los garantes consientan su subsistencia. Afirma además que la razón no se halla en el posible perjuicio para los terceros garantes, sino en la necesidad de protección de la regla contractual establecida entre acreedor y fiador, en cuanto se estableció respecto de una obligación y una persona concreta, lo que impide aplicarla a otros sujetos si no ha mediado la conformidad expresa o tácita del garante.

Frente a este sector doctrinal, otros autores admiten la posibilidad de que el cambio de deudor pueda suponer una mera modificación, siempre que así lo pacten las partes afectadas (acreedor y nuevo deudor), lo que parece factible, solo que ese pacto no conllevará su oponibilidad a los fiadores, en especial a los solidarios. *Vid.* al respecto CASTELLANOS CÁMARA, 2020, p. 242 y ss.

³¹ En Italia, BOZZI, 1985, p. 265, señala con rotundidad que la obligación fideiusoria se extingue en la hipótesis de novación subjetiva pasiva de la obligación principal (art. 1235) si el garante no consiente expresamente en mantener la garantía.

En Alemania, el § 418.1 del BGB expresamente señala, al regular la asunción de deuda, que: «Como consecuencia de la asunción de la deuda, se extinguen las garantías y gravámenes constituidos para el reclamo. Si existe hipoteca o hipoteca naval para el crédito, ocurre lo mismo que si el acreedor renuncia a la hipoteca o hipoteca naval. Estas normas no se aplican si el fiador o la persona a quien pertenece el objeto retenido al momento de asumirse la deuda las consiente».

Es interesante esta disposición del BGB en cuanto establece para su subsistencia el consentimiento expreso del fiador, manifestado al momento de asumirse y no después, y además da a entender, respecto de las hipotecas, que la asunción de deuda implica una suerte implícita de renuncia a la garantía por parte del acreedor. La regla extintiva se basa, según la doctrina alemana, en la idea de protección del garante como consecuencia de un aumento del riesgo y sobre la base de que el nuevo deudor puede ser menos solvente que el primitivo. También sería aplicable a los casos de asunción de contrato: STÜRNER, 2015, p. 626; GRÜNEBERG, 2009, p. 608. Otros autores como MÖSCHEL, 1979, p. 1207, lo justifican en el significado central que la persona del deudor suele adquirir para el fiador a la hora de asegurar el cumplimiento o asegurarse el derecho de reembolso. Para ROHE, 2012, p. 1938, la regla encuentra su excepción cuando el cambio de deudor se produce por iniciativa del propio fiador.

forma implícita pero inequívoca, lo siguiente: que, si la novación es extintiva de la obligación principal, y en principio siempre lo será, en caso de modificación de cualquier tipo en la persona del deudor, tendría perfecta cabida en ese artículo 1847 CC esta novación, con lo que se extinguirá también la fianza.

Es evidente que esta conclusión no cambiará por el hecho de que, siendo más de uno los deudores principales (solidarios), el cambio se produzca solo por la salida de uno de ellos y su sustitución (o no sustitución) por otro nuevo deudor, permaneciendo el otro u otros restantes como deudores.

No obstante, resulta relevante preguntarse si, a pesar de esta conclusión general, sería posible y lícito un pacto previo en origen entre acreedor y deudor conforme al cual el futuro cambio de la persona de este último (sea con sustitución plena, sea con sustitución de uno de los varios deudores o sea simple salida de uno solo de ellos) no suponga extinción; o bien el pacto o estipulación entre fiador solidario y acreedor por el cual, de modo general, la fianza persista cualesquiera que sean los cambios subjetivos que se produzcan en la posición deudora³².

Sin duda, esta cuestión es importante aclararla, ya que, por ejemplo, en los contratos de préstamo hipotecario, en los de préstamo personal o en contratos crediticios en general suscritos por entidades financieras es imaginable que se incluya, dentro del clausulado general, una garantía personal solidaria de algún pariente o allegado que asegure el cumplimiento de la obligación principal del prestatario, y que también se introduzca alguna cláusula o estipulación (condición general) de inalterabilidad de la garantía por cualquier alteración futura de la persona del deudor. Piénsese, por ejemplo, en una previsión contractual según la cual, siendo dos los prestatarios (*v. gr.*, son cónyuges o pareja de hecho), si se produjera una ruptura de la convivencia o del vínculo, se pudiera —mediante acuerdo nuevo entre banco y deudor, sin intervención del fiador— continuar la relación con uno solo de ellos manteniendo vigente de forma expresa la fianza sin que eso supusiera su extinción, siendo aceptada esa estipula-

³² Un caso en el que se recoge una cláusula en contrato (de préstamo) con condiciones generales, en el cual se incluye un acuerdo de constitución de fianza solidaria donde expresamente se prevé la continuación de la garantía a pesar de posibles prórrogas, novaciones, renovaciones o modificaciones de cualquier tipo de la deuda principal, aparece recogido en la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 14.ª) de 25 de enero de 2019 (Sentencia núm. 7/2019 de 25 enero JUR\2019\110251), aunque en ella la disputa no giraba propiamente alrededor de la validez de este tipo de estipulaciones concretas. Esto implica que este tipo de estipulaciones son relativamente frecuentes, al menos en el ámbito de los préstamos con o sin hipoteca, cuando a los mismos se adjunte una garantía personal solidaria de terceros.

ción de forma expresa por el fiador solidario dentro del clausulado general.

A nuestro juicio, resulta muy dudosa la admisibilidad de esta estipulación. Por lo pronto, en las situaciones expuestas parece claro que sería una cláusula o condición general predispuesta que debería someterse al control de incorporación (podría ser una cláusula sorpresiva, por inesperada), así como al control de contenido y al control de transparencia.

No obstante, incluso aunque superase esos controles, por carecer de la condición de consumidor el avalista, la singularidad que supone el que estemos ante una garantía que además es solidaria conllevaría el grave peligro de la incertidumbre acerca de lo asegurado. Ello pugnaría contra el mandato del artículo 1826 CC, dado que el fiador se estaría obligando a más, entendido ello en sentido cualitativo más que cuantitativo, de aquello a lo que se obligó el deudor principal. En general, debemos pensar que la introducción de cualquier cambio en la persona del deudor o deudores, dado el riesgo de ser menos solvente que el anterior, debería afectar del lleno al fiador, y mucho más al fiador solidario, por lo que no valdría a tal fin una autorización genérica y abstracta efectuada antes de la modificación efectiva, salvo si se produjo un posterior consentimiento expreso *ad hoc* a ese concreto cambio o se previó de manera explícita en origen un concreto supuesto de cambio futuro con perfecta delimitación de la situación e identificación de los sujetos a los que afectaría (lo que desde luego no es fácilmente imaginable)³³.

Por otro lado, dejando ahora de lado estas hipótesis de previsión anticipada de la modificación subjetiva de la posición deudora, en los supuestos en que estemos ante un cambio de deudor, consentido por el acreedor, por el que se queda uno solo cuando antes había dos o más, lo que estaría haciendo en buena medida ese acreedor, respecto del fiador solidario, sería renunciar tácitamente a la fianza misma.

Aquí debería jugar de forma relevante la regla *res inter alios* y el principio de inoponibilidad general, en el sentido de imposibilitar la afectación del fiador solidario por este cambio de la persona del deudor, pactado entre este y el acreedor, haciendo inoponible una decisión tan relevante como esta por no haber intervenido en ella.

³³ Esto que decimos respecto de la modificación subjetiva de la parte deudora debe ser extensivo a cualquier pacto o estipulación que prevea de antemano el consentimiento del fiador solidario a cualquier modificación objetiva de la deuda principal o a la vez a una modificación subjetiva y objetiva, como sería la producida mediante una subrogación en el préstamo hipotecario conforme a la Ley de 1994.

Ello debería incluso extenderse a las situaciones en que el cambio de deudor haya sido mediante su sustitución por otro u otros y pudiera suponerse que no ha sido perjudicado el fiador solidario, sino incluso «beneficiado» si resultaba que el nuevo deudor era hipotéticamente más solvente en comparación con el antiguo. De nuevo, una decisión como esta debe quedar siempre en manos del propio fiador, prestando (o no) su consentimiento a esa alteración subjetiva³⁴. Por este motivo, no se puede considerar que el cambio le ha beneficiado sin haber escuchado la opinión del fiador solidario, quien puede aportar al juzgador, en caso de disputa al efecto, buenas razones para considerar perjudicial para él el cambio producido en la persona del deudor (por ejemplo, que ese nuevo deudor fuese un competidor o un enemigo profesional o personal del fiador que estuviera interesado en hacer responder patrimonialmente al garante dejando de cumplir la obligación asumida de forma deliberada).

