

**LA LIBERACIÓN ANTICIPADA DEL FIADOR *PROHIBENTE DEBITORE*:
ANÁLISIS SOBRE SU PROCEDENCIA Y EFECTOS¹**

The early release of the prohibente debitor surety: analysis of its origin and effects

ITZIAR ALKORTA IDIAKEZ

itziar.alkorta@ehu.eus

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Cómo citar / Citation

Alkorta Idiakez, I. (2024).

La liberación anticipada del fiador *prohibente debitor*. Análisis sobre su procedencia y efectos.

Cuadernos de Derecho Privado, 10, pp. 12-51

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.67>

(Recepción: 08/10/2024; aceptación: 23/12/2024; publicación: 30/12/2024)

Resumen

El presente artículo examina la figura jurídica del fiador *prohibente debitor*, es decir, aquel que se compromete como fiador en contra de la voluntad expresa del deudor principal. A partir de un análisis histórico y doctrinal, se exploran los antecedentes y las distintas etapas del desarrollo de esta figura, destacando las posturas sobre su validez y los derechos del fiador para liberarse de su obligación antes de pagar. Se analizan las acciones de liberación y cobertura del fiador contempladas en el artículo 1.843 del Código civil, su regulación en el derecho comparado, y las diversas interpretaciones sobre su utilidad y legitimidad en la codificación moderna. El trabajo concluye con una propuesta de interpretación coherente con el sistema del Código Civil español, abogando por el rechazo de las acciones de relevación por parte del fiador *prohibente debitor* en función del interés del deudor y la sistemática del propio Código.

Palabras clave

Fiador *prohibente debitor*, liberación anticipada, acción de relevación, acción de cobertura, mandato, Código Civil.

Abstract

This article examines the legal figure of the *prohibente debitor* surety, meaning a surety who guarantees a debt against the express will of the principal debtor. Through historical and doctrinal analysis, it explores the origins and various stages of development of this figure, highlighting positions regarding its validity and the surety's rights to be released from obligation before payment. The paper examines surety release and coverage actions in the Spanish Civil Code's article 1.843, their evolution in comparative law, and differing interpretations of their utility and legitimacy in modern codifications. The study

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y en el Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-, de los que es I.P. el Dr. Galicia Aizpurua.

concludes with a proposal for a coherent interpretation aligned with the Spanish Civil Code, advocating for the acceptance or rejection of surety actions based on the debtor's interests and contemporary legal doctrine.

Keywords:

Prohibente debitore surety, early release, coverage action, mandate, Civil Code.

SUMARIO:

I. INTRODUCCION. II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. II.1. La acción de relevación del fiador antes del pago en el Derecho histórico: una cuestión controvertida. a) El recurso de la *actio mandati contraria* para recuperar la libertad del fiador. b) El Derecho común castellano. c) El Derecho moderno: La crisis del mandato de fianza y el paso a la fianza tipificada. d) El Código civil francés y el Anteproyecto belga de LAURENT. e) La codificación española. II.2. La oposición del deudor principal a la constitución de la garantía y su reflejo en la acción de relevación del fiador *antequam solvens*. a) Derecho romano y Recepción. b) El Derecho castellano. c) La codificación española. III. DERECHO COMPARADO. IV. A FAVOR DE LA LEGITIMACIÓN DEL FIADOR *PROHIBENTE DEBITORE* PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE RELEVACIÓN DE LA FIANZA. IV.1. El argumento formal: interpretación literal del art. 1.843. IV.2. Beneficio del deudor: la fianza *prohibente debitore* y la fianza *in rem suam*. VI. LAS TESIS CONTRARIAS A LA LEGITIMIDAD DEL FIADOR *PROHIBENTE DEBITORE* PARA EJERCITAR LAS ACCIONES DEL ART. 1.843. VII. NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE RELEVACIÓN Y COBERTURA: UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA FIANZA *PROHIBENTE DEBITORE*. VIII. CONCLUSIONES. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La fianza, como institución jurídica, ha sido objeto de numerosos debates y controversias a lo largo de la historia del Derecho civil continental. En particular, la figura del fiador que se obliga en contra de la voluntad del deudor o a pesar del deudor, conocida como fianza *prohibente debitore*, presenta interrogantes únicos en cuanto a su validez y a los derechos de regreso y relevación que asisten al fiador en estos casos. Aunque el artículo 1.838 del Código Civil parece marginar este tipo de fianza, el silencio del artículo 1.843 al respecto abre la posibilidad de que el fiador pueda ejercitar las acciones de relevación y cobertura, incluso cuando el deudor se ha opuesto a la constitución de la garantía.

La doctrina contemporánea e histórica ha debatido sobre las circunstancias en que el fiador está autorizado a interferir en la esfera jurídica del deudor, otorgando distinto valor, según la escuela o la etapa histórica, al interés o utilidad del deudor afianzado.

Aunque la validez del cumplimiento por parte del fiador *prohibente debitore* no plantea dudas, se ha debatido si el fiador antes de haber pagado puede pedir su liberación en las circunstancias enunciadas en el artículo 1.843 cuando acordó la fianza con el acreedor en contra de la voluntad expresa del deudor afianzado.

La rareza del supuesto – en la práctica no son muchos los casos en los que el deudor se opone a la constitución de la fianza, a no ser que se trate de fianzas predatorias o *in rem suam*– quizá no justifique dedicar excesiva atención a la figura, máxime cuando la jurisprudencia existente sobre la materia es muy escasa.² Sin embargo, estas acciones, que apenas se utilizan, lejos de ser meras piezas de museo, revisten un interés fundamental para construir una dogmática coherente de la fianza contemporánea. El estudio de la cuestión de su admisión o rechazo reviste un notable interés dogmático en la medida en que aborda el problema de la relación interna entre el deudor y el fiador que, a la postre, condiciona el contrato de fianza. De ahí el interés de su estudio.

Para resolver esta cuestión, es pues preciso indagar en la naturaleza de la relación entre fiador y deudor, sus reglas y límites. Una relación que quedó ensombrecida en la

² La SAP Córdoba, Sec. 1ª, 78/1992, de 15 de mayo de 1992, se refiere a este hecho con las siguientes palabras: “[...] lo que ocurre, y de ahí la escasa jurisprudencia sobre la materia, es que tales clases de sentencias resultan de difícil ejecución, pues los remedios que, conforme a lo establecido en el apartado final de la norma se conceden al fiador contra el deudor principal, antes de haber pagado, se desdobra en dos acciones con distinto objetivo; una tendente a que le releve de la fianza, y otra a lograr una garantía que le ponga a cubierto de los riesgos que el propio precepto enuncia. Es decir que el deudor debe relevar al fiador, liberándole de la responsabilidad que contrajo frente al acreedor, o debe garantizarle el ejercicio de la acción de regreso, susceptible de ejercitarse tan pronto pague al fiador. El primer remedio, consistente en la relevancia de la garantía asumida, sólo puede lograrla el deudor principal, según afirma Guilarte Zapatero, mediante dos procedimientos: bien pagando la obligación fiada, bien llegando a un acuerdo con el acreedor para que éste renuncie a la fianza o a su ejercicio. Pero ante la negativa o la imposibilidad del deudor a pagar, la doctrina se muestra contraria a la posibilidad de una ejecución forzosa y específica de la obligación, por entender que el fiador carece de acción directa contra el deudor para imponerle el cumplimiento coactivo de la obligación fiada o para procurar al acreedor tal cumplimiento. La otra posibilidad de exoneración de la fianza es aún más difícil por quedar al margen de la voluntad del deudor, pues precisará siempre de un acuerdo con el acreedor para que éste renuncie a la garantía o se comprometa a no ejercitarla, y no hay que ser muy perspicaz para anticipar que el acreedor no querrá ver disminuida la garantía del cobro de su crédito. En consecuencia, la liberación del fiador por este primer remedio cuenta con escasas posibilidades de éxito. Respecto al segundo remedio, con independencia de las dificultades que pueden surgir para el cumplimiento voluntario por parte del deudor de la pretensión del fiador, la cuestión surge cuando el deudor se niega a prestar la garantía solicitada o no la ofrece con las características necesarias para asegurar al fiador. La doctrina entiende que por tratarse de una obligación de hacer no es fácil admitir que pueda ser suplida su voluntad a los efectos de constitución de la garantía, pero observa Cossio que, ante la negativa injustificada del fiador, podrá obtener un embargo preventivo de sus bienes. En suma, entiende la doctrina que, ejercitado su derecho por el fiador, corresponde al deudor optar por relevarle de la fianza asumida o por garantizarle, pero si voluntariamente el deudor no procura ninguno de dichos resultados, la única medida eficaz que asiste al fiador será la de trabar los bienes de aquél mediante el oportuno embargo preventivo”; en este mismo sentido la SAP Sevilla, Secc. 5ª, 786/1999, de 25 de noviembre de 1999.

codificación, pero que, como veremos, sigue conservando las acciones de liberación y cobertura provenientes del mandato, como si se tratara de un fenómeno de cristalización.

En primer lugar, este trabajo se adentra en el análisis histórico y doctrinal de las acciones de relevación y cobertura, explorando las posturas que han surgido en las distintas etapas del desarrollo de las mismas. Desde el Derecho romano clásico hasta la codificación moderna, examinaremos cómo han abordado los juristas la cuestión de si el fiador tiene derecho a liberarse de su obligación antes de pagar cuando actúa en contra de la voluntad del deudor. A través de este recorrido, se busca ofrecer una comprensión integral de la naturaleza y los límites de la relación entre el fiador y el deudor en estos casos excepcionales; y arrojar algo de luz sobre cómo se ha interpretado su utilidad y legitimidad a lo largo del tiempo.

En la segunda parte del estudio dedicaremos un apartado a la comparación de la regulación española con la solución aportada por otros ordenamientos cercanos que también reflejan distintos enfoques en cuanto a la admisibilidad de la figura.

Nos referiremos después a la naturaleza de las acciones de liberación y cobertura y a su fundamentación actual. El debate sobre la naturaleza de las acciones de liberación ha estado condicionado por el parentesco originario entre las figuras de mandato y fianza, dando lugar a una disputa doctrinal que se prolongó durante siglos y que aún continúa. La tipificación de ambas figuras de forma separada durante la codificación no ha resuelto el problema. Por una parte, la constante interferencia del mandato en el estudio de la fianza ha dificultado la definición precisa de los elementos que la caracterizan y, por otra, su regulación sigue provocando confusión al delimitar las consecuencias de la fianza en la relación interna entre deudor y fiador.

A continuación, consideraremos las tesis favorables y contrarias que propone la doctrina civilística a la legitimación del fiador *prohibente debitore* para ejercitar las acciones del art. 1.843, destacando los argumentos principales de cada posición.

Finalmente, el estudio concluye con una interpretación que, en nuestra opinión, puede reforzar los argumentos de la tesis prohibitiva, logrando una mayor coherencia con la sistemática del Código Civil.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A lo largo de dos mil años de evolución, muchos principios de la fianza romana han adquirido el valor de dogma.³ La recepción del Derecho romano en materia de fianza llevó a los juristas a modelar esta figura sobre el esquema justiniano, cuyo régimen influyó en la codificación y sigue reflejándose en las cuestiones dogmáticas debatidas en la actualidad. Esta reglamentación justiniana, perfilada por el Derecho común de las diversas regiones europeas, presenta una notable uniformidad en la regulación positiva de la fianza debida a la fidelidad al planteamiento original del Derecho romano.

El Derecho romano clásico desarrolló la institución jurídica de la *fideiussio*, a la que se aplicaban las acciones *mandati contraria* y *utilis negotiorum gestorum contraria* del fiador derivadas del mandato y de la gestión de negocios ajenos, respectivamente.

El Digesto recoge la tradición histórica de estas acciones, entendiendo que, por razones de equidad, la liberación anticipada del fiador debe producirse de forma excepcional, cuando se den determinados supuestos que justifiquen la desvinculación del fiador-mandatario. Las Partidas castellanas reflejan fielmente las acciones contempladas en la Compilación justiniana.

Sin embargo, la interpretación que los Comentaristas medievales hicieron de estos preceptos los llevó a afirmar el principio contrario: en base a la protección de los intereses del deudor, no cabe liberar al fiador antes de haber pagado, ni siquiera en situaciones excepcionales como las recogidas en el Digesto. Como veremos, tanto los juristas clásicos como los Comentaristas empleaban argumentos basados en las características propias del contrato de mandato.

Con el Derecho intermedio, la fianza se emancipa del mandato y adquiere entidad propia gracias a la teoría sobre la abstracción de la causa en los contratos accesorios a la que haremos referencia en el epígrafe II.1 de este trabajo. En la etapa codificadora, la configuración autónoma de la fianza se reflejará en los Códigos de influencia francesa, que recoge las acciones de garantía y liberación del fiador antes de haber pagado, pero

³ El epígrafe sobre la evolución histórica se ha basado en bibliografía especializada sobre la fianza en el Derecho romano y en el Derecho común. En particular, las obras de los Glosadores y Comentaristas citadas en el trabajo están tomados de estas mismas fuentes. Arangio-Ruiz (1965); Burdese (1952); Campogrande (1902); Casanovas Mussons (1984:85-120); De Martino (1940); D'Ors (1991); Martini (2000); Miquel Gonzalez de Audicana (2019); Ortuño Sánchez-Pedreño (1998:82-122); Ravazzoni (1975); Reyes López, y Buigues Oliver (1995: 1451-1509); Sokolowski (1891); Torres Parra (1998). Las traducciones del Digesto que se recogen en este trabajo han sido tomadas de "El Digesto del Emperador Justiniano" traducido y publicado por Rodriguez de Fonseca (1872-1874).

sin hacer referencia a la relación de mandato de la cual se originaron. Sin embargo, la tipificación de la fianza como negocio jurídico no resolvió la cuestión histórica de la admisibilidad de la misma cuando la obligación se contrae contra la voluntad expresa del deudor al omitir cualquier referencia al respecto en la codificación de la figura.

