

(c) Copyright 2015, vLex. Todos los Derechos Reservados.

Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, por el trámite del número 4º del apartado tercero del artículo 178 bis del RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción financiera y otras medidas de orden social

Revista de Derecho vLex - Núm. 132, Mayo 2015

Autor: Ángel Serrano de Nicolás - Jesús María Sánchez García

Cargo: Notario - Abogado

Id. vLex: VLEX-570909835

<http://vlex.com/vid/fianza-extingue-concede-deudor-570909835>

Texto

Contenidos

- [I. - Introducción](#)
- [II. - La fianza y el aval](#)
- [III. - El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal](#)
- [IV. - Conclusión](#)

I

- Introducción

En una reciente conferencia organizada por el Colegio de Abogados de Granollers, el Magistrado D. Carlos Puigcerver hizo una reflexión sobre la novedosa regulación del art. 178 bis, apartado 5 introducida por el [RDL 1/2015, de 27 de febrero](#), de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (en adelante [RDL 1/2015](#)), sobre si la reserva de los derechos de los acreedores frente a los obligados

solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado, era extensible al mecanismo regulado en número 4º del apartado tercero del [RDL 1/2015](#), al no haber sido modificado el [artículo 1847](#) del [Código Civil](#) (en adelante [CC](#))

Esa reflexión es la que ha motivado el presente estudio, analizando las figuras jurídicas de la fianza y el distinto tratamiento jurídico del mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho, regulado por el legislador a través de los números 4º y 5º del apartado tercero del [artículo 178 bis](#) de la [Ley Concursal](#) (en adelante [LC](#)).

El apartado III de la Exposición de Motivos del [RDL 1/2015](#) nos dice que, como novedad fundamental, se instaura un régimen de exoneración de deudas para los deudores persona natural en el marco del procedimiento concursal y que el sistema de exoneración tiene dos pilares fundamentales: que el deudor sea de buena fe y que se liquide previamente su patrimonio (o que se declare el concurso por insuficiencia de masa).

Continúa la Exposición de Motivos diciendo que cumplidas las anteriores condiciones, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios.

Alternativamente (o sea nº 5 del apartado 3, art. 178 bis), cuando no hayan podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plazo de pagos durante los cinco años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos contra la masa y aquellos que gocen de privilegio general. Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá satisfacer en ese período las deudas no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello.

Una interpretación finalista del artículo 178 bis del [RDL 1/2015](#), atendiendo a la finalidad expuesta en la Exposición de Motivos (o finalidad teleológica, [art. 3.1 CC](#), dado su espíritu y finalidad), nos hace llegar a la conclusión de que el mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho, para la persona natural no comerciante, regula claramente dos vías diferenciadas y con efectos jurídicos distintos, tanto respecto del efecto jurídico del carácter automático o provisional de la exoneración del pasivo insatisfecho, como respecto de las consecuencias jurídicas de la fianza, si alguno de los créditos estuviese garantizado con fianza (de ordinario siempre solidaria), según se acoja el deudor a la vía regulada en el ordinal número 4º del apartado tercero del artículos [178 bis](#) de la [LC](#) o en la vía alternativa regulada en el ordinal número 5º.

II

- La fianza y el aval

Aunque es frecuente que no se distinga o incluso se pretenda confundir el aval con la fianza (singularmente, cuando es mercantil), junto a que algunas veces parecería pasar desapercibida

la necesaria distinción entre fianza civil o mercantil; sin embargo, por su diferente régimen jurídico, se hace necesario distinguir el aval de la fianza (al margen quedarían las denominadas garantías a primer requerimiento), y, además, concretar cuándo es civil o mercantil la fianza. Para esta distinción -civil vs. mercantil- es relevante el carácter accesorio de la fianza, dado que ello sí determina la mercantilidad, y, además, tanto la fianza mercantil como la civil exigen siempre una obligación principal válida, que es la que se garantiza (por lo que extinguida la obligación principal se extingue la fianza); pero, además, con independencia de que sea civil o mercantil, está el carácter o no de consumidores de los fiadores, y, aquí, no parece que sea el carácter accesorio el que determine que por ser consumidores los deudores principales lo tengan que ser también los fiadores, consecuencia de la relación triangular entre fiador, afianzado (o deudor) y acreedor. Se mezcla pues lo mercantil o no, en la fianza, con el carácter de consumidores o no de los deudores y/o de los fiadores; todo ello, al fin y efecto de poder determinar el carácter abusivo o no de las renunciaciones y de la posible solidaridad, por ser en un caso implícita (aval) y en otro exigida de su pacto expreso (tanto en el afianzamiento civil como en el mercantil, pues el ser mercantil no conlleva la solidaridad).