Incluso en el hipotético caso en que salga el deudor primitivo (o uno de ellos) y se introduzca un nuevo deudor junto al preexistente, el beneficio no se podría considerar tan seguro y evidente para el fiador, puesto que existirá siempre el riesgo de insolvencia sobrevenida o provocada del nuevo o nuevos deudores, razones por las que debe ser exigible siempre el consentimiento expreso o tácito del fiador solidario. De nuevo se puede traer a colación aquí el criterio del artículo 1851 CC en cuanto a que es muy probable que el cambio de deudor implique la concesión expresa o tácita de una prórroga para el cumplimiento por parte del nuevo deudor.

También se puede dar el caso extremo en que la novación podría resultar beneficiosa o positiva para el fiador solidario cuando se introduce un nuevo deudor junto al preexistente o preexistentes, que seguirían vinculados.

A pesar de todo, a nuestro juicio esta cuestión debería quedar siempre en manos del consentimiento (expreso o tácito) del fiador, quien debe poder apreciar con toda libertad si le parece más solvente o más beneficiosa la nueva situación creada, pero no presumirse sin más judicial o extrajudicialmente. Por poner un ejemplo, cuando se introduzca un nuevo deudor, además del preexistente, el fiador podría tener un problema jurídico derivado del hecho de que no ha prestado su consentimiento a la modificación: así, si se reclamase el pago al fiador solidario, a pesar de haber dos o más deudores principales, y el fiador finalmente pagase, podría plantearse la

³⁴ Cuestión distinta es que el nuevo deudor haya introducido como una suerte de «asunción cumulativa de deuda», ya que en estos casos el deudor primitivo no habrá cambiado, sino que seguirá siéndolo frente al acreedor, en cuyo caso no se puede considerar afectada la garantía solidaria.

duda jurídica de si existe o no el derecho de regreso o de reclamación frente al nuevo deudor (dado que no ha quedado vinculado frente al fiador), o incluso si sería factible la subrogación por pago dirigida de forma expresa a reclamar al nuevo deudor, ya que no concurriría ninguno de los supuestos del artículo 1210 CC.

Por otro lado, cuando el acreedor introduce un nuevo deudor junto al primitivo o primitivos estaría buscando una mayor seguridad de cobro de la deuda. Sin duda, esto repercutirá en la posición del fiador solidario, en cuanto se habría perdido de manera implícita su condición de centralidad, y no podría descartarse una renuncia tácita y general del acreedor a la garantía preexistente.

Precisamente por todo lo anterior, parece muy razonable exigir como norma que cualquier cambio en la posición pasiva de la obligación principal sea siempre consentida por el fiador, de modo que no le afectará en el futuro si no presta su consentimiento, en aplicación de la norma del artículo 1143 CC, incluso aunque pudiera probarse que le beneficia objetivamente la nueva situación (aunque esto es difícil que un juez lo pueda valorar y es razonable dejarlo en manos de una decisión del fiador solidario). Téngase en cuenta que en todo caso se habría producido una alteración de la previsión contractual sobre la alcance de la garantía sin intervención del garante, por lo que sería razonable la negativa de este último a asumir el cambio producido³⁵.

Más abajo nos referimos a las novaciones por cambio de deudor de origen legal, donde no se pueden trasladar sin más las ideas expuestas de extinción automática de la fianza solidaria, sino que se debe atender a la norma concreta y al espíritu y finalidad de la misma para deducir unas u otras consecuencias.

5.3. NOVACIÓN OBJETIVA

A continuación se examinan posibles supuestos de novaciones modificativas objetivas³⁶ para ver si en ellos está justificada una

³⁵ Si se trata de una novación tácita, habrá que establecer una pauta general para todas las situaciones y presumir que la voluntad era la de sacar de la ecuación al fiador solidario, porque quizás quepa pensar que siempre habrá una novación de tipo extintivo, es decir, con efecto extintivo (extintivo respecto del fiador, cuando menos), aunque se pudiera considerar que en la práctica hubo una novación modificativa precisamente porque no ha dado su consentimiento al cambio y ello le puede perjudicar. Quizá eso sea lo que está en la base de la remisión del artículo 1822.II CC al artículo 1143 CC y a la extinción por novación, sin hacer distinciones: que toda novación, sea del tipo que sea, incluso tácita, produce, frente al fiador, efectos extintivos siempre, aunque no sea una novación extintiva o aunque las partes la hubieran configurado como «modificativa».

³⁶ Quedan fuera de este análisis las novaciones propias o extintivas en las que como es obvio se produce la extinción de la garantía aneja en aplicación directa del artículo 1207 CC.

consecuencia aparentemente tan drástica como la desaparición de la garantía.

Si recurrimos a casos examinados hasta la fecha en la práctica judicial nos podemos encontrar con supuestos de novaciones modificativas objetivas como las siguientes:

1.- Aplazamientos o moratorias para el pago de la deuda principal. En estas situaciones disponemos de una norma específica, el artículo 1851 CC, que es aplicable, si no directamente, sí por analogía, a situaciones similares. Aquí sabemos que, aunque técnicamente no estemos ante una novación extintiva, sino modificativa, la norma referida establece en todo caso un indudable «efecto extintivo» (siempre) de la fianza solidaria³⁷.

2.- Cambio por elevación a escritura pública de contrato privado. Habiendo un lapso de tiempo de separación entre documento privado y escritura pública, es posible que, al pasar de un tipo de documento a otro, se haya introducido algún cambio que sea relevante para el fiador y que pueda empeorar su posición.

En cualquier caso, incluso aunque eso no sucediera, como antes se avanzaba para casos asimilables parece claro que la sola elevación a público de un contrato privado, en tanto se hubiera producido un lapso de tiempo entre uno y otro, supondrá, en concreto y como mínimo, un acto de reconocimiento (nuevo) por parte del deudor de la deuda originaria, con un consiguiente nuevo plazo de exigibilidad y, sobre todo, de prescripción. No se puede negar que ello supone una novación que perjudicará la posición del fiador solidario que no ha intervenido, por lo que es razonable su protección mediante una medida como la extinción de la fianza.

3.- Novación mediante la suscripción de un nuevo documento ampliatorio del contrato originario. De este tipo de supuestos se ocupa la Sentencia de la AP de Valladolid de 5 de febrero de 1994, donde se declara la extinción del aval dado que era un negocio jurídico de contenido más amplio y sustancial incluso que una mera prórroga contractual (art. 1851 CC) en cuanto que se introducía una nueva causa de resolución del contrato³⁸.

Sobre este tipo de novaciones objetivas, *vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, 1999, p. 11 y ss.

³⁷ La jurisprudencia existente al efecto viene considerando en general que la concesión de prórroga conlleva extinción de la garantía, sea normal o solidaria, incluso aunque se trate de una simple prórroga del *terminus solutionis*, o concesión por el acreedor de una prórroga sin un contrato previo. A tal efecto cabe citar la Sentencia del TS de 20 de septiembre de 2001, con cita a su vez de otras anteriores del Alto Tribunal.

³⁸ Reproducimos el párrafo de la sentencia: «Señalado lo anterior, la consecuencia inmediata es que la demanda no puede prosperar en lo referente al señor M. G., al obtener acogida el primero de los motivos de oposición planteados por este; sin embargo, suscitada una segunda cuestión por el apelante, considera la Sala, aunque sea solo a efectos meramente dialécticos, que ni tan siquiera entendiendo que la voluntad de los demandados hubiera sido la de constituir inicialmente la fianza podría prosperar la demanda, pues el

4.- También podemos encontrarnos con una novación por cambio de acreedor acompañada de simultáneas modificaciones de las condiciones contractuales. Parece lógico que en tales casos todo el conjunto precise el consentimiento del fiador solidario y, si no se produce, entonces esos cambios no se podrán esgrimir frente a él, ya que sería «nueva y distinta deuda» frente a ese fiador³⁹.