El silencio del Código ha sido interpretada en sentido positivo por parte de la doctrina contemporánea mayoritaria, favorable a conceder acción liberatoria al fiador prohibente debitore en los casos contemplados en el artículo 1.843. A esta doctrina mayoritaria se ha opuesto más recientemente una opinión minoritaria a la que nos sumamos, y a cuyo argumentario pretendemos contribuir mediante este trabajo.

II.1. La acción de relevación del fiador antes del pago en el Derecho histórico: una cuestión controvertida.

El vigente artículo 1.843 del Código Civil tiene raíces profundas que se remontan al Derecho romano clásico, aunque, como veremos a continuación, la concepción de la naturaleza y de la justificación de la propia acción contemplada en dicho artículo han experimentado grandes cambios a lo largo de la extensa historia del precepto.

a) El recurso de la actio mandati contraria para recuperar la libertad del fiador

El Derecho romano poseía una rica tradición en cuanto a obligaciones de garantía. La figura del fiador (*fideiussor*) ya incorporaba la noción de indemnidad, reconociéndose el derecho del fiador *solvens* ha ser indemnizado una vez de cumplir con su deber.

Sin embargo, una peculiaridad de la *fideiussio* era la falta de una acción específica para el regreso del fiador tras haber pagado. Para garantizar la indemnidad del fiador, la jurisprudencia comenzó a utilizar las acciones contrarias del contrato de mandato, incluso en ausencia de un mandato expreso, recurriendo para ello al mandato tácito.⁴

El Derecho romano de la época clásica permitía al fiador usar la *actio mandati contraria* no solo para regresar,⁵ sino también para liberarse de su obligación antes de

⁴ Bernad Segarra (1999: 78) explica que la jurisprudencia utilizó la *actio mandati contraria* con esta función, aplicándola no solo a la *fideiussio*, sino también a la *sponsio* y a la *fidepromissio*. Así, el *sponsor* podía ejercer el regreso contra el deudor principal tanto con la *actio depensi* como con la *actio mandati contraria*. El Derecho justiniano finalmente asimiló la figura del mandante con la del fiador en el *mandatum credendae pecuniae* y en el *mandatum qualificatum*.

⁵ Además, la *actio cedendarum actionum* permitía al fiador que había pagado la deuda obtener la cesión de las acciones que el acreedor tenía contra el deudor principal. Esta acción complementaba a la *actio mandati contraria* al proporcionar una vía adicional para asegurar el reembolso.

cumplirla. De hecho, no se concede al fiador acción especial para pedir su liberación, sino la normal del mandato.

Esta doctrina quedó reflejada en la compilación justiniana a través de las leyes “Si pro ea” (C. 4.35.10) y “Lucius” (D. 17.1.38.1) a las que se añade la Decretal “Eum, pro quo te” (Extra 3.22.5), que otorgaban al fiador dicha acción de liberación anticipada en determinadas circunstancias.⁶

Los supuestos recogidos en estas leyes -que coinciden en gran medida con la actual regulación del art. 1843 del Código civil- incluyen:

- a) La condena del fiador.
- b) La excesiva prolongación de la obligación.
- c) La dilapidación o prodigalidad del deudor principal.
- d) El pacto *ab initio* entre deudor y fiador para liberar al fiador.
- e) La consignación por el fiador de la cantidad debida, ante la negativa del acreedor a recibirla o por otro motivo.⁷

⁶ Ley “Si pro ea” (C.4.35.10). Imperatores Diocletianus, Maximianus. “*Si pro ea contra quam supplicas fideiussor seu mandator intercessisti et neque condemnatus es neque bona eam dilapidare postea coepisse comprobare possis, ut iustam metuendi causam praebat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire, nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgueri certum est. Fideiussorem vero seu mandatorem exceptione munitum et iniuria iudicis damnatum et appellatione contra bonam fidem minime usum non posse mandati agere manifestum est.* » [Si has intervenido como fiador o mandatario por la persona contra la cual suplicas, y no has sido condenado ni puedes demostrar que ella comenzó a dilapidar sus bienes posteriormente, de manera que proporcione una causa justa para temer, ni desde el principio asumiste la obligación de tal manera que pudieras convenirla antes del pago, es seguro que no puede ser obligada al pago de ninguna manera legal antes de que hayas satisfecho al acreedor por ella. Es evidente que el fiador o mandatario, protegido por una excepción y condenado injustamente por un juez, y que no ha usado de la apelación contra la buena fe, no puede ejercitar la acción de mandato]. “Ley Lucios” (D. 17.1.38.1) Marcellus I.S. resp. “*Est enim earum specierum iudicialis quaestio, per quam res expediatur, non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet, fideiussor an et prius quam solvat agere possit, ut liberetur. nec tamen semper exspectandum est, ut solvat aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit aut certe bona sua dissipabit, praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori mandati actione reum conveniat.*” [Es una cuestión judicial de tales tipos, mediante la cual se resuelve un asunto, no muy diferente a aquella que frecuentemente se discute, sobre si el fiador puede actuar para liberarse antes de pagar. No obstante, no siempre se debe esperar a que pague o a ser condenado en un juicio, si el deudor se demora mucho en el pago o definitivamente dilapida sus bienes, especialmente si el fiador no tiene dinero en casa para pagar al acreedor y luego demandar al deudor mediante la acción de mandato.”] Compilación de Decretales. Gregorio IX. (Extra 3.22.5) “*Ponit tres casus, in quibus fideiussor contra debitorem agit, antequam solvat, ut a fideiussione liberetur. Eum, pro quo te fideiussorem obligasti, si diu in debiti solutione cessavit, aut dissipare bona sua coepit, seu super hoc condemnatus fuisti, iure poteris convenire, ut te a fideiussione debeat liberare.*” [Establece tres casos en los que el fiador puede demandar al deudor antes de pagar, para liberarse de la fianza: puedes legítimamente demandar a aquel por quien te has obligado como fiador, si se demora mucho en el pago de la deuda, si comienza a dilapidar sus bienes, o si has sido condenado por esto, para que deba liberarte de la fianza.]

⁷ Este último supuesto se hacía derivar de las leyes “Qui mutuum”, D. 17.1.56.1 y “Fideiussor qui minori”, D. 46.64; pero, no fue un supuesto unánimemente aceptado por la doctrina. Como veremos más adelante, se incluyó en la Partida 5ª, tit. 12, le 14, convirtiéndose en la 3ª de las razones por las cuales “*se desata la fiadura*”.

Estos supuestos comparten el motivo común de la mayor onerosidad para el fiador –salvo en el caso de que se trate de una liberación pactada entre fiador y deudor-, quien se encuentra en una situación más gravosa que la original debido a hechos no asumidos por él en el momento de constituirse la fianza. La acción anticipada de mandato buscaba evitar la indefensión del fiador y prevenir la frustración de sus expectativas de reintegro.

Es cierto que la anticipación de la *actio mandati contraria* antes de haber pagado conlleva un contenido distinto al que se ejercita una vez cumplido el mandato. Aunque, esta diversidad de contenido no implica que varíe la naturaleza de la acción cuando se ejercita antes de pagar. La especialidad radica en los supuestos en que se concede, pero, en ningún caso la acción contraria de mandato pierde su carácter recuperatorio, dirán los jurisprudentes.⁸

En estos casos, la doctrina argumentaba que, dado que el fiador no ha efectuado desembolso alguno, su pretensión no puede ser económica.⁹ Es cierto que antes de haber pagado no cabe por el fiador petición alguna de reintegro económico. Donello (1846) dirá que, desde un punto de vista económico, “*nihil autem abesse videtur ei qui non solvit*” (nada parece faltar a quien aún no ha pagado).¹⁰ Pero, la objeción es más aparente que real, ya que si antes de haber pagado no cabe por parte del fiador petición alguna de reintegro económico, sin embargo, “*el fiador reclama lo que falta debido al mandato*”.¹¹ En suma, la concesión de la *actio mandati contraria* no es económica sino jurídica, legítima al fiador para liberarse del vínculo jurídico que se vuelve en perjuicio suyo por causas ajenas a su voluntad.

En consecuencia, fuera del campo económico, la pretensión del fiador es estrictamente jurídica: la recuperación de su libertad. La concesión de la acción de mandato contraria legitima al fiador para liberarlo del vínculo jurídico que, aunque

⁸ Duarenus (1766: 518) aclara que también en estos supuestos “*mandatarius hac actione petit id quod sibi abest*” [con esta acción el mandatario pide lo que le falta].

⁹ Iacobus Butrigarius (1516); Bartulus de Saxoferrato (1547); Paulus De Castro (1553).

¹⁰ En estos supuestos resulta aplicable al fiador la ley “*Si quis mandato*” la cual establece que al mandatario-fiador “le falta aquello en lo que está obligado”. Obsérvese que el término “*abesse*” que emplea la doctrina se refiere al pago y no a la obligación del fiador. Por otra parte, Donellus (1846) advierte de que “toda acción es vana a menos que se trate de algo que se demande”.

¹¹ Ley “*Si quis mandato*” (D 17.1.45.5) Paulus 5 ad plaut. “*Quotiens autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa, non dandi tenebitur reus: et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur.*” [Cuántas veces hemos dicho que se puede actuar mediante mandato antes de pagar el dinero, el deudor estará obligado a hacer, no a dar: y es justo que, así como cuando alguien nos manda ejercer una acción, estamos obligados a cumplirla mediante la acción de mandato, de la misma manera, los que están obligados por la misma causa tengan la acción de mandato para liberarse.]

asumido voluntariamente frente al deudor principal, se vuelve en perjuicio suyo por causas ajenas a su voluntad. Es decir, el fiador actúa para ser liberado de esa obligación y así volver a su libertad original.

La liberación supone para el deudor principal una obligación de hacer y no de dar, a diferencia de los casos normales de ejercicio de la acción.¹² En definitiva, Donellus (1846: 67) dirá que: “[...] quien busca ser liberado actúa para hacer, no para dar”, dirá la doctrina. De modo que el fiador no actúa contra el deudor para que le pague el dinero debido, sino para que el acreedor lo libere.

Por otra parte, las leyes que otorgan el beneficio de liberación anticipada (“Si pro ea”, “Lucios”) no distinguen entre fiador mandatario y no mandatario. La *actio mandati contraria* y la gestión de negocios ajenos contraria tienen idéntica finalidad y contenido para el fiador cuando se trata de reconocer la acción *ad liberandum*, cuestionándose así Odofredus (1552) en esta temprana época la utilidad de la distinción entre fiador con o sin mandato, y, como veremos más adelante, a la postre la necesidad del propio recurso al mandato para justificar la concesión de las acciones de regreso y liberación anticipada al fiador que carecía de mandato expreso.

Los Glosadores, por su parte, pusieron en duda la doctrina de la liberación anticipada del fiador que había elaborado el Derecho romano. Accursio, apoyándose en el Digesto, consideró que el fiador no podía emplear las acciones de mandato o gestión oficiosa antes de pagar: “[...] *obligatus pro alio antequam solvat agere non potest*” [el obligado por otro, antes de pagar, no puede ejercitar acciones].¹³ Los Glosadores basaban su razonamiento en la interpretación de dos leyes también recogidas en el Digesto: la “*Lex Indebitum*” y la “*Lex Incomodatum*”, que negarían al fiador la legitimación para ejercer la *actio mandati contraria* antes de haber pagado.¹⁴

¹² Así, basándose en la ley “Si quis mandato” (D. 17.1.45.5), antes de pagar el dinero, se actúa con el fin de hacer y no para dar.

¹³ D. 46.1.58 pr. Esta sección del Digesto trata de las obligaciones y limitaciones de los fiadores y otras partes involucradas en contratos y garantías. En este contexto, se establece que el fiador no puede ser obligado a actuar antes de que el deudor principal haya cumplido con su obligación. Accursius (1969:45).

¹⁴ La “*Lex Indebitum*” (D. 12.6.47) Celsus 6 dig. “*Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur: sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summovertit.*” Esta ley establece que el mandato recibido por el fiador incluye obligarse y pagar por el deudor, y antes del pago, no se ha cumplido el mandato, por lo que el fiador no podía tener la acción derivada del mismo. La “*Lex Incomodatum*” (D. 13.6.17.3) Paulus 29 ad ed. “*Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum*”

La Escuela del Comentario llegó a conclusiones similares a partir de la interpretación de la “*Lex indebitum*”. B. de Sassoferrato (1547) y su discípulo, Baldo Ubaldi (1586), sostuvieron que el pago del fiador era una consecuencia del mandato.¹⁵ La fuerza expansiva del mandato abarcaba la fianza, de forma que la *actio mandati contraria* no podía surgir en ningún caso antes de haber pagado, “*ut impletum sit mandatum*” (que el mandato sea cumplido).¹⁶

Frente a la teoría anterior, la doctrina Ultramontana y los juristas franceses basaban su rechazo a la liberación anticipada en la “*Lex Incomodatum*”. Según esta interpretación, el pago del fiador no representaba el cumplimiento del mandato recibido, sino de la obligación de fianza: “[...] *solutio venit vi obligationis, sed non vi mandati*” [el pago viene por la fuerza de la obligación, pero no por la fuerza del mandato]. El fiador podía tener acción de mandato si pagaba, ya que asumió su obligación como fiador en calidad de mandatario, pero el pago no integraba la obligación derivada del mandato, sino la de fianza. Si pudiera ejercitar la *actio mandati contraria* antes de cumplir su obligación de pago, no incumpliría el mandato -el fiador dejaba de ser mandatario al aceptar la condición de fiador-, pero privaría al deudor de la utilidad que le proporciona la fianza.¹⁷

commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut et iam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.” Esta Ley considera la fianza como un beneficio para el deudor principal, que el fiador no puede frustrar con una renuncia intempestiva, basándose el argumento en la frase final: “[...] *adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet*” [debemos ser ayudados, no engañados, por el beneficio].