Debe decirse que la fianza ([art. 1824,1 CC](#)), como la hipoteca o la prenda, al margen de que la primera sea garantía personal y estas dos últimas garantías reales, tienen estructuralmente, y, además, de forma inalterable para las partes contratantes o constituyentes (e incluso para el legislador, pues sería hacer irreconocible el mismo derecho subjetivo de fianza), *carácter accesorio*. No cabe olvidar que en los afianzamientos de los préstamos hipotecarios no hay garantías a primer requerimiento o autónomas (v., para estas, [STS 737/2014](#), de 3-III-2014); junto a que en la fianza, como se va a considerar seguidamente, tiene especial relevancia la nota de *subsidiariedad* (incluso aunque sea solidaria). Y, por otra parte, no cabe tampoco desconocer que lo que hay en los préstamos hipotecarios es fiadores, que no avalistas aunque así se les pueda llegar a denominar, lo que resulta trascendente dado que su régimen jurídico no es idéntico.

Para la relevancia de la accesoriedad de la fianza en relación con la obligación principal garantizada con la hipoteca, v. Rosa M^e ANGUIA RÍOS, Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 147-163, en que disecciona claramente, a los efectos del [art. 1824.1 CC](#), qué debe entenderse por obligación válida, con sus subsiguientes consecuencias a los efectos de subsistencia de la fianza.

No queda especialmente clara la remisión que hace, el [art. 1822,2 CC](#), al Capítulo III, del Título I del propio Libro IV, cuando el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, dado que aunque se pacte la solidaridad del fiador no parece admisible que el fiador pase a ser un deudor solidario más, sino que sigue siendo fiador y con el régimen jurídico propio de la fianza. La remisión o sería *in totum* al régimen de la solidaridad de deudores, sino únicamente a aquellos aspectos de la solidaridad que también afectan a la fianza, así, y a los efectos que aquí interesan, deben destacarse los arts. [1143](#), [1146](#) y [1207 CC](#).

A lo que se une, como pacto igualmente predispuesto y exigido por las diferentes Entidades de crédito, la renuncia -no obstante, que la fianza ya se pacte con carácter solidario- a los beneficios de excusión ([art. 1830 CC](#), cuando ya el [art. 1831.2 CC](#) precisa que la excusión no tiene lugar cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor), división ([art. 1837 in fine CC](#), aunque en el párrafo anterior ya la niega cuando se ha pactado la solidaridad) y orden en la reclamación (que, entendida la solidaridad del fiador como si fuese deudor, tampoco

tendría lugar si ya se es fiador solidario).

Dada la falta de unanimidad doctrinal sobre si el fiador solidario es o no deudor solidario, conviene hacer las siguientes precisiones, así:

A.- El fiador solidario no es deudor solidario, ni siquiera en el momento de tenersele que exigir el cumplimiento de la deuda por incumplimiento del deudor afianzado. Esto es así dado que, siempre, una cosa es ser fiador solidario -incluso reforzado con la renuncia a los dichos beneficios de excusión, división y orden- y otra, y bien distinta, el ser deudor solidario, *es la diferencia que media* -y que subsiste en nuestro Derecho civil- *entre deuda y responsabilidad*. Distinción que lleva a que el fiador podrá ser responsable solidario, pero nunca será deudor solidario, se responde acreditado el incumplimiento pero no antes (dado que lo convertiría en deudor siendo solo responsable del cumplimiento), y ello aunque medie el pacto de solidaridad y los de renuncia a los beneficios de división, excusión y orden. El fiador siempre es fiador y no deudor, de ahí *la regla de subsidiariedad de la fianza*, aunque, ciertamente, no falten los que la consideran no esencial, sino simplemente natural (por todos Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, "Capítulo 25. La Fianza", en Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE (dir.), *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones*, 4ª ed., Madrid, Colex, 2014, p. 802), y, por tanto, excluible como sucedería al pactarse la solidaridad. Pero frente a ello, y aunque sean autorizadas voces las que lo sostienen, lo cierto es que ningún precepto legal autoriza a considerarlo convertido al fiador solidario en deudor solidario, dado que sigue teniendo su propio régimen jurídico, y, además, aunque es cierto que *la fianza no es condicional* (pese a que lo afirmaba Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. III, 4ª ed., Valladolid, Cuesta, 1937, p. 735, pero lo niegan con rotundidad Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, t. II, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 476), pero sí es, sin duda, presupuesto necesario que el deudor incumpla definitivamente, no que sea meramente moroso o que se dé un incumplimiento defectuoso. Al efecto cabe acudir al [art. 1834](#) primer inciso [CC](#) cuando, frente al [art. 1831.1 CC](#), dice "*quedará siempre a salvo el beneficio de excusión*", cabe entender -para que no sean contradictorios- que, en efecto, el deudor ya ha incumplido sus obligaciones y, por tanto, el acreedor puede demandar a ambos -no previamente al deudor y posteriormente al fiador- pero, para que el fiador responda, previamente deberá acreditarse el incumplimiento del deudor, es decir, que no hay bienes realizables del deudor con los que cobrar el acreedor, pues de haberlos sí podría señalarlos el fiador para que se proceda contra ellos. Es lo que resulta de la aplicación de la subsidiariedad que no se contempla, como tampoco para la accesoriedad, que sean renunciables, ni excluibles, por ser elementos estructurales configuradores de la garantía de fianza, que es siempre accesorio y subsidiario. Lo accesorio lo es siempre y en todo momento del desenvolvimiento de la relación jurídica, mientras que la subsidiariedad en su relación con la excusión actúa en la forma que se indicará, derivada de la relación de los arts. [1831.2](#) y [1834 CC](#).

A *la fianza solidaria -y su relación con la subsidiariedad-* se refiere expresamente Ángel CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, La Ley, 1992, pp. 73-78, para concluir que: "Si el fiador renuncia sin más al beneficio de excusión, no por eso se entiende renunciado el carácter subsidiario de la fianza". Frente a esta tajante afirmación no faltan opiniones contrarias, y muy documentadas, pero que no parecen asumibles, así, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Elcano, Aranzadi, 1985, pp. 113-122, precisa que tan cierto como que "el fiador que asume solidariamente la obligación de garantía lo hace ante todo como fiador" es que lo hace en modo solidario, por lo que "no habrán de ser aplicadas

aquellas normas que, relativas a la fianza, son incompatibles con dicho modo de obligarse", pero, concluye, y esto ya es más discutible por lo indicado, que "la fianza solidaria es una fianza desprovista de la nota de la subsidiariedad".

B.- El régimen jurídico de la fianza solidaria es preferente al de la regulación de la situación de solidaridad activa o pasiva. En efecto, el fiador solidario y el deudor nunca son frente al acreedor deudores solidarios, aunque sí podrán llegar a ser responsables solidarios -tras el incumplimiento del deudor- del pago de la deuda frente a la Entidad prestamista. En consecuencia, no pueden aplicarse al fiador solidario las reglas de los deudores solidarios, sino las suyas propias frente al acreedor, es decir, los arts. [1830 a 1837 CC](#), en los que ya se contemplan expresamente las vicisitudes de la fianza cuando se ha renunciado a los beneficios de división, excusión y orden, e incluso cuando es solidaria, y, será justo cuando tenga este carácter solidario (v. [art. 1822,2 CC](#)), y se esté ya en trance de solicitar su responsabilidad o cumplimiento, por el impago o incumplimiento del deudor afianzado, que se podrán aplicar los preceptos relativos a las obligaciones solidarias, pero como subsidiarios de los propios de la fianza. No obstante, y sobre la base de una pretendida superación de la distinción entre débito y responsabilidad sin deuda, como forma de justificar la fianza (de lo que dista de haber unanimidad en la doctrina), Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 476, afirman que: "El fiador *debe* y responde", afirmación que aparece desmentida por la realidad práctica e incluso de conformación de la masa hereditaria, así, inicialmente el fiador nada debe -pues nada recibe- y, a efectos hereditarios, los herederos del fiador no pueden considerar como deuda de la masa hereditaria lo que todavía no es exigible, pues por haber fianza no hay deuda, cuando menos de presente.