Esto último es la idea básica que se debe extraer en casos de novaciones modificativas objetivas cuando hay una fianza solidaria: la de que, frente al avalista, cualquier cambio debe implicar calificarlo como una «nueva deuda», esto es, como una «deuda distinta» a la originaria, a la que ha venido a sustituir y que no estaría garantizada por el sujeto garante⁴⁰. El mandato del artículo 1851 CC es la guía que debe conducir a la defensa de la extinción de la garantía solidaria en cualquiera de las posibles modificaciones objetivas de la relación debitoria principal, aun cuando las mismas sean novaciones modificativas y no extintivas.

Dentro de este apartado cabría incluir también las hipótesis en las que se hubiera celebrado un contrato de obra y se hubiera asegurado con uno o varios avalistas el pago del precio o de las certificaciones de obra correspondientes mientras esté vigente el contrato. Aquí la cuestión se plantearía cuando, en el curso de las obras, se hicieran cambios o modificaciones de obra, muy habituales en este sector económico: ¿en tales situaciones debería darse por extinguida la fianza solidaria constituida?

simple examen del documento que se dice ampliatorio, de fecha 30 de abril de 1991, revela que en este no se limitan las partes a resolver una situación transitoria de orden financiero, como se indica en la declaración segunda, ni tan siquiera a conceder una prórroga al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, supuesto de aplicación del art. 1851 del Código Civil, sino que la modificación es tan sustancial que se establece y regula una nueva causa de resolución del contrato —impago a su vencimiento de las cambiales aceptadas— (condición segunda), no incluida en el primitivo, y en virtud de la cual precisamente se ejercita la acción resolutoria que encabeza la demanda, por tanto, se opera una novación del contrato que daría lugar a la extinción de la fianza, art. 1847 en relación con el 1143, ambos del Código Civil» (AC 1994/234).

³⁹ Un caso similar al expuesto, con hipotética modificación objetiva y subjetiva a la vez, fue resuelto por la Sentencia de la AP de Islas Baleares (Sección 5.ª) de 15 de enero de 2004, aunque lo fue en el sentido de denegar la extinción de la fianza solicitada por entender que la fiadora era a la vez codeudora solidaria del deudor (su hermano) y por considerar que se trataba realmente de una «renovación cambiaria» con emisión de nuevas cambiales que no supone propiamente modificación contractual ni concesión de plazo de prórroga ex artículo 1851 CC. (Sentencia núm. 7/2004 de 15 enero JUR/2004/79923). En general, no resultan convincentes los argumentos dados por el tribunal.

⁴⁰ Como ha dicho recientemente CASTELLANOS CÁMARA, 2020, p. 230, resulta harto discutible que la modificación obligacional no cause perjuicio a terceros.

Esta idea aparece reforzada por la doctrina estudiosa del artículo 1143 CC en el ámbito de la solidaridad de deudores, la cual no duda que, siendo una novación objetiva, los deudores solidarios que no participaron en ella ven extinguida la deuda frente al acreedor. *Vid.* por todos CAFFARENA, 1991, p. 133, quien solo matiza la subsistencia del vínculo en las relaciones internas de la solidaridad, pero esto último es justamente lo que no hay en una fianza solidaria.

No es posible dar una respuesta uniforme, sino adaptada a los respectivos contratos y estipulaciones incluidas en ellos. No obstante, como regla, debemos pensar que una garantía constituida para la ejecución de la obra supone una cierta previsión de vigencia del aval con independencia del tiempo de duración de las obras y de las posibles modificaciones de obra, por lo que en principio no darían lugar a extinción de la garantía al haberse regulado expresamente la garantía para cualquier eventualidad durante la realización de las obras y ser, a la postre, una garantía sobre deuda futura precisada de liquidación (art. 1825 CC)⁴¹.

Sin embargo, si se trata de modificaciones de obra muy relevantes que pudieran implicar un nuevo contenido obligacional, debería aplicarse el mandato del artículo 1143 CC y extinguir la garantía. En todo caso, las modificaciones no podrían nunca suponer una ampliación de la cuantía del aval si es que se fijó un límite máximo o una cantidad concreta de responsabilidad.

Por último, y como consideración global respecto de cualquier novación objetiva, no podemos perder de vista lo dispuesto con carácter general en el artículo 1852 CC, que dispone la extinción de la fianza «por algún hecho del acreedor» que impida la subrogación del fiador. El análisis jurisprudencial de supuestos posibles donde no se puede producir esta subrogación lleva la conclusión de que muchos de ellos implican cambios o modificaciones en la relación deuditoria principal por decisión unilateral del acreedor mismo o por acuerdo expreso o tácito con el deudor principal, lo que conduce a una equiparación de los mismos con la novación y a una aplicación del mandato del artículo 1143 CC en su traslación a las fianzas solidarias.

Lo anterior debe ser matizado cuando la posible «modificación» objetiva no sea tal, sino que se trate de un acto o documento de concreción o liquidación de la deuda dineraria garantizada, cuando se hubiera afianzado una deuda indeterminada o no líquida, conforme al artículo 1825 CC. En tales casos, como es lógico, no producirá la extinción de la fianza solidaria o aval, tal como, por ejemplo, señala la Sentencia de la AP de Jaén de 29 de noviembre de 1993 (AC\1993\2319).

Del mismo modo, entendemos que no habrá tampoco extinción del aval cuando, como examina la Sentencia de la AP de Granada (Sección 4.ª) de 23 de mayo de 2005, se ha otorgado sobrevenida-

⁴¹ Esto es lo que trata la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1989, que deniega la extinción de la garantía solidaria (Sentencia de 20 octubre 1989. RJ 1989\6941. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz).

mente por el deudor una escritura de constitución de hipoteca como modo de reforzamiento de las garantías junto a la fianza previamente constituida: en estos casos, no se produce una «novación» o cambio en la deuda principal, sino que se adjunta una nueva garantía (real) accesoria que, en principio, no afecta a la posición del fiador (Sentencia núm. 313/2005 de 23 mayo JUR\2005\155663).

5.4. NOVACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR.

Con carácter general, a diferencia del cambio de deudor, existen autores⁴² que consideran que el cambio de acreedor supone generalmente una novación modificativa y solo lo será extintiva cuando exista un *animus* explícito de extinguir la relación.

Lo que sucede es que esta idea puede que no sea aplicable plenamente a la fianza solidaria, de modo que, a pesar de que es razonable suponer que el cambio de acreedor no tiene por qué afectar a la posición deudora (y, por consiguiente, a la del fiador), la remisión del artículo 1822.II CC al artículo 1143 CC nos plantea de nuevo la duda, dado que no se hace allí distinción alguno sobre el tipo de novación, sino que existe una remisión general a los artículos 1203 a 1212 CC, donde se acogen todos los tipos posibles de novación, incluida la modificativa por cambio de la persona del acreedor.

Empezaremos analizando los supuestos de cesión de créditos y de subrogación por pago o subrogaciones convencionales y legales.

En los casos de cesión del crédito por parte del acreedor a favor de un tercero, ya sea en forma onerosa o gratuita, la solución podría ser favorable a la continuidad de la obligación fideiusoria básicamente porque, en estos casos, no se percibe el perjuicio del fiador solidario, quien no empeora su posición dado que sigue teniendo que responder por la misma deuda asumida por el deudor garantizado, solo que frente a un nuevo y distinto acreedor. El artículo 1528 CC apoyaría esa idea, dado que incluye a la fianza, como «accesorio», junto con la hipoteca, prenda o privilegio.

No obstante, como ya se advirtió en parte antes, no se debe restringir la disputa a si hubo o no perjuicio para el fiador solidario. Además, esa norma del artículo 1528 se refiere de forma genérica a la «fianza», pero no alude en específico a las hipótesis de fianzas solidarias. En estas últimas, el artículo 1143 CC sirve de contrapeso a ese fundamento legal; es más, se trataría de una norma más especial que técnicamente prevalecería frente a la general del

⁴² Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, 1985, p. 197, siguiendo de nuevo a SANCHO REBULLIDA.

artículo 1528 CC. Cabe recordar también que la accesoriedad que se le presupone a la fianza normal no cuadra con tanta facilidad en la solidaria al tratarse de dos contratos autónomos y separados o independientes entre sí, con sus propias motivaciones y fundamentos, donde el *pacta sunt servanda* y la regla *res inter alios acta* pueden tener unas especiales connotaciones que imposibiliten la transmisión automática de la garantía con la sola cesión del crédito principal.