¹⁵ Baldus degli Ubaldi (1586) menciona que esta opción privilegió el régimen del mandato en la fianza, orillando paulatinamente el recurso a la gestión de negocios ajenos, aunque también era aplicable en casos residuales. La acción pertinente se determinaba según el conocimiento del deudor principal sobre la constitución de la fianza. La atribución de una u otra acción tiene lugar “*secundum formam fideiussionis, non secundum formam solutionis*”.

¹⁶ Matizando la posición de Baldo de Ubaldi, Odofredo Denari entiende que mientras que el mandatario está obligado por el mandato recibido no solo a afianzar sino también a pagar si no lo hace el deudor, el fiador espontáneo no tiene esta última obligación, de ahí que este antes de haber pagado pueda ejercitar en cualquier caso y no solo en circunstancias excepcionales la *actio negotiorum gestororum contraria*. Existiendo ratificación del negocio por parte del *dominus* el fiador quedaría obligado por el mandato, en cuyo caso solo excepcionalmente gozaría del beneficio de la liberación. Odofredus (1550) en referencia a, lib. III, “*De Negotiis gestis*”, I. Si quis mandato. D. 3.5.28, fol. 139, col. 4.

¹⁷ Donellus (1846) afirmó que la gestión del fiador culminaba con el pago, y su utilidad radicaba en la liberación del deudor principal obtenida a costa del fiador. La expresa contradicción del deudor excluye la eficacia interna de la fianza y, por tanto, toda noción de utilidad: “[...] *cum ita neque fideiubendo neque solvendo videri possit utiliter negotium gessisse debitoris*” [así, ni avalando ni pagando podría considerarse que ha gestionado útilmente el negocio del deudor]. Desde esta perspectiva, la condición jurídica del fiador

La valoración de la fianza como beneficio para el deudor principal constituyó en la doctrina Ultramontana otro importante argumento en favor del principio que impedía la liberación del fiador antes de haber pagado.¹⁸ En este contexto, se entendía que la renuncia intempestiva del fiador "*afectaría al deudor con daño, porque si inmediatamente tuviera que liberarlo, lo engañaría con su beneficio*". De ahí su inadmisibilidad en términos generales según Cardinlis Hostiensis (1556).

b) El Derecho común castellano

Las Partidas regulaban en detalle la fianza, inspiradas en el Digesto, que sirvió como elemento de inspiración directa de la Partida V en la que se recogen las diecinueve leyes relativas a la *fiadura*.¹⁹

Se partía de la regla general de prohibición en relación a la acción de liberación antes del pago: "*[...] el que fuere fiador por otro en alguna cosa, no puede demandar que lo quiete de la fiadura ante que la peche*".

Pero, siguiendo la interpretación literal de la ley "*Si pro ea*", (D.17.1.38 y 56), en la Partida V, título 12, Ley 14, se admitían algunas excepciones a la regla general:

1ª Si el fiador fuere demandado judicialmente a pagar toda la deuda o parte de ella.

2ª Cuando la obligación principal no tenga un término fijo para su vencimiento.

3ª Cuando el fiador, habiéndose cumplido el plazo de la fianza, quiere pagar para no incurrir él ni el deudor en pena, si se puso, y el acreedor rehúsa percibir su crédito.

4ª Si cuando se constituyó la fianza el deudor se obligó a relevarle de la misma en un tiempo determinado y éste ha pasado (lo mismo si la fianza se contrajo bajo condición y ésta se ha cumplido).

5ª Si aquel a quien se fio comienza a malgastar sus bienes.

carecía de relevancia frente al deudor afianzado, ya que quedaba anulada por la del mandatario, hasta el punto de que el cumplimiento de la obligación derivada de la fianza se consideraba un cumplimiento del mandato.

¹⁸ Cabe recordar aquí que la ambivalencia de la posición del deudor principal se resolvía en base al criterio de utilidad. Albericus de Rosate (1545) dirá: "*Licet regulariter patientia teneat médium inter consensum et contradictione hic habetur pro consensu ratio est: quod sit ad comodum patientis*" [Aunque regularmente la paciencia se sitúe en un término medio entre el consentimiento y la contradicción, aquí se considera como consentimiento]. La razón es que es para el beneficio del paciente (o de la persona que espera). La utilidad de la fianza debía ser fructífera y no engañosa: "*[...] ut fideiussio sua sit mihi fructosa, et non deceptoria*" (que su fianza me sea fructífera, y no engañosa), ya que "*[...] nihil mihi prodesset fideiussor si statim tenerer liberare eum sic ergo officium suum quod impedendit gratis me potius deciperet quod iuaret*" (de nada me serviría el fiador si inmediatamente tuviera que liberarlo; así, su servicio que impidió gratis me engañaría más de lo que me ayudaría).

¹⁹ Partida V, tit. 12, *De las fiaduras et de las cosas que los homes facen por mandato dotri o de su voluntad sin mandato de los dueños dellas*. "Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio" ed. Mínguez Fernández et al. (1972).

Estos supuestos eran, como sabemos, coincidentes con las recogidas en el *corpus Justiniano*.

Además, Ortuño Sánchez-Pedreño (1998:120) aclara que de las referidas la jurisprudencia castellana admitía otras causas para liberar al fiador, entre otras, que el fiador tuviera que ausentarse a países remotos y permanecer en ellos mucho tiempo; la enemistad capital entre deudor y fiador, siempre que no hubiera dado motivo a ella el fiador; o el pacto con el deudor de que aun antes de pagar le eximiese de la fianza.

Las disposiciones contenidas en las Partidas sobre la fianza pasarán a las Leyes de Toro de 1505, aunque de forma más dispersa y fragmentaria según señala Imaz Zubiaurre (2024: 58). Como señala Ortuño Sánchez-Pedreño (1998: 201), la Nueva Recopilación, que regula la fianza en las Leyes I a XI, Título XVI del Libro V (“*De los contratos, de las obligaciones, y fianças y deudas y ceffion de bienes que facen los deudores*”), reducirá aún más el contenido de la regulación en los dos aspectos que nos ocupan, acciones de liberación del fiador y fianza *prohibente debitore*.

c) El Derecho moderno: La crisis del mandato de fianza y el paso a la fianza tipificada

La tendencia a la progresiva emancipación de la fianza respecto al mandato y a la gestión de negocios ajenos que se había iniciado en el Derecho romano, aunque se interrumpió con la Recepción -debido a la fuerza expansiva que alcanzó el mandato con la Escuela francesa-, volvió a recuperarse por el Derecho intermedio y culminó en la codificación, tipificándose la fianza como contrato propiamente dicho.

No ocurrió lo propio en la codificación alemana. A diferencia de la tradición francesa y castellana, en la Pandectística alemana, siguiendo a Windscheid (1862: 345), no se separó de la idea de mandato en la regulación de la fianza. Tan es así que el BGB sigue contemplando la fianza constituida previo mandato del deudor o como simple gestión de negocios ajenos cuando este mandato no existe.²⁰

²⁰ El parágrafo 775 del Código civil alemán establece que: “(1) *Hat sich der Bürge im Auftrag des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen: 1). wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben; 2). wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist; 3). wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist; 4). Wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat. (2) Ist die*

La consideración de la fianza como negocio típico culminó en el Código Napoleón de 1804, reflejándose más tarde en otros códigos que recibieron su influencia, como ocurrió con el Código civil español. Para llegar a tipificar el contrato hubo de superarse primero la idea de la fianza como negocio gratuito, lo que facilitó después la consideración de la garantía personal como un contrato independiente, aunque accesorio en la medida en que garantiza una obligación nacida de otra relación jurídica.²¹ Se presumirá que el fundamento jurídico de la obligación del fiador se encuentra en el negocio jurídico principal celebrado entre acreedor y deudor, siendo irrelevante quién inició la fianza (principio *res inter alios acta*).²² La gestión en abstracto se predicará de la posición del fiador, quien asume las obligaciones del deudor principal, interfiriendo *ex lege* en sus intereses.

Esta nueva concepción propició la resignificación de las acciones de liberación del fiador antes del pago, que pasaron de ser acciones de mandato a acciones típicas. Así, las acciones de regreso y liberación del Código Civil (arts. 1.838 y 1.843) se considerarán facultades *ex lege*, eliminando la necesidad de investigar la relación subyacente.

No obstante, como veremos al analizar la interpretación contemporánea de los artículos mencionados, el recurso a la causa abstracta de la fianza y la tipificación *ex lege* no alcanza por sí sola para sostener el derecho de indemnidad del fiador *prohibente debitore solvens o antequam solvens*.

Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.” [Si el fiador ha afianzado en un mandato del deudor principal o si le corresponden, según las disposiciones sobre la gestión de negocios sin mandato, a causa de la asunción de la fianza, los derechos de un mandatario contra el deudor principal, puede exigir de éste la liberación de la fianza: 1. Si han empeorado notablemente las relaciones patrimoniales del deudor principal; 2. Si la persecución en juicio contra el deudor principal se ha dificultado notablemente a consecuencia de un cambio de domicilio, de establecimiento industrial o del lugar de residencia del deudor principal, ocurrido después de la asunción de la fianza; 3. Si el deudor principal está en mora en el cumplimiento de su obligación; 4. Si el acreedor ha obtenido contra el fiador una sentencia ejecutiva para el cumplimiento. II. Si la deuda principal aún no ha vencido, el deudor principal podrá, en lugar de liberarla, prestar garantía al fiador”].

²¹ Heringius señaló que el fiador actúa en beneficio del deudor principal, no en el propio, al avalar y pagar. Esta primera etapa define al fiador como gestor del deudor principal. La relación de fianza implica gestión útil de negocios ajenos, incluso cuando el fiador actúa por mandato del deudor principal. Heringius (1675: 336). Pothier aclaró que el contrato entre fiador y acreedor no era de beneficencia, ya que el acreedor no recibía nada adicional. La fianza garantizaba la deuda, beneficiando al deudor y no al acreedor o fiador, quien tenía derecho a ser indemnizado. Pothier (1768: 376).

²² Juristas franceses del siglo XVI como Lahary, Chabot y Treilhard abogaron por superar las relaciones subyacentes al contrato de fianza, configurando la subrogación como un beneficio *ex lege* para el fiador, independiente de la acción de mandato.

d) *El Código civil francés y el Anteproyecto belga de Laurent*

El Código Civil francés de 1804 estableció en su art. 2.032 derechos específicos para los fiadores, asegurando su protección ante incumplimientos del deudor.²³ Este artículo permitía al fiador, incluso antes de pagar, actuar contra el deudor para ser indemnizado en varios casos, como requerimientos de pago del acreedor, quiebra del deudor, y otros.²⁴ También, el art. 2.019 permitía al fiador apremiar al deudor para que cumpliera, aunque no lo liberaba de la fianza.²⁵

El art. 2.032 inspiró a su vez la redacción del art. 2.112 del Anteproyecto belga de Código Civil,²⁶ que a su vez influyó en el Anteproyecto de Código Civil español de 1882. La novedad con respecto al *Code Napoleon* se encuentra en que Laurent añadió dos párrafos, que más tarde fueron incorporados en el Código Civil español de 1889.²⁷ Como veremos, estos párrafos aclaraban que la acción del fiador buscaba obtener la liberación

²³ Antes de la codificación, los ordenamientos locales en Francia incluían normas sobre la fianza y la protección del fiador. La Ordenanza de 1673 sobre el comercio ya contemplaba la protección del fiador, aunque estos principios se ampliaron en el Código Civil de 1804 a partir de la filosofía de la Ilustración que influyó en la regulación de la fianza, promoviendo los principios de equidad e indemnidad del fiador.

²⁴ Artículo 2.032 del Code Napoleon establecía que: "*El fiador, aun antes de haber pagado, puede actuar contra el deudor, para ser indemnizado por él: 1.º Cuando se le demanda por pago; 2.º Cuando el deudor haya quebrado o esté en quiebra; 3.º Cuando el deudor se haya comprometido a comunicarle su exoneración dentro de un plazo determinado; 4.º Cuando la deuda haya vencido al vencimiento del plazo en que se contrajo; 5.º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tenga plazo de vencimiento fijo, a no ser que la obligación principal, como la tutela, no sea de tal naturaleza que se extinga antes de un plazo determinado.*"

²⁵ Por su parte, el art. 2.019 añadía: "*La simple prórroga del plazo acordado al deudor principal no exime de la fianza, ni se puede, en este caso, perseguir al deudor [por parte del fiador] para forzarlo a pagar*". Dicha prórroga, no consentida por el fiador, no le libera de la fianza prestada, sino que le faculta, exclusivamente, para apremiar al deudor principal a efectuar el pago de la obligación principal. Este extremo viene a coincidir con la facultad reconocida en el art. 2.032 del Code al reglamentar la relevación de la fianza.

²⁶ El artículo 2.112 del Anteproyecto belga de Código civil redactado y comentado por Laurent decía así: "*El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal para que éste le indemnice: 1º Cuando se vea demandado judicialmente para el pago; 2º Cuando el deudor ha hecho quiebra o ha caído en estado de insolvencia; 3º Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido; 4º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse; 5º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse antes de cierto tiempo. En todos estos casos, la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor*".

²⁷ El primero de estos dos nuevos párrafos dice que: "[...] *l'action de la caution, dans ces divers cas, tend à obtenir la décharge du cautionnement, ou une indemnité qui la garantisse des poursuites du créancier et du danger de l'insolvabilité du débiteur*". El segundo de los dos nuevos párrafos disponía que "[...] *la caution peut demander que le montant de l'indemnité soit consigné*" (el fiador puede pedir que el montante de la indemnización sea consignado), excluyendo así cualquier otra posibilidad que no sea la señalada.

de la fianza o una indemnización, excluyendo la posibilidad de sustituir la indemnización por otras garantías como la prenda o la hipoteca.

Laurent argumentó al respecto que la ley debía garantizar la indemnización al fiador, no sólo ofrecerle garantías alternativas. De esta forma se protegía al fiador de manera más explícita, asegurando que no sufriera perjuicios injustos y que pudiera actuar legalmente para proteger sus intereses.²⁸

e) La codificación española

Según Casanovas Mussons (1984: 100), aunque el art. 1.843 del Código Civil español se aleja formalmente de sus precedentes castellanos, su contenido esencial no cambió sustancialmente. En efecto, ya el art. 1.757 del proyecto de Código Civil de 1851 se apartó de los precedentes históricos para seguir al art. 2.032 del Código Civil francés de 1804.

Más tarde, el Anteproyecto de Código Civil de 1882, inspirado a su vez en el art. 2.112 del Anteproyecto belga de Laurent, modificó varios supuestos y añadió un párrafo final a la versión de 1851. El art. 23 del Anteproyecto de Código civil de 1882 establecía lo siguiente:

“El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal para que éste le indemnice:

1º Cuando se ve demandado judicialmente para el pago.

2º Cuando el deudor ha hecho quiebra o ha caído en estado de insolvencia.

3º Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y éste ha vencido.

4º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.

5º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse antes de cierto tiempo.

En estos casos, la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor”.

Las modificaciones introducidas Laurent en el art. 2.112 del Anteproyecto belga al que nos hemos referido más arriba pasarán de esta forma al Código civil español de 1889.

²⁸ La falta de precisión del art. 2.032 del Code Napoleón había dado lugar a que se discutiera entre los comentaristas si el juez podía obligar al fiador a aceptar en lugar de la indemnización, consistente en el depósito de una suma igual al importe de la obligación garantizada, otra garantía como prenda, hipoteca o una nueva fianza. Laurent indicó que ello no era posible porque, si se admitía, suponía abandonar tanto el texto como el espíritu de la Ley, es decir que *“la ley quiere que el fiador sea relevado o indemnizado. Pero una garantía no es una indemnidad”*. Laurent (1901: 204).

Así, el art. 1.843 del Código español no autoriza al fiador a reclamar del deudor que “*le indemnice o releve de la fianza*”, como lo hacía el art. 1.757 del Proyecto de 1.851, sino que se limita a decir que el fiador “*puede proceder contra el deudor principal*”. Además, se añade al final del precepto que “*la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor*” abriéndose de este modo al fiador una doble posibilidad para no salir perjudicado de la fianza, a saber, ejercitar una acción en la que solicite al deudor que le libere de la relación obligatoria de la fianza o exigir que se constituya a su favor una garantía para evitar que el derecho que ostenta como fiador pueda llegar a ser totalmente ineficaz al no poder hacer efectiva su acción de regreso posterior al pago contra el deudor principal motivada por su insolvencia.

Nótese que el segundo de los dos nuevos párrafos introducidos por el Anteproyecto belga disponía que el fiador puede demandar que la cantidad fiada sea consignada, excluyendo así cualquier otra posibilidad de caución que no sea la señalada.

Ahora bien, en la transcripción del art. 2.112 del Anteproyecto belga al art. 23 del Anteproyecto de Código civil de 1882 se mantiene el inciso final del párrafo primero (“*para que éste le indemnice*”) pero se traduce la frase (“*ou une indemnité qui la garantisse*”) como “*o una garantía que le ponga a*”; además, se suprime el último párrafo, por lo que, en consecuencia, vuelve a quedar abierta la posibilidad de admitir cualquier forma de garantía que ponga a cubierto del riesgo del fiador.

En la redacción definitiva del art. 1.843 del Código civil de 1889 se suprime en el párrafo primero el inciso final (“*para que éste le indemnice*”) y se añade al supuesto segundo el “*concurso*” del deudor.

En definitiva, el legislador español, apartándose de los precedentes históricos, deja de reconocer la facultad de indemnización o liberación como en el proyecto de 1851. En su lugar, el art. 1.843 permite al fiador proceder contra el deudor y obtener una garantía, tendente a evitar que su acción de regreso sea ineficaz por insolvencia del deudor.

En cuanto a la naturaleza de dicha facultad, se ha dicho que concede efectos cautelares a favor del fiador, aunque de difícil sistematización como observa Arija Soutullo (2001: 56-58). En efecto, tras la tipificación por separado del mandato y de la fianza en los Códigos, se ha tratado de explicar esta facultad del fiador como acción de

naturaleza cautelar,²⁹ lo cual puede ser admitido cuando la pretensión del fiador se orienta hacia la obtención de una garantía, pero resulta discutible si se aplica a la propia acción de liberación que parece ser un fin en sí misma³⁰.

II.2. La oposición del deudor principal a la constitución de la garantía y su reflejo en la acción de relevación del fiador *antequam solvens*

La fianza *prohibente debitore* se refiere a una situación en la que el fiador se compromete a garantizar la obligación de un deudor principal en contra de la voluntad expresa de este último. Oposición que, según Galicia Aizpurua (2006: 132), ha de ser manifestada antes o en el preciso momento en que se pactó la garantía, ya que la posterior no tendrá ningún relieve jurídico, puesto que a partir de entonces el pago se convierte en un acto debido.

Por razones de equidad, el ordenamiento jurídico ha admitido la validez de la fianza constituida de esta manera, pero siempre bajo la consideración de que se trata de una situación excepcional y sujeta a regulaciones estrictas para evitar abusos por parte del fiador y proteger los derechos del deudor. Veamos a continuación cómo ha sido considerado este supuesto en el ordenamiento histórico y en el derecho comparado.

a) Derecho romano y Recepción

En la *praxis* jurídica romana de la época clásica, se aceptaba comúnmente que el fiador podía intervenir y satisfacer la deuda incluso contra la prohibición del deudor principal, aunque el tema del regreso del fiador *prohibente debitore* generó controversia.³¹

La jurisprudencia de la época, explica Ortuño Sánchez-Pedreño (1997: 89), recurría al mandato tácito o a la gestión de negocios ajenos para conceder acción de regreso siempre que el deudor no se hubiera opuesto expresamente al cumplimiento por parte del fiador: “*semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*”.

²⁹ Carrasco Perera et al. (2022: 78) entienden que su importancia procede de que se pueden tomar medidas cautelares del 727 LEC (entre las que se encuentra el embargo preventivo), sin necesidad de someterse a las normas procedimentales del art. 730 LEC. No es viable el 730 porque exige que se presente la demanda (y en este caso el fiador no ha pagado por lo que no puede presentar la demanda contra el deudor). Tampoco es necesario cumplir con la medida establecida en el art. 728 LEC para conceder la medida cautelar, como justificar el *periculum in mora* o que el fiador preste caución.

³⁰ Guilarte Zapatero (1979: 260) apunta a la naturaleza distinta de ambas acciones. En el mismo sentido se pronuncia en la doctrina italiana Fragali (1968: 416).

³¹ Bernad Segarra (1999: 197); Emunds (2007: 360); Finazzi (2003: 560).

Desde el punto de vista doctrinal, un texto de Paulo afirmaba que quien pagaba contra la prohibición del deudor no tenía derecho de regreso mediante ninguna acción,³² mientras otro de Justiniano establecía que una persona podía ofrecerse como fiador para mejorar la posición del heredero sin su consentimiento, pero no para empeorarla.³³

Con motivo de la interpretación de estos textos recogidos en el Digesto surgió un debate doctrinal sobre el reconocimiento del derecho de regreso para el *solvens prohibente debitore*. La mayor parte de los juristas consideraban que, por razones de equidad, se debía conceder también en estos casos una *actio utilis negotiorum gestorum contraria*, permitiendo al fiador reclamar del deudor aquello en lo que su pago le había sido útil, mientras otros negaban al fiador cualquier tipo de indemnidad por haber actuado contra la voluntad expresa del deudor, y por tanto, sin mandato ni agencia oficiosa.³⁴

Más adelante, los Glosadores se dividieron entre una postura de absoluta rigidez, negando toda indemnización al fiador que había prestado garantía contra la voluntad del deudor, y una postura minoritaria que aceptaba alguna forma de compensación.

Para los primeros, el deudor principal no puede impedir que el fiador se obligue frente al acreedor, pero tampoco quedar vinculado en contra de su voluntad. Siempre debe asegurarse que no exista oposición del deudor principal.³⁵ Puesto que la prohibición impide la acción de mandato y la de gestión de negocios ajenos ("*prohibitio impedit actionem mandati et negotiorum gestorum*"), Bartolus de Saxoferrato (1537) dirá que el fiador queda excluido de toda acción contra el deudor.

La posición mayoritaria, que niega cualquier acción al fiador *prohibente debitore*, se ejemplifica en Azo (1506: 147)., quien formuló el aforismo: "*Nulla modo agit fideiussor si intercedat pro me vetante, vel in rem suam, vel animo donandi*" (de ningún modo actúa el fiador si interviene contra mi voluntad, ya sea en su propio interés o con la intención de donar). Estos tres supuestos se refieren al fiador que ha pagado, negándole el reembolso al que de otro modo tendría derecho.

³² D. 17.1.40. Paulus 9 ad ed. "*Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et pomponio videtur.*"

³³ C. 2.19.24 "*Si quis nolentis haeredis fideiussorem se optulerit, meliorem quidem eum condicionem facere potest: deteriolem non potest.*" Esto significa que las acciones del fiador debían ser beneficiosas o neutrales para el heredero, sin imponerle cargas adicionales ni perjudicar sus intereses.

³⁴ Sobre las acciones del fiador *prohibente debitore* en el Derecho romano, véase Rivalta (1895: 111); Frezza (1962-1963: 192); Valiño (1974: 217); Cenderelli (1997: 289); Prado Rodríguez (2011: 217); Fragnoli (2012: 113).

³⁵ Vid. Bartolus de Saxoferrato (1589); Molina, (1594: 753-754); Gomezius (1674: 265).

Heringius dirá que además del fiador *prohibente debitore*, tampoco el fiador interesado en la obligación principal tiene acción contra el deudor. Precisamente porque la fianza representa la oportunidad para hacer su propio negocio carece de todo recurso fideiusorio contra el deudor por el que intercede.³⁶

b) *El Derecho castellano*

Las Partidas admitían la constitución de la fianza tanto cuando este hecho fuera ignorado por el deudor –*insciente debitore*– como cuando se hubiera constituido pese a su oposición expresa.

A continuación, siguiendo la trilogía azoniana, a la que nos hemos referido anteriormente, este ordenamiento de inspiración romana recoge los tres supuestos en los que al fiador no le asistía derecho de reembolso: en fianzas realizadas *animo donandi*, en fianzas constituidas en beneficio del fiador o en fianzas en las que mediaba prohibición del deudor respecto de la entrada del fiador (P. 5, Tit. XII, ley 12).

Se ha dicho ya que estos tres supuestos se refieren al fiador que ha pagado, negándosele el reembolso al que de otro modo tendría derecho.

La atención de los juristas de la época se centró casi exclusivamente en la fianza *prohibente debitore*. La doctrina castellana, siguiendo la opinión mayoritaria del Derecho común, se negaba a reconocer acción de reembolso al que saliera fiador contra la voluntad del deudor.³⁷

No será hasta más tarde, como veremos a continuación, cuando se produzca una tímida llamada a la equidad, a la que se apela Gutiérrez Fernández (1878: 67) para vincular al deudor en la medida en que la fianza le ha beneficiado.

c) *La codificación española*

El Proyecto de Código Civil de 1836, siguiendo la tradición de las Partidas, expresaba en su art. 1.979 que: “[...] puede uno constituirse fiador de otro aun sin orden ni noticia de éste”.

³⁶ Según Heringius (1675: 340): “[...] quia isto casu fideiussor non tam negotium debitoris gerere, quam sibi consultum esse videtur”.

³⁷ G. López (1801: 75), al comentar las Partidas en este punto, subrayó que el mandato del fiador no era la única forma de constituir la fianza. Además de la fianza expresa, cabía la fianza *insciente* e incluso *prohibente debitore*. La utilidad suplía en las Partidas el silencio del deudor afianzado –“A que sea a su pro, maguer no lo consienta” (Ley 12, tit. XII, Partida 5). En este caso, “maguer no lo consienta” no es sinónimo de prohibición, pues este supuesto ya lo prevé la propia ley 12, sino como simple ausencia de consentimiento expreso. El silencio del deudor principal al que se refiere la ley 12 implica conciencia del beneficio.

En tal caso, el art. 1.823 del mismo cuerpo legal reconocía el derecho de reembolso al fiador si la fianza beneficiaba al deudor o si este la aprobaba posteriormente. Sin embargo, si la fianza se otorgaba contra la voluntad del deudor, este no estaba obligado a reembolsar al fiador.

El art. 1.824, por su parte, incorporó cuatro excepciones a la obligación de reembolso, entre las cuales se comprendían la fianza otorgada sin conocimiento del deudor y también la otorgada contra su voluntad. Siguiendo la tradición castellana, se incorporó el supuesto de la fianza contra la voluntad del deudor (número 3º) para excluir expresamente el derecho de regreso en dicho caso.³⁸

En cambio, el art. 1.752 del proyecto de 1851, que es heredero directo del anterior, concedía al fiador que ha pagado la acción de reembolso aun cuando se haya dado la fianza ignorándolo el deudor; en cambio, solo recoge el supuesto de la ignorancia del deudor omitiendo la referencia a la prohibición del deudor. ¿Significa esto que el proyecto isabelino quiso facultar al fiador *prohibente debitore* de la acción de regreso?