Por otro lado, la inalterabilidad de la garantía debe ser examinada atendiendo a las distintas situaciones.

Así, es perfectamente imaginable que ese cambio del primitivo por un nuevo acreedor suponga algún tipo de riesgo o agravamiento de la posición del fiador.

Un ejemplo son las hipótesis, muy frecuentes en los últimos tiempos, de cesión global de activos, o de activos y pasivos, realizadas por entidades financieras para deshacerse de créditos tóxicos, cediéndolos a los llamados vulgarmente como «fondos buitre». Cabe pensar que, en situaciones de este tipo, la cesión automática de la garantía solidaria puede agravar, sin su consentimiento, la posición del fiador. En concreto, el fiador solidario se va a encontrar con un acreedor mucho más estricto, que no necesariamente va a seguir las pautas más flexibles de los bancos y sus reglas de conducta a la hora de iniciar las ejecuciones (hipotecarias o generales) contra el deudor y sus avalistas. Por ello, por ejemplo, es muy probable que estas nuevas entidades acreedoras no hayan suscrito el llamado Código de Buenas Prácticas, aceptado por la gran mayoría de las entidades financieras, con lo que tanto el deudor principal como los posibles avalistas podrían dejar de beneficiarse de las medidas legales previstas para esas situaciones⁴³.

⁴³ Hay alguna sentencia de audiencias, como la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 17.^a) de 20 de octubre de 2016, en la que parece denegar la extinción de la garantía solidaria cuando hubo una fusión por absorción de la entidad acreedora, aunque el avalista comenzó a serlo en el momento de la fusión, y no antes, por lo que en realidad prestó su consentimiento expreso a la operación.

La sentencia se expresa en los siguientes términos: «Finalmente, sobre las consecuencias de la fusión por absorción dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2007 (STS 155/2007) que "En la fusión de sociedad por absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, lo que determina que no sean causa de extinción de las relaciones contractual, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, precisamente por esa sucesión universal que se produce por la fusión , como establece el artículo 233, párrafo primero, de la vigente Ley de Sociedades Anónimas". En el caso que resolvemos resulta, del documento n.º 4 aportado en el acto de la audiencia previa (copia del Boletín Oficial del Registro Mercantil), que, como hemos dicho, el acuerdo de fusión por absorción fue aprobado en las juntas celebradas en fecha 21 de junio de 2012 y, sin embargo, sin hacerse

Del mismo modo, también es imaginable que el fiador se vea afectado por el cambio de acreedor —de acuerdo con lo pactado— en cuanto al modo y lugar de cumplimiento de la obligación principal (y, por tanto, de la obligación fideiusoria), ya que la aparición de un nuevo acreedor, no consentido por el fiador, podría obligar a este a tener que desplazarse para el pago o cumplimiento a otro domicilio si el domicilio se halla en otra localidad y el pago se ha previsto en el del acreedor, sea quien sea. También podría haber *mayores costes procesales* derivados de ese cambio de acreedor, de modo que el fiador podría verse en la tesitura de tener que iniciar un procedimiento judicial contra ese nuevo acreedor ante una jurisdicción distinta de la originariamente prevista, más lejana y, por tanto, mucho más gravosa para el fiador solidario al carecer ese acreedor cesionario de sede física en España o incluso no tener sede física conocida (cada vez más es posible hallarse ante acreedores cesionarios de créditos, multinacionales, fondos de inversión o empresas tecnológicas con una sede virtual o sin sede conocida o incluso inexistente en España).

Además, al margen de lo anterior debe tenerse en cuenta también la afectación posible de la relación obligatoria previa entre acreedor y deudor principal, la cual en muchos casos será una relación con obligaciones recíprocas o bilaterales⁴⁴.

De este modo, en casos de cambios de parte en una relación arrendaticia, se da una relación nacida de un contrato bilateral típico como un arrendamiento de vivienda. En estos contratos, y en muchos otros (como contratos de ejecución de obra garantizados con una fianza personal de otro sujeto distinto del deudor), el cam-

constar tal hecho, se firmó por las entidades absorbidas, representadas por D. Desiderio (que es quien las representó en las antedichas juntas), el documento de reconocimiento de deuda y afianzamiento en fecha posterior, esto es, el 2 de julio de 2012, en contra de las exigencias de la buena fe en el ejercicio del derecho. De ello se infiere que el ahora apelante se constituyó en fiador solidario conociendo que ya se habían llevado a cabo los acuerdos de fusión por absorción de las sociedades afianzadas, pues había actuado como representantes de las mismas en las juntas en las que se acordó, con lo que si a ello se aúna lo que queda dicho que señala la jurisprudencia en cuanto a los efectos de la fusión por absorción, que no sea causa de extinción de las relaciones contractuales, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, de lo que se infiere que tampoco es causa de extinción de la fianza pues, en contra de lo pretendido por el apelante, no se produce una novación subjetiva por cambio de deudor, con lo que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1207 de Código Civil. Pero es que, además, el ahora apelante no puede considerarse un tercero que no hubiere consentido en el cambio de deudor ya que, como hemos dicho, el documento de reconocimiento de deuda y afianzamiento es de fecha posterior a la de las respectivas juntas de las mercantiles en las que se acordó la fusión por absorción en las que participó como representante de las absorbidas». (Sentencia núm. 480/2016 de 20 de octubre. JUR\2017\56529).

⁴⁴ En Alemania, al comentar la doctrina el § 418 BGB, que extingue la fianza cuando se produce un cambio de deudor mediante una asunción de deuda, algunos autores defienden que esa extinción alcanza a aquellos otros casos en que se produce un cambio de sujeto mediante una asunción total del contrato. *Vid.* RÖTHEL, A., 2008, p. 1737.

bio de acreedor no se produce de un modo independiente y separado de la total relación jurídica con obligaciones recíprocas. Así las cosas, es indudable que, si hay un acuerdo de cesión global de contrato entre acreedor originario y nuevo acreedor, es imprescindible como regla el consentimiento del deudor. Sin embargo, no está previsto —ni contractual ni legalmente— que también deba consentir a esa cesión de contrato el propio fiador (aquí, el fiador solidario), como sujeto interesado y afectado por el cambio.

Desde esta perspectiva parece incuestionable que el cambio de acreedor respecto de la concreta obligación garantizada por la fianza sí que puede afectar y llegar a condicionar la posición del fiador, empeorando su posición, y debe considerarse muy lógico que sea precisa la aprobación o consentimiento del fiador solidario. Podría haber un incumplimiento previo del (nuevo) acreedor —por ejemplo, que no cumpla correctamente su deber de mantener al deudor en el goce pacífico de la cosa arrendada cuando haya un arrendamiento de vivienda—, pudiendo ser, por tanto, un sujeto mucho menos serio y diligente que el anterior arrendador. Como consecuencia, esa conducta puede llevar al deudor principal a incumplir su obligación básica correlativa de pago (del precio o de la renta), lo cual podría inducir al nuevo acreedor a dirigirse contra el fiador solidario para reclamarle el pago de esas cantidades.

Al margen de la posibilidad del fiador de oponer al acreedor las mismas excepciones propias de la relación básica (aquí la *exceptio inadimpleti contractus*, o la *exceptio non rite*), resulta evidente que el cambio de acreedor puede ocasionar un empeoramiento de la posición del fiador solidario y, por tanto, justificar el efecto extintivo de la garantía solidaria si no lo consintió el garante.