Según Casanovas Mussons (1984: 165) la alusión a la ignorancia del deudor por parte del art. 1.752 tiene por finalidad atraer a esta regulación unificadora a todo fiador que tenga derecho a recobrar su indemnidad, pero, “*en ningún caso se trata de decidir qué fiador tiene o no tiene derecho a ella*”. La falta de referencia del art. 1.752 a la fianza contraída con la oposición del deudor no altera el sistema. Los efectos previstos por el art. 1752 no pueden alcanzar a quien como el fiador *invito debitore*, carecía anteriormente de acción. García Goyena (1973: 123) apoyaba esta interpretación, señalando que la acción *negotiorum gestorum* reemplazaba la acción de mandato en casos de desconocimiento del deudor.³⁹

El anteproyecto del Código Civil de 1882 recogía en su art. 18 la misma disposición contenida en el art. 1.752 del Proyecto de 1851. Finalmente, el supuesto se incorporó al

³⁸ Artículo 1.824 del Proyecto de Código civil de 1836: "La obligación de satisfacer al deudor al fiador según lo prescrito en los dos artículos anteriores, no tendrá lugar en los casos siguientes: 1ª si el fiador hubiera manifestado, ante dos o más testigos idóneos, que pagaba con intención de no pedir jamás al deudor lo pagado. 2ª si el fiador hubiera hecho la fianza por su propia utilidad. 3ª si la hubiera otorgado contra la voluntad del deudor. 4ª si demandado el fiador no opusiera las excepciones legítimas con que pudiera destruirse la acción del acreedor".

³⁹ El testimonio de García Goyena avala esta interpretación: “por Derecho romano y Patrio procedía en sustancia lo mismo...; pero como no podía darse acción de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la de *negotiorum gestorum*: el artículo es más sencillo”. García Goyena (1973: 123).

proyecto de 1888 y se mantuvo, de acuerdo con la Base 1ª de la ley de bases, en el vigente art. 1.823.II del Código Civil.⁴⁰

Por otra parte, el tercero que pagaba *prohibente debitore* tampoco tenía en el proyecto de 1851 derecho a recuperar nada del deudor por el que había pagado. El art. 1.099 *in fine* estableció que el tercero “*si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este*”. El paralelismo entre el pago por tercero y el fiador –tercero interesado – se acentúa notablemente cuando el *solvens* se enfrenta a la oposición del deudor por el que paga.⁴¹

Ante la ausencia de todo vínculo *fideiussorio* entre ambos sujetos el fiador tiene frente al deudor principal la consideración de simple tercero. Los efectos del pago que puede efectuar este fiador serán únicamente los que determine la regulación específica de pago por tercero.

Ahora bien, este argumento que en el proyecto de 1851 complementaba al anterior, cambia de signo en el actual Código Civil. El vigente art. 1.158.3 se aparta de lo dispuesto en el proyecto isabelino y acoge la solución del Código argentino en el que se inspira, el cual no reconoce el ánimo de liberalidad del que pagó en estas circunstancias.⁴² Descartada, por tanto, la razón de liberalidad en la que se apoyaba García Goyena (1973: 158), la causa sólo puede ser el enriquecimiento injusto: si no se obligara al deudor al reintegro en la medida de la utilidad recibida, se enriquecería injustamente en perjuicio del *solvens*.

⁴⁰ Como explica Galicia Aizpurua (2023: 45), el art. 1823.II Código Civil, conforme a su literalidad, podría llevar a entender que la posibilidad de pactar la garantía con independencia de la actitud del afianzado se aplica solo al caso de la subfianza, y no a la fianza de primer grado, puesto que el pronombre “este” parece referirse al (otro) fiador. Sin embargo, la doctrina entiende que la norma se refiere a todo “*afianzado*” (ya sea deudor principal ya fiador, en la subfianza) y, en efecto, trae este autor a colación el relato de Manresa y Navarro (1973: 297-298), en torno al examen de sus antecedentes, que pone de relieve la existencia de un error de redacción que arranca de lejos: el art. 1823.II Código Civil procede del art. 1734.II del Proyecto de 1851 en virtud del cual “[p]uede también constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciendo el fiador”; una previsión que pasa al Proyecto de Código civil, libros III y IV (continuación del Proyecto de 1882) en cuya redacción la palabra fiador se sustituye por “*éste*”, al objeto de evitar la repetición del término. Así, el error queda definitivamente consumado, porque la verdadera redacción es la que se ofrece en el art. 1734. II de la versión manuscrita del Proyecto de 1851, que dice: “*Puede también constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiado*”. Véase así mismo, Castellanos Cámara et al. (2024: 5113-5216).

⁴¹ García Goyena (1973: 158) dirá en sus Concordancias : “*in vito beneficium non fit: y el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar*”.

⁴² Art. 737 del Código civil argentino de 1869 (“*El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiera verificado tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago*”).

Más tarde, como veremos, este cambio propició la interpretación contraria a admitir que el Código privaba al fiador que hubiera fiado contra la voluntad del deudor.

III. DERECHO COMPARADO

El Código Napoleón no hace referencia a la oposición del deudor principal en la constitución de la fianza. Ante esta laguna, la doctrina francesa se muestra contraria a admitir el ejercicio de las acciones de relevación antes del pago cuando la fianza se haya constituido en contra de la voluntad del deudor. La relación entre fiador y deudor principal queda asemejada a la que existe en el mandato si hay conocimiento por parte del deudor de que existe un fiador, y a la gestión de negocio ajeno si no existe ese conocimiento; pero, si es contraria a la voluntad del deudor principal, estaríamos según Troplong (1846 : 131, 329) ante un mero pago por tercero.

Las acciones liberatorias del fiador contenidas en el art. 1.953 del *Codice civile italiano* coinciden a rasgos generales con las del Código civil español. Sin embargo, el art. 1.953, a diferencia de nuestro art. 1.843, no habla de indemnizar al fiador (en el sentido de preservar su indemnidad en términos generales), sino que limita la protección *ex ante* a garantizar la acción futura de regreso del fiador *solvens*.⁴³

Nada dice este artículo sobre la fianza constituida contra la voluntad del deudor.⁴⁴ Ante esta opción legislativa, la doctrina italiana mayoritaria, a diferencia de la francesa, se ha mostrado partidaria de admitir en todo caso el ejercicio de las acciones de relevación, incluido el supuesto de que se haya salido fiador contra la voluntad del deudor.⁴⁵ Se argumenta que la formulación genérica del Código impide excluir cualquier hipótesis de fianza, sea ignorada, consentida o prohibida por el deudor.

La doctrina italiana señala varias razones para la admisión del supuesto de fianza *prohibente deudore*: en primer lugar, no se agrava la posición de éste con la concesión y el ejercicio de tal facultad por el fiador; a lo que se añada que, incluso cuando el deudor

⁴³ Art. 1953 del Codice Civile italiano “*Rilievo del Fideiussore... Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso, nei casi seguenti:...*”.

⁴⁴ Mientras que el Código de 1865 en su artículo 1.901, que en la reforma de 1942 pasó a ser el artículo 1.936.2, emite un juicio de valor que vas más allá del contenido en los demás preceptos citados, al vincular el conocimiento o ignorancia del deudor principal directamente a la eficacia de la fianza, y no solo a su validez. Aunque se trata de una disposición general, la conexión de este artículo 1.936.2 con el artículo 1.950 –equivalente a nuestro 1.838– es evidente. Una remisión similar se hacía en el artículo 1.797 del proyecto de Código Civil español de 1836.

⁴⁵ Sobre la *solutio* del fiador *prohibente deudore*, Scialoja (1889: 532-540); Cavallaro (2001).

no participa, ni siquiera indirectamente, en la constitución de la fianza, deriva de la misma un interés para él; se dice así mismo que si se concede un derecho de subrogación y de regreso al fiador, la necesidad de protegerlos justifica la existencia del remedio del contemplado en el 1.953; y finalmente, se arguye que si la oposición del deudor no impide la constitución de la fianza tampoco debe dificultar la producción de uno de sus efectos típicos.⁴⁶

Lo mismo sucede en el art. 648 del Código civil portugués, que, dentro de la sección dedicada a las relaciones entre deudor y fiador, concede *ex ante* al fiador el “*derecho a la liberación o a la prestación de caución*” sin excluir ningún supuesto en función de la actitud del deudor ante la constitución de la fianza.

Ante esta regulación genérica, la doctrina portuguesa también se ha mostrado partidaria de que la acción de liberación o de garantía, antes del pago, pueda ser utilizada por cualquier fiador en los diferentes supuestos de hecho que contempla la norma, incluyendo, según Proença (2023: 89-97), al fiador *prohibente debitore*.

Sottomayor (2022: 12) al comentar el art. 648 ha dicho que todavía va más allá al permitir al fiador su liberación o que se preste caución a su favor para garantizar su derecho eventual contra el deudor.

En cambio, otros Códigos como el antiguo art. 2.027 del Código civil argentino o el Código civil uruguayo (art. 2.229) niegan la posibilidad de ejercitar las acciones de relevación de la fianza cuando el fiador se haya obligado en contra de la voluntad del deudor; no así cuando la fianza se haya constituido *insciente debitore*.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina no establece una prohibición explícita similar a la del antiguo art. 2.027 del Código Civil argentino respecto a la fianza constituida contra la voluntad del deudor. Sin embargo, el articulado (1.574 a 1.598) mantiene la idea de que la fianza debe ser consentida por el deudor o que el deudor haya recibido algún beneficio de ella para que el fiador pueda reclamar reembolso. En particular, el nuevo Código Civil y Comercial establece que el fiador puede exigir al deudor el reembolso de lo pagado solo si la fianza fue constituida con su consentimiento o si el deudor se benefició de ella. Esto implica que, si el fiador se obliga en contra de la voluntad del deudor, este no está obligado a reembolsar al fiador lo pagado, alineándose en este aspecto con la regulación anterior.

⁴⁶ En este sentido, Fragali (1968.a: 420; 1968b.: 67). En contra, Pacifici-Mazzoni (1885: 510).

La variabilidad en las soluciones que ofrecen los Códigos civiles de influencia francesa en relación a las acciones que asisten al fiador *prohibente debitore* deja pues abierta la cuestión a la interpretación doctrinal en España.

Por su parte, el art. 775 del Código civil alemán autoriza al fiador a exigir al deudor principal la liberación (“*Befreiung*”) de la fianza antes de haber pagado únicamente cuando media entre ambos una relación jurídica previa de mandato o de gestión de negocios sin mandato. Asimismo, si la obligación principal aún no está vencida, se podrá sustituir dicha liberación de la fianza por una garantía (“*Sicherheit*”) a prestar por el deudor principal.

La disposición contenida en el párrafo 775 es considerada por la doctrina como una excepción al régimen general contenido en los párrafos 257, 669 y 771 del BGB, justificándose dicha norma en que, en las circunstancias enumeradas en el párrafo 775, el derecho de repetición del fiador que ha satisfecho la obligación garantizada se pone en peligro y, en consecuencia, el fin de la garantía asumida se ve seriamente amenazado. En cambio, dicho remedio no tendrá lugar cuando la obligación del fiador se haya constituido *prohibente debitore*, ya que este hecho impide, dirá Ulmer (1980: 791-796), el reconocimiento de una relación previa de mandato o gestión oficiosa entre deudor y fiador.⁴⁷

No obstante, la jurisprudencia alemana ha atemperado dicho resultado advirtiendo que el fiador no debería estar en una posición más onerosa que el deudor principal y que debe tener derechos para actuar en defensa de sus intereses antes de realizar el pago, por lo que se ha admitido la fianza en casos de ignorancia del deudor y también, según Von Schims (2006: 89), cuando el fiador se ha opuesto a una fianza que objetivamente le beneficia.

IV. A FAVOR DE LA LEGITIMACIÓN DEL FIADOR *PROHIBENTE DEBITORE* PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE RELEVACIÓN DE LA FIANZA

Más arriba nos hemos referido a las posturas históricas que se han mantenido sobre la acción de relevación del fiador *prohibente debitore* previas a la entrada en vigor del Código civil, poniéndose en evidencia que la liberación del fiador en este caso ha dividido

⁴⁷ En el mismo sentido, Larenz (1994:78); Graf Von Westphalen (2022: 95).

a la doctrina en cada una de las etapas referidas. La liberación anticipada del fiador formó parte de la tradición castellana en los casos excepcionales en los que existía necesidad de proteger al fiador *antequam solvens* de un empeoramiento de la situación del deudor, sin embargo, las Partidas, así como la normativa posterior negó el derecho del fiador *prohibente debitore* de ejercitar dicha acción. En cambio, el Código civil vigente omite cualquier referencia directa a la cuestión. Como hemos visto, el art. 1.843 no recoge el supuesto de oposición del deudor a la fianza en sede de acciones de relevación, lo que, de entrada, ofrece argumentos tanto para defender la admisibilidad como el rechazo de la acción de liberación del fiador *antequam solvens*. Por una parte, el inciso final del art. 1.838, de acuerdo con sus precedentes legales a los que nos hemos referido anteriormente (arts. 1.822 y 1.823 del proyecto de 1836) parece abonar el rigor de una postura contraria a la admisión de las meritas acciones, por otra, la tipificación de las acciones de liberación lleva a muchos autores contemporáneos a reconocer en todo caso las acciones de liberación, puesto que no existe artículo que excluya explícitamente la aplicación del 1.843 a la fianza constituida de esta manera.

A continuación, nos referiremos las posturas favorables a su admisión que se han mantenido a partir de la promulgación del Código. Las tesis que reconocen la procedencia del remedio en todos los supuestos previstos por la ley y para cualquier tipo de fianza han sido mayoritarias en la doctrina española desde la promulgación del Código Civil. Los argumentos para explicar y justificar esta postura son variados y se pueden resumir en los siguientes puntos.

IV.1. El argumento formal: interpretación literal del art. 1.843

En atención a que el art. 1.843 no excluye ninguna hipótesis de fianza, ya sea ignorada, consentida o prohibida por el deudor, los autores se han pronunciado en contra de denegar al fiador *prohibente debitore* las acciones de liberación antes del pago.

En este sentido, Diez-Picazo (2012: 425-438) entendió que la idea de gestión de negocios ajenos propia de la etapa anterior al Código hizo crisis a partir de la aprobación del Código. En adelante, la relación entre deudor y fiador debía considerarse como una situación típica derivada del contrato de fianza. Aunque la conceptualización del fiador como gestor permita la aplicación de algunas de las normas del mandato, estas no proceden a la hora de interpretar el art. 1.843, que no distingue entre el fiador *consciente, insciente o prohibente debitore*.

Delgado Echeverría (2013: 346), por su parte, argumenta en la misma línea que: “[...] la razón por la que el fiador asume la fianza, ya sea por solicitud del deudor, previo acuerdo o espontáneamente, no influye en la obligación fideiussoria, puesto que las relaciones que mantenga con el fiador, tradicionalmente encuadradas, con cierta imprecisión, en el mandato o en la gestión de negocios, no influyen para nada en la obligación”.

Entre los autores que más firmemente han abogado por aplicar el art. 1843 a cualquier tipo de fianza se encuentra Guilarte Zapatero.⁴⁸ Según este autor no hay base en el Código Civil para pensar que la fianza deja de producir efectos o que estos se modifiquen en base a la actitud del deudor ante la constitución de la misma. La fianza, como garantía, ya no se justifica en teorías históricas del mandato. Arija Soutullo (2001: 56- 61) anota que el derecho del fiador no se basa en la gestión de negocios, y, por tanto, la oposición del deudor no impide la constitución de la fianza ni sus efectos típicos, entre los que se encuentra la posibilidad de ejercitar las acciones reconocidas por el art. 1.843.

A lo anterior añadirá que el fiador tiene el mismo derecho de reembolso en este supuesto como en cualquier otro, ya que la oposición del deudor carece de relevancia. Aunque el precepto refiera la aplicación de su contenido a la fianza *insciente debitore* - dada “ignorándola” el deudor-, no en contra de su voluntad, como ocurre en el art. 1.823.II, tal circunstancia no es suficiente, siguiendo a Guilarte Zapatero (1979: 260), para limitar los efectos de la fianza, si para su válida constitución se juzga irrelevante el desconocimiento y aun la oposición del deudor, lo mismo debe considerarse en cuanto a las consecuencias de tal conocimiento, entre ellas la posibilidad de prohibir o de oponerse a la garantía.

No obstante, en su monografía sobre la fianza, Arija Soutullo (2001: 67) argumenta que, si se concede un derecho de subrogación y de regreso al fiador, la necesidad de

⁴⁸ Además del argumento formal de que la ley no distingue, Guilarte defiende esta posición en base a los siguientes argumentos: 1º Si la oposición del deudor no es obstáculo para la constitución de la fianza, tampoco debe impedir que produzca la totalidad de sus efectos. 2º No son aplicables al caso los argumentos en cuya virtud se niega al gestor de negocios ajenos la acción que normalmente le corresponde, cuando actúa “*prohibente domino*”, ya que el reembolso o regreso en la fianza tiene su propio fundamento distinto al que lo justifica en la gestión de negocios. 3º Que el derecho de reembolso nace como una consecuencia legalmente establecida, presupuesta la existencia del negocio de la fianza que no exige la intervención del deudor. 4º Aunque el precepto refiera la aplicación de su contenido a la fianza dada “*ignorándola*” el deudor, no en contra de su voluntad, como ocurre en el art. 1.823.II Código civil, tal circunstancia no es suficiente para limitar los efectos de la fianza, si para su válida constitución se juzga irrelevante el desconocimiento y aun la oposición del deudor, lo mismo debe considerarse en cuanto a las consecuencias de tal conocimiento, entre ellas la posibilidad de prohibir o de oponerse a la garantía. Guilarte (1979: 260).

proteger estos derechos justifica la existencia del remedio previsto en el art. 1.843. Incluso en el caso de una fianza *prohibente debitorum*, el fiador debería poder exigir al deudor principal que se constituya una garantía a su favor, siempre y cuando se le reconozca derecho de regreso y el fiador actúe de buena fe. Naturalmente, se excluiría en este caso el supuesto 3º del art. 1.843 del Código Civil, que presupone un acuerdo entre el fiador y el deudor, inexistente en la fianza constituida contra la voluntad del deudor.

IV.2. Beneficio del deudor: la fianza *prohibente debitorum* y la fianza *in rem suam*

Como hemos visto en el apartado histórico, es pacífica la idea de que el derecho del fiador a quedar indemne está supeditado a que la fianza beneficie al deudor. Este interés es un requisito para la eficacia interna de la fianza respecto del deudor. Al mismo tiempo, se dirá que la constitución de la fianza beneficia al deudor, incluso si se ha constituido sin su conocimiento ni consentimiento. La intervención útil del fiador, asumida expresa o tácitamente por el deudor, establece la base para la eficacia de la relación jurídica de fianza entre ambos.

Con todo, los factores de interés y utilidad de la fianza para el deudor no tienen por qué coincidir. La oposición del deudor a una fianza que le beneficia objetivamente plantea la cuestión de si el fiador en las situaciones del art. 1.843 puede pedir su liberación.

En la doctrina francesa, y refiriéndose al *Code civil*, Mourlon defiende que, incluso si la fianza se ha constituido en contra de la voluntad del deudor, si esta ha sido realmente útil, el fiador debería tener derecho a reclamar el regreso, y, por ende, acogerse a las acciones que permitan conservarlo *ex ante*.⁴⁹ No parece lógico que la oposición del deudor lo favorezca en detrimento del fiador que le ha beneficiado objetivamente. Incluso si el deudor no participa en la constitución de la fianza, esta puede proporcionar un interés significativo para él.

La legitimación del fiador en el art. 1.843 debería interpretarse objetivamente. Por analogía con el art. 1.893 del Código Civil, que obliga al *dominus* a indemnizar al gestor siempre que la gestión sea beneficiosa, también en este caso, deberían poder contemplarse la utilidad que la fianza proporcionó al deudor antes del pago, mientras estuvo vigente. Sánchez Jordán (2000: 233-234, 287- 289; 2016: 1.327 y 1.328) observa que la medida

⁴⁹ Mourlon (1883: 531) propone un correctivo a la solución de la *actio in rem verso*, cuando a pesar de la prohibición del deudor, “la fianza le ha sido realmente útil”, abogando por la plenitud de derechos del fiador en este caso. En cualquier caso, no parece lógico que la oposición del deudor deba favorecerle. Anulada la prohibición la obligación del deudor le resultará plenamente oponible.

de dicha utilidad es proporcional al derecho de indemnidad del fiador. Si el fiador puede demostrar que su actuación ha sido beneficiosa para el deudor, por ejemplo, facilitando la contratación de un crédito, condonando o reduciendo los intereses, etc., entonces caben las acciones de subrogación y regreso (arts. 1.838 y 1.839) y la protección del art. 1.843.

En conclusión, la tesis del beneficio objetivo defiende que la utilidad proporcionada por el fiador al deudor es el factor determinante. Si, aun en contra de la voluntad del deudor, el fiador ha proporcionado un beneficio real, debería tener derecho a ejercer las acciones del art. 1.843. La oposición del deudor no debería impedir el reconocimiento de estos derechos cuando existe una utilidad demostrable derivada de la fianza.

En segundo lugar, la tesis de la utilidad debe responder también a la cuestión de si cabe reclamar la relevación de la deuda al deudor por parte del fiador *in rem suam*. La respuesta a este interrogante interesa en este trabajo con el fin de delimitar el significado del beneficio del deudor del que se hacen depender la aplicación del art. 1.843 al fiador *prohibente debitore* por la doctrina mayoritaria.

El fiador *in rem suam* es el que, por alguna razón previa, está interesado económicamente en la deuda ajena por la que interviene (normalmente para hacerla posible: *ut alteri credatur*), de modo que obligándose ante el acreedor a favor del deudor principal (art. 1823.2 por un tercero, art. 1822.1), hace su propio negocio. Casanovas Mussons (1997: 1.216) dirá que la fianza es el instrumento que utiliza el acreedor para evitar la aplicación de la doctrina de la personalidad jurídica de la empresa y llegar así al patrimonio propio de los socios.

Como hemos visto en el apartado referido a la historia de la institución, la fianza en *interés propio* constituía, junto la fianza contra la voluntad del deudor y la fianza por pura liberalidad, uno de los tres supuestos clásicos en que se negaba al fiador toda *actio contraria* frente al deudor principal (“*nullo modo agit fideiussor si intercedat pro me ventante vel in rem suam vel animo donandi*”). Sin embargo, el Código civil de 1889 no se refiere al fiador *in rem suam*. Se refería a este caso el proyecto de 1836, excluyendo la acción de regreso contra el fiador que hubiera pagado, y todavía García Goyena dirá en su comentario al art. 1.752 del Proyecto de 1851 que aquellos tres casos azzonianos están igualmente exceptuados “*espresa ó tácitamente*” en todos los Códigos modernos.

El vínculo fideiusorio entre deudor y fiador solo nace cuando este interviene en beneficio o utilidad de aquél. De aquí que los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador queden también excluidos en el supuesto de la fianza contraída *in rem suam*, que

se reduce a la pura relación contractual con el acreedor. El fiador interesado en la obligación principal porque esta representa la oportunidad para hacer su propio negocio carece de todo recurso fideiusorio contra el deudor por el que intercede. Del mismo modo, el fiador *prohibente debitor* interviene en el asunto del deudor en la medida en que interfiere la esfera jurídica de este con miras a su promoción; en cambio, no existe interés del deudor en ser afianzado. Es este sentido el relevante en materia de configuración de la relación interna. Interés de la fianza que está en función de la utilidad que al deudor afianzado le proporcione el hecho de serlo.⁵⁰

VI. LAS TESIS CONTRARIAS A LA LEGITIMIDAD DEL FIADOR PROHIBENTE DEBITORE PARA EJERCITAR LAS ACCIONES DEL ART. 1.843

Hemos visto que la mayoría de los juristas españoles contemporáneos defienden la aplicación de las acciones del art. 1.843 del Código Civil en todos los casos, independientemente de la forma o circunstancias de la fianza, basándose en la formulación genérica de la ley, la evolución de las teorías sobre la gestión de negocios ajenos y el beneficio del deudor obtenido por la constitución de la fianza.

Más recientemente, una serie de autores como Carrasco Perera, Casanovas Mussons, Galicia Aizpurua o Castilla Barea han puesto de relieve las limitaciones que presenta la argumentación anterior, ceñida a la literalidad de la norma y a una intelección directa del beneficio en la relación entre fiador y deudor. Estos autores abogan por una interpretación histórica y teleológica del art. 1.843 que sólo podría alcanzarse recurriendo a la relación jurídica subyacente entre deudor y fiador.

En primer lugar, Carrasco Perera (1991: 40) afirma que: “[...] *el regreso del art. 1.838 no corresponde al fiador que contrajo la obligación contra la voluntad del deudor. Ello no quiere decir que la fianza no sea válida (art. 1832.2) ni que el fiador no tenga otro remedio de reembolsarse. Ocurre sólo que su posición queda reducida a la de quien pagó por tercero en la circunstancia prevista en el art. 1158.3 C.c. Su derecho de repetir no nace de un eventual contrato con el deudor y mucho menos de la fianza (válida) sino del pago hecho por tercero que beneficia al deudor*”. En su opinión el art. 1.843 no tiene aplicación cuando el deudor y el fiador no se encuentren en la relación que el Código civil

⁵⁰ Heringius (1675: 340) observa que: “[...] *quia isto casu fideiussor non tam negotium debitoris gerere, quam sibi consultum esse videtur*”.

ha considerado ejemplar. Tipo ejemplar de la fianza es para este autor la relación típica entre deudor y fiador, que el Código civil no se cuida de calificar y que anuda de una manera implícita y obvia con el contrato de fianza pactado entre acreedor y fiador.

En el mismo sentido, Castilla Barea (2013: 12.609-12.631) entiende que el fiador *prohibente debitore* dispondrá de la acción del 1158.III pero no puede pedir la liberación o la cobertura al deudor.⁵¹ Esta postura tiene su reflejo en el art. 5173-1 de la propuesta de Código civil de la Asociación De Profesores de Derecho Civil (2018: 89), debida a la misma autora, que se refiere al derecho del fiador a obtener del deudor cobertura o relevación de la fianza, según la cual: “*El fiador que se hubiere obligado como garante a petición del deudor o con su consentimiento expreso o tácito puede exigirle a aquel, antes de efectuar el pago al acreedor, que le releve de la fianza o que constituya una garantía suficiente y adecuada a su favor, en los casos siguientes...*”.

Siguiendo a Casanovas Mussons (1984: 143), hemos visto más arriba que el art. 1.752 del proyecto de Código civil de 1851 no pretendía reconocer acciones de liberación y reembolso al fiador en estos casos, sino que trataba de tipificar adecuadamente las antiguas acciones de mandato y de gestión de negocios ajenos, incluyendo en esta última el caso del fiador *insciente debitore*. Por tanto, el silencio del legislador al que se refiere la doctrina favorable a reconocer derecho de relevación en estos casos, no puede interpretarse en sentido de que quisieran reconocerse efectos liberatorios al fiador en la fianza constituida en contra de la voluntad del deudor.