Ello es posible incluso en el ámbito de los contratos crediticios en general y de los préstamos hipotecarios y personales de entidades financieras, ya que en ellos, a pesar de la idea tradicional de que solo hay obligaciones para el prestatario (lo que posibilitaría la cesión del crédito a tercero sin consentimiento del sujeto obligado), las entidades acreedoras mantienen frente al prestatario diversas obligaciones durante la vida del préstamo, como ha sido defendido recientemente a nivel doctrinal⁴⁵. Siendo así las cosas, es de nuevo relevante examinar la posición del fiador solidario garante de las obligaciones del prestatario, ya que el cambio de acreedor sin su conocimiento ni consentimiento puede resultar lesivo para

⁴⁵ Vid. al efecto el excelente trabajo de MARTÍN FUSTER, 2020.

aquel y justificar la extinción o inoponibilidad del cambio conforme al artículo 1143 CC⁴⁶.

En conclusión, no podemos descartar en absoluto que, al no haber consentido este fiador el cambio de acreedor, pueda esgrimir una norma como la del artículo 1143 CC (en conexión con el art. 1822.II CC) y aducir la extinción de la fianza solidaria como consecuencia de la novación (subjética) por cambio de acreedor en tanto la alteración de la relación le haya afectado negativamente en algún aspecto de relevancia.

La norma del artículo 1143 CC no distingue, sino que se aplica a cualquier novación. Por tanto, no es descartable que ese cambio suponga frente al fiador solidario —aunque no en las relaciones entre acreedor y deudor— una verdadera «extinción» de la deuda originaria (novación extintiva) sin que pueda regir aquí la idea de «derecho accesorio» que late en el artículo 1528 CC.

Además de todo lo anterior, un acuerdo nuevo de cesión de la posición global de acreedor (o arrendador, en nuestro caso), en tanto se haya celebrado con intervención y consentimiento del deudor principal (p. ej., mediante cesión de contrato), va a producir un efecto inexorablemente lesivo para el fiador solidario como es, una vez más, un reconocimiento de la deuda por el deudor, con un consiguiente nuevo plazo prescriptivo y también una prórroga de cumplimiento. Ello nos remite al artículo 1827 CC, así como al mandato del artículo 1851 CC, y a la extinción de la garantía por los cambios relevantes producidos y no consentidos por el fiador solidario.

Por último, no puede perderse de vista que, como ha explicitado alguna sentencia del Tribunal Supremo antes recogida, como la Sentencia del TS de 15 de julio de 2008, es muy posible suponer que en las fianzas solidarias subyazga una suerte de vínculo de carácter personal entre fiador y acreedor (primitivo), de modo que no sea factible, sin consentimiento del avalista, su transferencia o cesión a un nuevo titular del crédito principal. Allí se decía explícitamente que «dado su carácter personal no puede ser transferida a favor del nuevo titular de la parcela sin autorización de la entidad fiadora».

Es muy probable que todo lo expuesto respecto de las cesiones de crédito se pueda trasladar sin demasiados inconvenientes a las

⁴⁶ Debe tenerse en cuenta que, con la fianza solidaria o aval documentada en escritura pública, como sucederá en muchas ocasiones, el perjuicio para el fiador solidario podría ser evidente, ya que la entidad financiera podría proceder a ejecutar tal título sin que en ese procedimiento ejecutivo fuese viable oponer por el fiador, como excepción, el referido previo incumplimiento del prestamista o nuevo acreedor de alguna de sus obligaciones contractuales o legales, por lo que es probable que se deba remitir a un procedimiento ordinario.

hipótesis en que se trate de una subrogación por pago del artículo 1211 CC o incluso en los casos de cambio de acreedor por subrogación legal de los artículos 1209 ss. CC. De nuevo, un cambio cualquiera en la persona del acreedor es susceptible de lesionar la posición del fiador solidario, por lo que, a falta de consentimiento del mismo, habría que defender el efecto extintivo conforme al mandato genérico del artículo 1143 CC.

De este modo y respecto de los supuestos de cambio de acreedor producidos mediante subrogación por pago, convencional o legal, regulados en los artículos 1209 a 1210 CC, de nuevo chocaríamos con un precepto legal como el artículo 1212 CC, que dispone la transmisión automática de los «derechos anexos» al crédito principal, en los que se incluyen los relativos a «fiadores o poseedores de hipotecas».

Sin embargo, cabe traer a colación la idea de que, a nuestro juicio, no es acertada la equiparación que hace la norma entre las fianzas, por un lado, y las garantías reales hipotecarias o de otro tipo, por otro, y con mayor motivo si estamos ante una fianza solidaria. La fianza no es propiamente un accesorio de la deuda principal, ya que se trata de una relación obligacional autónoma y diferenciada de la relación base y en ella han intervenido otras personas distintas del deudor (normalmente). Hablamos de una accesoriedad genética o de conexión, que no tiene por qué ser un beneficio anexo e inseparable de la deuda principal, que sea susceptible sin más de transmitirse con el crédito principal sin tener ninguna participación el fiador solidario. La norma citada tiene quizá algo más de sentido referida a la fianza normal, pero es mucho más dudosa cuando de fianza solidaria sin beneficio de excusión se trata. Aquí el legislador debe ser mucho más estricto e impedir la afectación del fiador solidario en cualquier alteración en la que no haya intervenido o prestado su consentimiento expreso o tácito.

En todo caso, se pueden traer a colación casi las mismas y exactas consideraciones expuestas antes respecto de las cesiones de créditos para llegar a las mismas conclusiones. La primera, que el cambio en la persona del acreedor, incluso aunque sea mediante una subrogación por pago, puede ser lesivo para el fiador solidario si resulta que la deuda principal se enmarca dentro de una relación jurídica bilateral o recíproca, tal como sucede en la gran mayoría de las situaciones imaginables, por lo que debe defenderse, a falta de consentimiento expreso o tácito del fiador, la extinción del aval por los cambios producidos. La segunda, que el nuevo acreedor es muy posible que se encuentre en una situación diferente a la del acreedor primitivo, por ejemplo, a efectos de aplicación de la nor-

mativa sobre Código de Buenas Prácticas, en caso de tratarse — como muchas veces sucede — de un crédito bancario o financiero en el que se ha podido subrogar ese tercero. Todo ello lleva de nuevo a considerar que la novación es siempre o casi siempre, frente al fiador solidario, una novación con efectos extintivos de la misma, aunque pudiera calificarse en abstracto como novación modificativa la producida en la relación principal.

5.5. ALGUNOS CASOS DE NOVACIÓN LEGAL (SIN CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR).

Frente a los casos de novaciones voluntarias, fruto de un acuerdo entre acreedor y deudor (o nuevo deudor), existen una serie de supuestos en los que, sin intervención del acreedor, se produce, por mandato legal cuando concurren determinadas circunstancias y presupuestos, una novación de la deuda que pudiera estar garantizada con una fianza solidaria.

En el ámbito de los arrendamientos urbanos conocemos algunos de ellos. Los artículos 12 y 15 de la LAU regulan supuestos en los que se produce un cambio en la persona del arrendatario, por mandato legal, una vez concurren las circunstancias allí previstas, debiendo el arrendador aceptar esos cambios aun contra su voluntad.

5.5.1. En concreto, y en primer lugar, el artículo 12 LAU regula el caso de desistimiento del arrendatario (único) y la posibilidad de que su cónyuge (o conviviente de hecho) no arrendatario pueda continuar en el arriendo hasta su terminación legal y sus prórrogas siempre que conviva allí con su cónyuge en ese momento y efectúe una manifestación en el plazo de quince días, previo requerimiento del arrendador. La aceptación del cónyuge del arrendatario dará lugar a un cambio de la persona del obligado principal sin que el precepto legal prevea en absoluto las posibles consecuencias sobre la posición del hipotético fiador, solidario o no solidario.

En principio, no habiendo regulación específica y no pudiendo tampoco deducirse una *ratio* singular de la norma que pudiera ser trasladable a las garantías constituidas en favor del arrendador, las consecuencias deberán ser las generales, esto es, la de la extinción de la fianza solidaria al haberse producido inequívocamente una novación extintiva del arrendamiento por cambio de la persona del deudor principal (art. 1207 CC).

El hecho de la que la norma prevea esta opción a favor del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario responde a una voluntad de protección de esa persona, por cuanto frecuentemente la misma

habrá quedado fuera del vínculo arrendaticio cuando lo normal hubiera sido suscribirlo ambos miembros desde el principio. Es cierto que la norma también incluye el caso de matrimonio o constitución de pareja de hecho posteriores en el tiempo a la firma del contrato de arrendamiento, a pesar de lo cual se equipara a los otros supuestos antes señalados, sin que haya motivos para otorgar un tratamiento diferente a la garantía constituida. El fiador solidario no prestó, ni ha prestado con ocasión del cambio de arrendatario, su consentimiento a ese nuevo deudor (que al mismo tiempo es acreedor frente al arrendador), el cual bien podría ser mucho menos solvente o menos fiable, como pagador de la renta, que el originario.

5.5.2. Del mismo modo, el artículo 15 LAU acoge otro supuesto de novación del arrendamiento por cambio de la persona de los deudores arrendatarios, siendo ambos los titulares conjuntos del arrendamiento. Esta hipótesis se produce cuando, ante la nulidad, separación o divorcio entre esos dos arrendatarios, la sentencia o escritura notarial que regule sus efectos disponga la atribución del uso de la vivienda arrendada a uno de ellos en exclusiva. En esas situaciones, el arrendamiento pervive, pero en la persona del cónyuge atributivo de ese uso, quien será nuevo arrendatario en exclusiva previa comunicación al arrendador en el plazo de dos meses.

De nuevo, la norma citada no establece nada acerca de la continuidad de una previa fianza solidaria que hubiera constituido algún pariente o allegado para garantizar la deuda arrendaticia. Por lo tanto, las consecuencias deberán ser las mismas que las señaladas para el artículo 12 LAU, a saber, la aplicación de las reglas generales ya expuestas y la consiguiente extinción del aval por haberse producido una novación (extintiva) de origen legal por cambio de la persona del deudor principal. En estos supuestos, parece evidente que los arrendatarios pasan de dos a uno solo, lo que sin duda perjudica la posición del avalista y justifica la extinción del aval.

5.5.3. Por último, nos referimos a la novación producida por aplicación del artículo 11 LAU y la doctrina jurisprudencial que lo ha desarrollado cuando eran dos o más los deudores y solo uno de ellos ejercita la facultad de desistimiento prevista en la citada norma.

Aquí no existe propiamente una regulación legal del cambio de arrendatario, sino que es la jurisprudencia menor de las audiencias provinciales la que ha asumido que, siendo en origen dos o más los arrendatarios (deudores solidarios), no se puede obligar a aquel de ellos que quiera salir de la relación arrendaticia a seguir en ella si el otro u otros no quieren hacer lo mismo. De ahí que se admita sin

graves inconvenientes la salida de uno de ellos y la permanencia del otro como arrendatario único, aunque algunas sentencias exigen que se produzca una aprobación del arrendador, muchas veces de forma tácita (incluso se llega a considerar como «forzosa» para el arrendador dada la facultad legal concedida, sin excepciones, por ese artículo 11 LAU y el derecho a la tutela judicial efectiva del que desiste).

Por ello, si ese arrendamiento estuviera garantizado por un avalista, normalmente un familiar o allegado de alguno de los arrendatarios, es lógico mantener el criterio de la extinción del aval al empeorarse de forma automática la posición del fiador solidario, por haber perdido a uno de los obligados principales, que bien podría ser el más solvente o el más cumplidor (y aun sin serlo: ese dato debe ser irrelevante).

En general, no hay base legal alguna, si se examinan todos los preceptos antes citados de la LAU, para obtener una conclusión contraria a la general de la extinción de la hipotética fianza solidaria otorgada por un familiar o allegado al arrendatario (como suele ser lo más habitual en la práctica).

5.5.4. Todavía dentro de la regulación del arrendamiento de vivienda en la LAU, conviene traer a colación el supuesto de novación legal derivado de la venta de la vivienda previamente arrendada, que determina un cambio legal automático en la posición arrendadora por parte del sujeto adquirente de la propiedad. Aquí tenemos una norma como el artículo 14 LAU, que resulta ser más explícita, en principio, al disponer que «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»

A pesar de todo, la norma no contiene tampoco ninguna previsión de efectos respecto de la fianza solidaria previamente constituida por un tercero avalista, y sí solo una subrogación en los derechos y obligaciones del arrendador, referida sin duda a su relación con el arrendatario o arrendatarios en exclusiva. No parece posible extender esa subrogación a la garantía solidaria, sobre todo por el hecho de que no ha habido consentimiento del fiador y de que se produce un cambio total en la relación arrendaticia y no una mera cesión del crédito del arrendador al cobro de las rentas, por todo lo cual, como ya se dijo más arriba, puede ser razonable la extinción de la fianza solidaria aplicando el artículo 1143 CC.

5.5.5. Dentro de los supuestos de novaciones impuestas por mandato legal deben incluirse aquellas normativas especiales y puntuales que se promulgan para situaciones sociales excepcionales. El caso más reciente y evidente es la normativa dictada con ocasión de la covid-19.

A este respecto, como sabemos, el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al covid-19, en su artículo 2, prevé para los arrendamientos de vivienda una prórroga o alargamiento del plazo del contrato en los siguientes términos:

«Artículo 2. Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual.

En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este real decreto-ley hasta el día en que hayan transcurrido dos meses desde la finalización del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se fijen otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes».

Como puede comprobarse, se trata de una norma excepcional que debe ser interpretada de forma restrictiva en cuanto a sus condiciones de aplicación, así como en cuanto a su ámbito de aplicación. Se prevé una ampliación o prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda en determinadas situaciones (finalización de prórroga obligatoria, pero solo la producida dentro del periodo de vigencia del estado de alarma). No se dice nada de las consecuencias de esa prórroga legal sobre las posibles garantías personales concedidas en su momento a favor del arrendador.

Dado ese carácter excepcional de la norma, es evidente que no puede extenderse a situaciones no previstas allí. Esto, aplicado a la cuestión que aquí se analiza de la extinción o subsistencia de la fianza solidaria, debe suponer que se apliquen las reglas generales de la novación y, por tanto, siguiendo el artículo 1851 CC y el artí-

culo 1143 CC, que se entienda extinguida la fianza. No hay argumento ni base alguna para considerar vigente la fianza tras la prórroga allí prevista⁴⁷. No vale la idea del carácter «accesorio» de la fianza, característica que tiene que ver más con el origen o nacimiento de la fianza y su dependencia de una obligación principal que con la posible idea de seguimiento, sean cuales sean los avatares que sufra esa obligación principal.

A lo sumo, se podría sostener, por tratarse de una consecuencia legal imperativa, inexorable para el acreedor, que la fianza persiste hasta la fecha de vencimiento prevista respecto de la deuda principal, con extinción a partir de ese momento, sin perjuicio de la subsistencia del vínculo entre acreedor y deudor (arrendador y arrendatario).

Sin embargo, esta opción no resulta a la postre viable. En primer lugar, por lo que se dijo al tratar del artículo 1851 CC, esto es, que al no estar vencida la deuda, como consecuencia de la prórroga, no le es exigible el pago al fiador solidario al no haber incumplimiento previo del deudor⁴⁸. En segundo lugar, porque nos encontramos ante una facultad otorgada legalmente al arrendatario, de libre ejercicio por el mismo, por lo que, dado que no ha intervenido el consentimiento del fiador, si se le considerase vinculado por esa prórroga, en realidad estaríamos ante un supuesto en el que quedaría la eficacia de lo pactado (en este caso, la prórroga o no de la fianza solidaria) al arbitrio de un tercero (art. 1256 CC), como sería el arrendatario, lo que no parece de recibo⁴⁹.

6. CONCLUSIONES

1. El pacto por el cual se constituye una fianza solidaria en beneficio del acreedor de la deuda principal tiene normalmente la consideración de pacto autónomo y diferenciado del que hizo surgir la relación debitoria entre acreedor y deudor principal. Ese pacto debe regirse por las condiciones y términos recogidos en el mismo, de modo que el fiador solidario solo esté vinculado frente al acreedor en la forma y alcance allí recogidos.

⁴⁷ En relación a las prórrogas acordadas por la autoridad, con base en intereses generales, dice GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 324, que ese tipo de prórrogas no producirán efectos extintivos de la fianza, sea cual sea, aunque no expone los posibles argumentos.

⁴⁸ A lo sumo, si dentro del periodo contractual originario se produjera el impago de alguna mensualidad de renta, sí que se podría dirigir el acreedor contra el fiador solidario.