Entrando en las razones de fondo por las que la prohibición del deudor debería vetar el acceso a las acciones del art. 1.843, Casanovas Mussons indica que las antiguas acciones contrarias de mandato y cuasicontrato de gestión de negocios ajenos han quedado tipificadas en los art. 1.838 y 1.843 del Código civil lo que implica la inutilidad de la averiguación casuística del tipo de relación, subyacente a la fianza, que une al fiador con el deudor principal, la vinculación entre ambos sujetos deudores la establece ahora directamente la misma relación de fianza, en cuanto el Código civil la incorpora a la normativa propia de la institución.

Para el Código la relación entre el deudor y el fiador carece de interés. Lo que importa es que el fiador se haya obligado por un tercero ante el acreedor (art. 1.822.1), pero que esta intervención del fiador a favor del deudor principal (art. 1823.2.I) pueda

⁵¹ En el mismo sentido, Reyes Lopez (1988: 188).

venir predeterminada por algún tipo de conexión entre ellos es un hecho que carece de toda trascendencia a los efectos de la relación contractual de fianza (art. 1.823.II *in fine*), y del art. 1.853 que impide al fiador oponer al acreedor las excepciones nacidas de su relación de cobertura con el deudor principal. Luego la presencia o ausencia de interés propio del fiador en la obligación afianzada es irrelevante. En tanto que instrumento concebido “*ad maiorem cautelam creditoris*”, la fianza solo atiende al interés del acreedor.

En cambio, el interés del fiador adquiere relevancia jurídica en el ámbito de la relación interna entre fiador y deudor. El Código excluye el efecto de indemnidad contemplado en los efectos de la fianza entre deudor y fiador (*ex arts. 1.838 y 1.843*) cuando la fianza se constituye *prohibente debitore* o *in rem suam*. Tales efectos, que traducen el hecho de que el fiador no es más que un obligado subsidiario, se fundamentan en la condición de gestor de negocios ajenos que reviste típicamente ante el deudor principal. Típicamente porque el Código Civil ha incorporado esta condición gestora a la fianza al configurar la indemnidad del fiador *iure proprio* (supliendo así el anterior recurso a las acciones contrarias de mandato o de gestión oficiosa).

Pero esto no impide, argumenta la autora, que el fiador por el sólo hecho de serlo, interfiera en el círculo de intereses del deudor principal por cuenta del cual se obliga. Que el contrato de fianza legitime por sí mismo la intromisión del fiador en la esfera ajena (art. 1.823.II) no significa que la intervención de este vincule sin más al *dominus negotii*. El Código Civil supedita esta vinculación al requisito específico de que tal intervención esté también legitimada relativamente al deudor principal (la no oposición de este, art. 1.838.3, *a contrario*; implícitamente, art. 1.843). El fiador que haya prestado fianza contra la voluntad del deudor es siempre un tercero en el sentido del art. 1.158. Podrá afianzarse al deudor principal en contra de su voluntad, tal como se indica en el art. 1.823.II del Código civil “*consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste*”, pero por la intervención del fiador en este supuesto no quedará vinculado el deudor principal a los efectos de lo establecido en el art. 1.838 y art. 1.843 del Código civil, ya que el “*favor fideiussores*” tiene un límite que se encuentra en el perjuicio de los intereses del deudor afianzado manifestado a través de su oposición.

En definitiva, la oposición del deudor principal a la fianza demuestra su falta de interés en la misma y ello significa, sin perjuicio de la validez de la fianza en virtud del art. 1.823.II del Código civil, la ausencia de todo vínculo entre el deudor principal y el fiador, y trae como consecuencia que el fiador *prohibente debitore* debería quedar

excluido de cualquier legitimación activa frente al deudor principal, tanto en cuanto a las acciones antes del pago del art. 1.843 del Código civil, como de las acciones posteriores al pago (art. 1.838 y 1.839 del Código civil).⁵²

En este sentido, la pretensión del regreso del fiador que se obligó *prohibente debitore* no se rige por el art. 1.838, sino por el art. 1.158.3, porque, además, el fiador ostenta la condición de simple tercero frente al deudor, ya que la intromisión de aquel no está legitimada respecto del deudor principal.

En lo que toca al argumento del beneficio útil obtenido por el deudor, siguiendo a Casanovas Mussons (1984: 127), la utilidad o beneficio del deudor no es sinónimo de enriquecimiento patrimonial a costa del fiador, sino que también incluye las ventajas y facilidades obtenidas gracias al servicio prestado por el fiador en el momento de la constitución de la fianza, y aun después mientras esta ha estado vigente.⁵³ La *utilitas rei principalis* abarca aspectos jurídicos (la garantía de no sufrir los efectos del incumplimiento) y económicos (facilitación del crédito al deudor).

Por tanto, los factores de interés del deudor y utilidad de la fianza para el deudor no tienen por qué coincidir.

⁵² Es opinión común la que concede al fiador que paga, aunque lo hiciera en contra de la expresa voluntad del deudor, la acción de subrogación, porque la subrogación no distingue situaciones especiales, por lo que siempre que se efectúa un pago la consecuencia inmediata es la subrogación. Esta doctrina ha sido recientemente rebatida con argumentos convincentes por parte de Galicia Aizpurua (2023: 7-76). Este autor dirá que el derecho de reembolso del artículo 1.838 Código Civil y el beneficio de la subrogación previsto en el artículo 1839 Código Civil competen exclusivamente al fiador que ostente la cualidad de gestor del interés del deudor, sea porque salió por su mandato, sea porque lo hizo en su ignorancia y en calidad de negotiorum gestor. En cambio, el fiador prohibente debitore y el fiador in rem suam no gozan ni de uno ni de otro derecho: únicamente disponen frente al deudor de la acción de repetición prevista en el párrafo tercero del artículo 1158 Código Civil. Y ello debido a que el fiador-gestor *solvens* no dispone de dos vías para recuperar lo pagado, sino de una sola: la acción de reembolso del artículo 1.838 Código civil ataviada con las garantías y privilegios en los que se haya subrogado. El fenómeno subrogatorio, a pesar de la letra del artículo 1212 Código civil (norma extraña introducida de forma sorpresiva en el Anteproyecto de 1882-1888), no comporta la subsistencia del crédito pagado, puesto que así lo demuestran los antecedentes históricos, la ubicación sistemática de la figura y una interpretación armónica y conjunta de las normas concernidas. Tal y como afirma la STS de 25 mayo 2012 103, el fiador, «una vez cumple la prestación debida por su afianzado, está facultado *ex lege* para recuperar, en vía de regreso, lo que haya pagado. Dispone para ello de la acción de reembolso por la cantidad total de la deuda, en cuyo ejercicio el artículo 1839 del Código civil –en relación con los artículos 1210 Código civil, regla tercera, y 1.838 Código civil, regla primera, del mismo texto legal– le favorece, al mandar que sea considerado como subrogado en la posición del acreedor satisfecho, con el fin de permitirle que se beneficie de la antigüedad del crédito garantizado y de sus privilegios, preferencias y garantías».

⁵³ En cambio, para Galicia Aizpurua (2023: 50) queda claro que el fiador al que no resulte aplicable el artículo 1.838 solo puede pretender del deudor el reintegro de la primera de las partidas allí enumeradas («[l]a cantidad total de la deuda») y, además, no con base en este precepto, sino en el 1158.III.

VII. NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE RELEVACIÓN Y GARANTÍA: UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA FIANZA *PROHIBENTE DEBITORE*

La doctrina contraria a conceder las acciones de relevación y garantía del art. 1.843 del Código Civil tiende a justificar la prohibición en el hecho de que la relación subyacente a la fianza no se ha materializado *ab initio*. No en vano, la eficacia interna típica de la fianza se explica, como se ha visto, en función de una relación subyacente a la que históricamente se atendía antes de que la fianza fuera tipificada como contrato abstracto en la etapa codificadora.

En su día, la cuestión se centró en torno al fiador-mandatario y el fiador sin mandato; superada formalmente esta fase con la codificación, el tema debe plantearse en otros términos. Según el Código civil, la obligación del fiador viene siempre referida a un negocio ajeno, es decir, a un interés cuya titularidad ostenta un tercero. Esta injerencia del fiador en la esfera jurídica ajena, dirigida a la promoción de la misma, es inherente a la obligación *fideiussoria* (nótese la expresión "*a favor de*" que emplea el art. 1823.2). Esto explica por qué un sujeto que se ha obligado como fiador frente al acreedor puede proceder contra el deudor principal en demanda de su liberación antes de haber pagado.

Obsérvese también que el propio art. 1.843 pone de relieve la existencia de una relación jurídica entre los sujetos deudores, en virtud de la cual el fiador está legitimado para instar al deudor principal su liberación. Este artículo revela que la fianza produce efectos entre el deudor principal y el fiador desde el momento en que se constituye la fianza. La relación jurídica entre fiador y deudor afianzado existe desde la constitución de la fianza, y no desde el pago.

En este sentido, partiendo de la regulación histórica, Casanovas (1984: 148). señala que el fiador *prohibente debitor* es un tercero desde el momento de la prohibición, y esta exclusión afecta tanto a la etapa de la obligación como al art. 1.843, no solo al pago. El art. 1.843 permite al fiador, aun antes de haber pagado, proceder en ciertos casos contra el deudor principal, lo cual demuestra que la relación jurídica entre el deudor y el fiador no nace con el pago, sino desde el momento en que surge la obligación *fideiussoria*.

Según esta autora, aunque habitualmente la legitimación del fiador para ejercitar las acciones de regreso se decide retrospectivamente desde la actitud del deudor en momento de efectuarse el pago, carece de sentido distinguir entre el fiador *solvens* y el que aún no ha pagado a efectos de legitimación. La causa por la que el fiador *prohibente debitor* pierde las acciones *ad liberandum* no es la conexión con el derecho de regreso, de la cual

carece el fiador que salió contra la voluntad del deudor, sino que la relación interna entre fiador y deudor no surge en la medida en que no interesa al deudor. La prohibición del deudor impide por tanto de forma radical el surgimiento de las acciones de regreso, de subrogación (arts. 1.838 y 1.839) y también las acciones de liberación anticipada 1843.

Ante la ausencia de todo vínculo *fideiussorio* entre el deudor y el fiador, este último tiene frente al deudor principal la consideración de simple tercero a todos los efectos.

VIII. CONCLUSIONES

El reconocimiento o la denegación de acciones de liberación anticipada del fiador en los casos en que el deudor se ha opuesto a la constitución de la fianza ha estado condicionado por la concepción de la relación subyacente que vincula al deudor con el fiador, que ha ido variando a lo largo de la historia de la institución fideiusoria. Aunque la validez de la fianza constituida contra la voluntad del deudor resulte incuestionable en todas las etapas históricas, puede cuestionarse el alcance de sus efectos en la relación interna entre deudor y fiador.

El equilibrio entre la utilidad de la fianza para el deudor y la indemnidad del fiador sigue siendo una cuestión interna relativa a la relación subyacente al contrato de fianza en el que el interés prevalente es el del acreedor. De ahí que el debate haya estado –y sigue estando– doblemente condicionado por la concepción jurídica que se adopte ante el fenómeno fideiusorio por una parte y la prevalencia del interés del fiador o del deudor, dando entrada a consideraciones de equidad.

En efecto, la tensión entre el interés del deudor y del fiador ha dado lugar a posiciones encontradas –más o menos favorables a favorecer los intereses de uno u otro– en cada etapa histórica en la que se ha ido configurando la fianza.

En el Derecho romano clásico se aceptaba que el fiador podía intervenir y satisfacer la deuda incluso contra la prohibición del deudor principal. Sin embargo, esto generó controversia respecto al derecho de regreso del fiador. La mayoría de los juristas, por razones de equidad, apoyaban conceder una *actio utilis negotiorum gestorum* contraria para que el fiador pudiera reclamar lo útil de su pago, mientras otros negaban cualquier tipo de indemnización al fiador *prohibente debitore*.

La interpretación del Digesto causó debate entre glosadores y comentaristas. Los glosadores se dividieron entre una mayoría que, siguiendo a AZO, negaba toda indemnización al fiador que actuaba contra la voluntad del deudor, mientras una postura

minoritaria aceptaba alguna forma de compensación. La Escuela del Comentario, quizá la más radical, negó al fiador toda facultad de liberación antes de pagar basándose en el interés superior del deudor-mandante, con lo cual quedaba automáticamente descartada la posibilidad de liberación del fiador *prohibente debitore*.

Las Partidas recogieron los tres supuestos azonianos en los que el fiador no tenía derecho de reembolso: fianzas realizadas con intención de donar, en beneficio del fiador, o con prohibición expresa del deudor. Los juristas castellanos negaron, por tanto, al fiador el derecho de reembolso cuando actuaba contra la voluntad del deudor.

Por otra parte, el debate ha estado fuertemente condicionado por la configuración jurídica de la institución fideiusoria. En el Derecho anterior al Código civil, los efectos que se producían entre el fiador y el deudor principal no derivaban propiamente de la fianza, sino del contrato de mandato o del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos. Así, el dato determinante de la atribución al fiador de la acción correspondiente (mandato o gestión sin mandato) era, respectivamente, el conocimiento o la ignorancia del principal obligado ante la constitución de la fianza. Como excepción, en determinados supuestos se legitimaba al fiador para ejercitar la acción de mandato antes de haberlo cumplido con la finalidad de recuperar su libertad, liberándose del vínculo jurídico que, aunque asumido voluntariamente frente al mandante (deudor principal), se había vuelto en perjuicio suyo por causas ajenas a su voluntad; el mismo beneficio se extendía al fiador sin mandato porque idénticas razones lo justificaban al existir siempre una gestión útil de negocios ajenos. De esta forma, se consideraba al fiador como un gestor de negocios del deudor principal, equiparándose la relación de gestión al mandato si había sido ratificada por el deudor o a una gestión de negocios sin mandato si no existía ratificación.