⁴⁹ No obstante, si se hubiera producido el impago de las rentas dentro del periodo anterior al inicio de la prórroga, no solo podrían ser reclamadas por el acreedor frente a su deudor, sino también frente al fiador al no verse afectadas esas mensualidades por la prórroga legalmente concedida.

2. Por lo tanto, la idea primera que podemos deducir de las normas examinadas, reguladoras tanto de la fianza normal como de la solidaria, es que, como regla, los cambios en la deuda afectan a la garantía y permiten establecer el criterio general de la extinción incluso aunque no sean cambios especialmente trascendentes. A tal efecto, el artículo 1851 CC, aplicable a todas las fianzas, y en especial a las fianzas solidarias, ejerce un indudable poder de atracción: no es coherente defender la extinción de la fianza solidaria por simple prórroga de cumplimiento en una interpretación amplia y flexible como la empleada por la jurisprudencia y no hacerlo con otras modificaciones objetivas o subjetivas de mayor o mucho mayor alcance.

3 Esto también es coherente cuando hablamos de fianza solidaria, donde el avalista, justamente por haberse obligado en unas condiciones muy gravosas para él mediante el rechazo expreso del beneficio de excusión, merece un mayor trato protector de sus intereses, de modo que quede vinculado —siempre salvo pacto o consentimiento expreso o tácito del mismo— en los mismos términos pactados y, por lo tanto, cualquier cambio en la deuda principal debe implicar como regla un «efecto extintivo» de la garantía, aun siendo una novación modificativa.

4. La remisión que hace la mayoría de la doctrina a las reglas de la fianza para regular las relaciones externas entre acreedor y fiador resulta insuficiente al solo existir el artículo 1851 CC, que recoge un caso singular. Por otro lado, cuando el artículo 1847 CC viene a establecer que se extingue la deuda principal por cualquier de las causas generales, entre ellas la novación, se está refiriendo a los casos de novación extintiva, pero no resuelve los supuestos de novación modificativa de la obligación principal ni explicita lo que sucede cuando hay cambios en la persona del deudor o del acreedor.

Por ello, se hace inevitable el recurso al artículo 1143 CC en la remisión que hace al mismo el artículo 1822.II CC. A este respecto, es muy posible que, en la base de la regulación de la fianza solidaria y en la remisión al artículo 1143 CC subyazga, en última instancia y de forma latente, la consideración general de que cuando se produce una modificación de la base del negocio principal, sea cual sea, se altera la propia base del acuerdo específico de fianza y ello debe determinar inexorablemente la extinción de la relación fideiusoria. Sería una suerte de aplicación de las reglas generales sobre alteración de la base del negocio especialmente protectora de los garantes personales, pero sin necesidad de exigir la demostración de que ha habido una alteración sustancial, extraor-

dinaria e imprevisible. El mandato contenido en el artículo 1851 CC será, de nuevo, una buena base para defender esta postura.

5. En lo concerniente a las modificaciones objetivas producidas en la deuda principal, sean o no generadoras de una novación de tipo extintivo, las normas vigentes dan pie para una interpretación favorable al fiador, muy en especial al fiador solidario, dada su mucho más gravosa posición. Por lo tanto, cualquier cambio objetivo, incluso aunque sea de escasa entidad, implica o puede implicar una facultad para el avalista de desvincularse de su relación con el acreedor. Ello debe ser así al margen de que las modificaciones introducidas hayan agravado la posición económica o jurídica del avalista. De nuevo, el modelo legal del artículo 1851 CC sobre la modificación de la relación por concesión de una prórroga al deudor, con la consiguiente extinción de la fianza aun siendo fianza normal y no solidaria, debe arrastrar a su órbita, por analogía, a cualquier novación objetiva, sea cual sea su entidad.

6. Siendo solidaria la fianza, existiendo una expresa remisión al artículo 1143 CC y, por tanto, estableciendo la extinción general de esta fianza por cualquier novación o incluso por cualquier alteración de otro tipo de la obligación principal, existen poderosas razones para seguir unas pautas interpretativas y aplicativas orientadas a su protección y a la extinción de la garantía en caso de que se produzca cualquier tipo de novación o alteración de la relación debitoria principal.

La doctrina no se ha ocupado casi nunca de examinar con detalle las razones de la posible aplicación del artículo 1143 CC a las fianzas solidarias, por lo que, al margen de que haya autores que de forma genérica se hayan mostrado partidarios o contrarios a aplicar las normas de la solidaridad, no encontramos motivos para denegar la extinción de la fianza solidaria cuando se produce una novación o modificación objetiva.

El argumento de que el artículo 1143 CC remite solo a las novaciones objetivas de carácter extintivo resulta incongruente cuando es patente que ya el artículo 1847 CC ha previsto esos supuestos para cualquier tipo de fianza, incluida la normal o típica, por lo que se haría inútil esa interpretación del artículo 1143 CC en su traslación a las fianzas solidarias.

7. No es fácil encontrar las razones que podrían explicar con toda profundidad y detalle el sentido del artículo 1143 CC de dar por extinguidas las fianzas solidarias cuando se produce una novación. Aparte de las razones de tutela de fiador solidario como sujeto especialmente expuesto a cualquier alteración objetiva o subjetiva

va de la obligación principal garantizada, debemos pensar también en el principio *pacta sunt servanda* y el de *res inter alios acta* unidos al carácter accesorio de la garantía, los cuales llevan a establecer el criterio de exigir el consentimiento expreso o tácito de ese fiador para cualquier modificación de la relación debitoria principal producida entre acreedor y deudor como forma de hacer posible la subsistencia de la garantía solidaria tras dicha modificación.

8. Esto implica en buena medida, visto desde la perspectiva de las novaciones subjetivas o por cambio de la persona del deudor o incluso del acreedor, la necesidad de sostener que existe también una suerte de *intuitu personae* en la suscripción u otorgamiento de este tipo de fianza, idea que ya se insinúa en alguna sentencia citada, como la STS de 15 de julio de 2008.

Ya que el fiador solidario puede ser exigido directamente sin pasar por la reclamación ni el embargo previo de bienes del deudor, puede resultar razonable considerar que el vínculo contraído con el acreedor se limita a lo explícitamente pactado, así como a las partes que lo pactaron, sin que se pueda ver afectado por las distintas alteraciones subjetivas en la deuda principal que pudiera acontecer.

9. De este modo, al tratarse de un cambio en la persona del deudor mediante su sustitución por otro u otros o mediante la reducción de los dos (o más) deudores principales a uno solo, es razonable que se produzca la extinción de la fianza solidaria de manera general.

En estos casos, debemos pensar, con la mayoría de la doctrina, que todo cambio de deudor, sea cual sea, produce siempre una novación extintiva de la obligación principal, por lo que frente al fiador se extinguiría la garantía en aplicación de la regla del artículo 1847 CC.

Por otro lado, no se trata tanto de que ese cambio puede producir —y con frecuencia así será— un mayor riesgo para el fiador al tener que asumir el posible pago como consecuencia de situaciones de insolvencia declarada o no de ese nuevo o nuevos deudores. Es más bien que el avalista o fiador solidario hizo en su momento su cálculo previo de riesgos atendiendo a la persona del deudor y su situación patrimonial y personal, por lo que cualquier cambio de deudor no consentido debe producir una extinción de la fianza (aparte de que también se producirá normalmente la de la deuda principal). El fiador solidario ha prestado su consentimiento sobre una base subjetiva determinada y a ella habrá que atenerse: los cambios concertados entre acreedor y fiador deben abocar a la extinción de la fianza solidaria, salvo consentimiento expreso de

dicho fiador. Ello debe ser así incluso aunque pudiera intentarse la prueba de que el nuevo deudor principal va a resultar más solvente: la decisión de si le beneficia o no debe quedar en manos del fiador solidario por razones obvias.

10. La gran duda es el caso de cambio de acreedor. Aquí no puede descartarse de nuevo que la deuda contraída por el fiador, precisamente por ser «solidaria», participe de la naturaleza de deuda contraída *intuitu personae* a que antes nos referíamos, esto es, que la persona del acreedor también ha resultado decisiva a la hora de prestar el consentimiento al aseguramiento de la deuda ajena y que cualquier cambio de acreedor sea una *res inter alios acta* que deba pasar por el filtro del consentimiento del fiador.