Esta concepción de la fianza entra en crisis en la codificación, una vez dotada cada institución de regulación propia y eliminadas así las interferencias que la fianza recibía del contrato de mandato o cuasicontrato de gestión de negocios ajenos. De esta forma, la fianza pasa a contar con una normativa típica que regula su derecho a la indemnidad por el hecho de actuar como fiador, abstracción hecha de toda relación previa con el deudor principal.

La tipificación del mandato y de la fianza como sendos contratos permitió la superación de la confusión de ambas figuras, propiciando una clara separación conceptual entre el negocio de fianza y la relación establecida entre fiador y deudor que, en adelante, es calificada como de gestión de negocios ajenos en el sentido económico del término. En la doctrina contemporánea, el debate se reproduce, por tanto, en otros términos, puesto

que la vinculación entre ambos sujetos deudores queda tipificada en el Código civil. En concreto, el hecho de que el Código haya omitido toda referencia a la fianza *prohibente debitore* en sede de regreso, subrogación y acciones de relevación tal como figuraba en nuestro derecho histórico ha dado lugar a posiciones encontradas en la doctrina en cuanto a su admisibilidad.

Las tesis favorables a la legitimación del fiador *prohibente debitore* para ejercitar las acciones del art. 1843 del Código Civil se fundamentan, en primer lugar, en la literalidad del art. 1.843 el cual, en efecto, no hace referencia a la exclusión del fiador que actúa contra la voluntad del deudor. A este argumento formal se añade el hecho de que la oposición del deudor no impide la constitución de la fianza ni modifica sus efectos típicos, entre los que se incluye la posibilidad de ejercitar las acciones de relevación y cobertura; el fiador tiene el mismo derecho de reembolso en este supuesto como en cualquier otro, ya que la oposición del deudor carece de relevancia, y si se concede un derecho de subrogación y de regreso al fiador, la necesidad de proteger estos derechos justifica la existencia del remedio previsto en el art. 1.843; el que no se agrave la posición del deudor con la concesión y ejercicio de la facultad del fiador de ejercitar acciones preventivas, ya que la fianza beneficia al deudor de forma objetiva.

Sin embargo, en este trabajo se ha argumentado que la referida omisión en la regulación de las acciones cautelares del art. 1.843 no es intencional, sino que, siguiendo a Casanovas Mussons, se aclara que la falta se debe a un problema de transcripción. Pero más allá de argumentos formales, se suscribe la doctrina de que, pese a la tipificación moderna de la fianza, la relación subyacente entre el deudor y el fiador no puede desaparecer de la escena, a riesgo de que la propia regulación de la institución quede desprovista de un fundamento necesario para su interpretación. En este sentido, no se puede ignorar que la prohibición expresa del deudor impide *ab initio* que surja la relación fideiusoria entre deudor y fiador, lo que excluye la posibilidad de ejercitar las acciones de liberación del art. 1843, y también las acciones de regreso y subrogatoria. Y ello por la simple razón de que la fianza *prohibente debitore* no beneficia al deudor en la medida en que este se ha opuesto a su constitución. La utilidad del deudor no debe medirse solo en términos económicos, sino también en términos jurídicos y de interés general, lo que incluye su derecho a oponerse a la fianza. Permitir la acción de liberación en estos casos supondría una intromisión injustificada en la esfera jurídica del deudor, que no puede

quedar legitimada por la simple invocación tipificación de las acciones de regreso y relevación, a riesgo de que la fianza pierda su carácter y naturaleza jurídica.

Para un estudio posterior queda la cuestión de los efectos de la oposición del deudor en la insinuación de su derecho condicional de reembolso en el concurso. El derecho de reembolso del fiador es reconocido expresamente como contingente bajo condición suspensiva en el art. 87.3 de la Ley Concursal. En este sentido, la oposición del deudor no paraliza la posibilidad de insinuación de este derecho en el concurso, pero, ¿cómo afecta su calificación a las posibilidades de ejercicio de las acciones de garantía o de relevación?

Bibliografía

- ARANGIO-RUIZ, V. (1965), *II mandato in diritto romano*. Roma (1948-1949), reimpr. anast. Nápoles.
- ARIJA SOUTULLO, C. (2001) *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018), *Propuesta de la asociación de profesores de derecho civil para un nuevo código civil. Propuesta de redacción del libro quinto. De las obligaciones y contratos. Título XVII. De la fianza*. Madrid, APDC.
- Azo, P. (1506), *Summa super Codicem*, Papie, liber Quartus. Mandati rubrica.
- BARTOLUS DE SAXOFERRATO (1537), *In secundam Digesti Veteria partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, i. “Si pro te”, D. 17.1.40.
- BARTULUS DE SAXOFERRATO (1547), *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Lugduni, I. Si quis mandato.
- BERNAD SEGARRA, L. B. (1999), *Relaciones entre fianza y mandato en el Derecho romano*, Alicante, Editorial Club Universitario.
- BURDESE, A. (1952) *Mandatum mea, aliena, tua gratia*, Milano, Jovene.
- BUTRIGARIUS, I. (1516), *Lectura Super Codice*, Paris, lib. IV, 1. Si pro ea.
- CAMPOGRANDE, V. (1902), *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*. Torino, Fratelli Bocca Editori.
- CARDINLIS HOSTIENSIS, H. (1556), *Summae Aurea*, Lugduni, 1556.
- CARRASCO PERERA, Á (1991), *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid, Wolters Kluwer España.
- CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022), *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi, 4.^a ed..
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1997), “Comentario a la sentencia de 7 de mayo de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 45.
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1984), *La relación obligatoria de fianza*. Barcelona, Bosch.
- CASTELLANOS CÁMARA, S. y SANCHO MARTÍNEZ, L. (2024) “Contrato de fianza”, en BERCOVITZ, R. (dir.) *Tratado de contratos*, T. IV, 4.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- CASTILLA BAREA, M. (2013) “Comentario a los artículos 1.838 y 1839”, en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ), T. VI, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CAVALLARO, R. (2001), *La gestione d'affari altrui “prohibente domino” nella tradizione romanística*, Milano.
- DE ARENA, I. (1541), *Commentarii in universum ius civile*, Lugduni.

- DE CASTRO, P. *Prima Super Codice*, Si pro ea, Lugduni, 1553.
- DE MARTINO, F. “L’origine delle garanzie personali e il concetto dell’obligatio”, en *SDHI* 6, 1940.
- DELGADO ECHEVERRIA, J. (2013), *Elementos de Derecho civil*, T. II, Vol. II, Barcelona, Bosch.
- DIEZ-PICAZO, L. (2012) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, T. III, Madrid, DUO Estudios y Comentarios Legislación Civil.
- DONELLUSS, H. (1846), *Opera omnia. Commentariorum in Codicem Iustiniani*, T. 8, Florentiae.
- D’Ors, A. (1991) *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Eunsa.
- EMUNDS, C. (2007), “Solvendo quisque pro alio liberat eum”, *Studien Zur Befreienden Drittleistung Im Klassischen Romischen Recht*, Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, 54.
- FARGNOLI, I. (2012) “L’adempimento del terzo *invito debitore* nel diritto svizzero: attualità di una soluzione classica”, en SANTUCCI, G. (editor), *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Napoli.
- FINAZZI, G. (2003), *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II,1, *Requisiti delle acciones negotiorum gestorum*, Cassino, Università degli Studi di Cassino.
- FRAGALI, M. (1968), *Fideiussione (diritto privato)*, *Enciclopedia del Diritto*, T. XVII, Milano.
- FRAGALI, M. (1968), *Delle obbligazioni. Fideiussione. Mandato di credito*. Art. 1936-1959, Bologna, Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano.
- FREZZA, P., (1962-1963) *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. Vol. - Le garanzie personali;*, (n. 2), Cedam, Padova.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2006), *La disciplina sobre el pago por el tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2023), “El derecho de regreso del fiador solvens: régimen sustantivo y clasificación concursal”, *ADC, Estudios Monográficos*, T. LXXVI, fasc. I (enero-marzo) (pp. 7-76).
- GARCIA GOYENA, F. (1973) *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, T. IV, reimpresión de la edición de Madrid 1952, T. IV, Barcelona.
- GOMEZIUS, A. (1674), *Variee Resolutionum iuris civile, commmunis, Regii*. T. II, *De contractibus*, Lugduni, cap. XIII, num. 11.
- GRAF VON WESTPHALEN, F. (2022) “Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke”, *Bürgschaftsrecht*, München, Beck.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1979), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, T. XXII (artículos 1822 a 1886), dirigidos por M. ALBALADEJO, Madrid, EDERSA.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1878), *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. V, 3ª ed., Madrid.
- HERINGIUS, A. (1675), *Tractatus de fideiussoribus*, Genevae.
- IMAZ ZUBIAURRE, L. (2024), *Fianza: accesoriadad, subsidiariedad y solidaridad*, Barcelona: Atelier.
- LARENZ, K. (1994) *Handbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil, 2. Halbband / begründet von Karl Larenz, fortgeführt von Claus-Wilhelm Canaris*, München : Beck.
- LAURENT, F. (1901), *Principii di Diritto Civile* (Vol. XXVIII, 2ª ed.), Milán, Società Editrice Libreria.
- LÓPEZ, G. (1801), *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX / con las variantes de más interés, y con la glosa del lic. Gregorio López ... ; vertida al castellano y*

- estensamente adicionadas con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado, por D. Ignacio Sanpots y Barba, D. Ramón Martí de Eixala, y D. José Ferrer y Subirana... ; T. III, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes.*
- MANRESA Y NAVARRO, J. M^a. (1973), *Comentarios al Código civil español*, T. XII, 6^a edición.
- MARTINI, R. (2000), *Appunti di Diritto romano privato*, Cedam, Padova.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. (2019), *Derecho. Privado Romano*, Madrid, M. Pons.
- MOLINA, L. (1594), *De iustitia*, T. II, *De contractibus*, Venetis.
- MOURLON, F. (1883), *Répétitions écrites sur le Code civil*, T. 3, Paris.
- ODOFREDUS (1550), *Lectura super Digesto Veteri*, I, Lugduni.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J. M (1998), “Origen romano de la fianza en las Partidas”, *Ius Fugit*, 7 (pp. 82-122).
- PACIFICI-MAZZONI, E. (1886), *Codice civile italiano commentato legge romana*, Vol.II, Firenze : Filippo Canneli.
- POTHIER, R. J. (1768), *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, Debure et Orléans, Rouzeau-Montaut, nouv. éd..
- PRADO RODRÍGUEZ, J. C. (2011), “La solutio del tercero ‘ignorante vel invito debitore’ y sus vías de regreso contra el deudor” *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, número 59 (pp. 217-26).
- PROENÇA, J. B. (2023), “Fiança”, en *Comentário ao Código Civil*, Coimbra, Universidade Católica Editora (pp. 89-97).
- RAVAZZONI, A. (1975) *La fideiussione*, 3^a edición, Milano.
- REYES LÓPEZ, M^a. J. y BUIGUES OLIVER, G. (1995), *Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- REYES LOPEZ, M^a. J. (1988), “Algunas consideraciones sobre los art. 1.838 y 1839 del Código civil”, *ADC*, T. XLI, fascículo I (pp. 153-222).
- RIVALTA, V. (1895), *Dispute celebri di diritto civile*, Bologna.
- RODRIGUEZ DE FONSECA, (1872-1874) *El Digesto del Emperador Justiniano, Nueva ed. aum. con la traducción de los proemios, completada y revisada por Manuel Gomez Marin y Pascual Gil y Gomez*, Madrid, Imprenta de Ramon Vicente.
- SÁNCHEZ JORDÁN, E. (2000), *La gestión de negocios ajenos*, Madrid.
- SÁNCHEZ JORDÁN, E. (2016), «Comentario a los artículos 1893 y 1894», en *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES, P. DE PABLO y R. VALPUESTA), Vol. IV, Cizur Menor, Aranzadi, 2.^a ed.
- SCIALOJA, V. (1889), “Della “negotiorum gestio prohibente domino” ed in ispecie dell’azione di regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore”, en *Foro Italiano*, [año XIV], 16, Città di Castello, II (pp. 532-540).
- SOKOLOWSKI, P. VON (1891), *Die Mandatsbürgschaft nach römischen und gemeinen Recht*, Halle.
- SOTTOMAYOR, C. (2022), *Código Civil Anotado: Livro III - Direito de Contratos* (2^a Edição), Edições Almedina.
- TORRES PARRA, M. J. (1998), *El mandato de crédito como garantía personal*, Madrid, Dykinson.
- TROPLONG, M. (1846), *Le Droit civil expliqué suivant l’ordre des articles du Code*, T. XVII, “Du cautionnement et des transactions”, París.
- ULMER, E. (1980), *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht, Besonderer Teil 2*, Halddand, München (pp. 657-853).
- VALIÑO, E. (1974) *Acciones útiles*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.

- VON SCHIMS, S. (2006), *Der gesetzliche Forderungsübergang Wirkweise und Funktion für den Regress bei drittseitiger Schuldsicherung*, *Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 337*, Berlin: Duncker & Humblot.
- WINDSCHEID, B. (1862), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Verlagshandlung von Julius Buddeus, disponible *on-line*
[https://dlc.mpg.de/toc/mpirg_sisis_214200/1/\(14/11/2024\)](https://dlc.mpg.de/toc/mpirg_sisis_214200/1/(14/11/2024)).