No se trata tanto de que el fiador solidario pueda sufrir algunos perjuicios por tener que cumplir ahora frente a un sujeto distinto, lo que llevaría en principio a mantener la vigencia del aval cuando no hubiera tal lesión o perjuicio. Es más bien que el fiador decidió *motu proprio* aceptar pagar o cumplir frente a este sujeto acreedor concreto y frente a nadie más (a lo sumo, sus herederos en caso de fallecimiento), siendo frente a él una *res inter alios* inoponible cualquier cambio en la persona del acreedor operado entre deudor y acreedor o entre deudor y un nuevo acreedor. La singularidad de la fianza solidaria lleva a la conclusión de que el traspaso automático y sin consentimiento del fiador de dicha garantía, mediante el cambio de la persona del acreedor, debe quedar excluido y hacer inaplicable el artículo 1528 CC.

No puede perderse de vista además que, con bastante frecuencia, el acreedor principal lo es dentro de un contrato con obligaciones recíprocas donde asume también el papel de deudor, de modo que parece muy sensato excluir la continuidad de la fianza solidaria si no hay consentimiento del fiador ante el peligro de que pudiera haber habido un previo incumplimiento del (nuevo) acreedor, quien podría ser menos diligente o más insolvente que el primitivo en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que por lógica repercute en el avalista. Eso puede suceder con relaciones contractuales tales como el arrendamiento, donde cambie la persona del arrendador, pero también incluso en los contratos crediticios, que también son, como es sabido, relaciones bilaterales o recíprocas donde el cambio de la persona del prestamista puede tener consecuencias perjudiciales para el deudor prestatario y, por consiguiente, para el fiador.

11. En suma, el examen de los supuestos recogidos en el artículo 1143 CC, al que indudable e inexorablemente remite el artículo 1822.II CC en cuanto que no se puede soslayar su aplicación a

las fianzas solidarias por mucho que se intente una interpretación correctora (que en realidad sería derogadora de la norma), nos lleva a una reflexión última: que en Derecho español, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos donde no existe una remisión a las reglas de la solidaridad ni un artículo como el artículo 1143 CC español, existe implícita una suerte de principio de inmutabilidad de la fianza solidaria en el sentido de que, ya se trate de una novación, extintiva o modificativa, de la relación base, ya afecte al objeto, ya a los sujetos de la relación (e incluso cuando se produzcan cambios o alteraciones de esa relación que no sean constitutivas técnicamente de una novación, como sucedería con los demás casos descritos en el mismo art. 1143 CC), el fiador solidario no solo no se verá afectado ni vinculado por los mismos, sino que esas «alteraciones» conducirán a la extinción de la fianza misma al haberse desconfigurado la relación principal de referencia y no poder ya trasponer la garantía a esa nueva situación —no prevista ni consentida— de la relación obligatoria principal⁵⁰.

12. Las conclusiones anteriores no tienen por qué verse afectadas si el acuerdo de constitución del aval o fianza solidaria se hizo dentro de un contrato de mayor calado, como, por ejemplo, un préstamo con condiciones generales o un contrato de obra con condiciones generales también, y se suscribió un contrato autónomo de garantía anexo al principal. Al haber una ulterior novación o alteración de la relación debitoria entre deudor y acreedor, es probable que la posible renuncia o previsión contractual suscrita formalmente por el garante fuese ilícita por vulneración de los artículos 1826 o 1827 CC.

⁵⁰ A nuestro juicio, eso tiene sentido si esa relación obligatoria de referencia entre acreedor y deudor principal se ha alterado mediante actos o negocios jurídicos en los que ha intervenido el acreedor garantizado de forma voluntaria. Así sucede por ejemplo en casos de donación o incluso de confusión, donde es incuestionable que ha habido una manifestación de voluntad del acreedor de cambiar los términos de la relación (v. gr., ha aceptado la herencia sabiendo o debiendo saber que ello implicaba dejar a su propio criterio la subsistencia o no de la deuda y de la garantía misma, mediante la aceptación a beneficio de inventario o la aceptación pura y simple). Incluso si se tratase de una compensación, vista desde una perspectiva de no automaticidad de la misma, también en ella habrá habido una conducta volitiva del acreedor de aceptar la compensación, con lo que la garantía solidaria no debería subsistir al haberse producido una alteración no consentida en la relación base.

Incluso aunque no hubiera intervenido de forma directa o indirecta la voluntad del acreedor garantizado, la remisión al artículo 1143 CC que efectúa el artículo 1822.II CC tendrá el sentido de considerar una suerte de estricta aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a las fianzas solidarias en aras de la tutela del avalista, haciendo que se extinga la garantía ante cualquier alteración de la relación, la cual, frente al referido fiador solidario, habría pasado a ser otra distinta y diferente de la garantizada a la que no puede ya alcanzar la garantía.

No obstante, cabe imaginar que entre las cláusulas de la garantía se incluya una expresa renuncia o previsión contractual de mantenimiento de la vigencia de la garantía en caso de cesión a terceros del crédito del acreedor o en caso de cualquier ulterior novación o alteración sobrevenida de la obligación principal. Frente a ello, cabe sostener la muy probable ilicitud de esta clase de cláusula, tanto por afectar al mandato de los citados artículos 1826 y 1827 CC (para los casos en que la misma se incluya en un contrato al que no se le apliquen las normas sobre consumidores), como, en este último caso (esto es, contrato donde el fiador o el deudor principal tengan la condición de consumidor), por no superar seguramente los controles de incorporación, de contenido o de transparencia, dado que, no ya el acuerdo en sí, sino la cláusula específica que prevea la subsistencia a pesar de los cambios que pudieran introducirse en la relación principal (sean de naturaleza objetiva o subjetiva) podría ser declarada ilegal y abusiva conforme a la normativa general sobre consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Comares, Granada, 1988.
- BOZZI, Giuseppe: «La fideiussione, le figure affini e l'anticresi», en *Trattato di Diritto Privato, 13, Obbligazioni e Contratti*, Pietro Rescigno, ed. UTET, Turín, 1985.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, 1992.
- *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Recargas y novaciones hipotecarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: *Efectos del contrato de fianza: Relaciones entre Acreedor, Deudor principal y Fiador*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.
- «Fianza civil y mercantil», en *Tratado de Contratos*, Tomo IV, Rodrigo Berco-vitz (dir.), 3.ª edic., Valencia, 2020, pp. 5139 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de derecho Civil patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993.
- FÍNEZ RATÓN, José Manuel: «La prórroga como causa de extinción de la fianza», *Revista Jurídica del Notariado*, 5, 1993, pp. 71 y ss.
- GALVEZ CRIADO, Antonio: *La asunción de deuda en el Derecho Civil. Asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GRÜNEBERG: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 68. Auflage, München, 2009.

- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIII (Arts. 1822 a 1886 del Código civil), Edersa, Madrid, 1979.
- *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: *La novación extintiva por cambio de objeto*, Comares, Granada, 1999.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «La fianza mercantil», en *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, Francisco Javier Camacho de los Ríos, José Carlos Espigares y Guillermo José Velasco Fabra (dir.), Aranzadi, Cizur menor, 2021, pp. 59 y ss.
- MARTIN FUSTER, Jesús: «Controversias respecto a la terminación del arrendamiento de vivienda por parte de un coarrendatario», *Revista Actualidad Civil*, 2, febrero de 2023.
- *Obligaciones de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios*, Colex, 2020.
- MÖSCHEL: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, pp. 241-432, München, 1979.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Elcano, 1985.
- REYES LÓPEZ, María José: *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Ana Cañizares (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ROHE: *Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1 && 1-610 CISG, 3. Auflage, München, 2012.
- RÖTHEL, Anne: *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, vol.I, Köln, 2008.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- TAMAYO CARMONA, Juan Antonio: «La fianza: relaciones entre el fiador y el deudor», en *Tratado de Derecho Civil. Las garantías*, Tomo I, Wolter Kluwer, Madrid, 2016, pp. 161 y ss.
- STÜRNER: *Jauernig-Slechtriem-Stürner-Teichmann-Vollkommer Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Neubearbeitete Auflage, München, 2015.