Si acudimos a la regulación positiva de las obligaciones solidarias veremos que son pocos los artículos reguladores de la solidaridad pasiva aplicables al fiador solidario, así, junto a tenerse que poner en conexión con la tutela judicial efectiva, [art. 24 CE'78](#), no son aplicables los arts. [1137](#) y [1138 CC](#) pues ya partimos de que la fianza se constituye como solidaria; tampoco el [art. 1139 CC](#), pues nada hay tan divisible como las deudas dinerarias, cuestión distinta es que el acreedor no esté obligado a recibir parcialmente la cuota o importe debido, [art. 1169 CC](#); el que la fianza solidaria no sea por los mismos plazos y condiciones que la deuda afianzada, [art. 1140 CC](#), es una posibilidad, así hay con frecuencia fiadores que solo responden del 20%, o hasta una fecha concreta o bajo concretas condiciones.

No parece aplicable al fiador solidario el [art. 1141,2 CC](#), dado que ya se ha dicho que el fiador solidario no es deudor solidario, aunque sí pueda llegar a ser responsable solidario, de ahí su legitimación pasiva y posible citación al demandar al deudor, [art. 1834](#) primer inciso [CC](#) (junto a que si es fiador solidario la excusión funciona en la forma que se ha indicado, resultante de relacionar el [art. 1831,2 CC](#) con el [art. 1834 CC](#)); por todo ello, mal se le podrá condenar sin haber sido parte del proceso judicial en que se condene a los deudores solidarios; asimismo, tampoco se dará, de ordinario, al haber una única Entidad acreedora, el presupuesto del [art. 1142 CC](#).

Más problemática se presenta la aplicación del [art. 1143 CC](#), al referirse a los subrogados del pago (compensación, confusión y remisión de la deuda, junto a la novación, siempre que sea extintiva), pues, desde luego, extinguida la deuda se extinguirá la responsabilidad del fiador (imperativa e inmodificablemente -voluntaria e incluso legalmente- por ser elemento esencial al concepto de fianza, como accesorio), sin perjuicio de que por el carácter accesorio de la fianza

se tenga que estar al [art. 1207 CC](#), e incluso al [art. 1208 CC](#), pues la causa de nulidad también podrá ser alegada por el fiador solidario en tanto que tercero interesado, conforme al [art. 1302 CC](#), como obligado subsidiario.

El [art. 1144 CC](#) influye directamente en la relación del acreedor con los deudores y sus fiadores solidarios, así, contempla que la acción de reclamación de la deuda pueda ser contra cualquiera de los deudores solidarios, pero ya se ha dicho que el fiador no es deudor, por tanto, lo que no cabe es que se dirija directamente contra él la Entidad acreedora o cualquier otro acreedor, será preciso que previamente haya incumplimiento de su deudor afianzado, como incluso presupone el [art. 1834](#) primer inciso [CC](#), al contemplar que se cite al fiador cuando se demande al deudor, pero justo se le demandará por haber ya incumplimiento. No falta, sin embargo, alguna opinión que equipara con los deudores solidarios al fiador solidario, así, defiende la equiparación entre fiador solidario y deudor solidario, Beatriz ALONSO SÁNCHEZ, *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 203-204, al afirmar que "la pluralidad subjetiva, tal y como aparece articulada legalmente en la fianza solidaria, cumple idéntica función que en la solidaridad pasiva desde el momento en que puede el acreedor reclamar el cobro íntegro del crédito que ostenta del fiador o del principal obligado, indistintamente, al no contar el garante con el beneficio de excusión", pero como acabamos de ver el que sean responsables solidarios ante el incumplimiento del deudor afianzado, no exime de tener que demandar al deudor y, poder citar a la vez, al fiador, o incluso demandarle simultáneamente, pero no ya directamente al fiador, sin previa o simultánea demanda al deudor afianzado.

En todo caso, *frente a las reseñadas posturas que pretenden negar la nota de subsidiariedad de la fianza cuando es solidaria*, o se ha renunciado al beneficio de excusión, podría añadirse que será así cuando se esté ya en fase de incumplimiento del deudor solidario afianzado, pero no antes pues parece ínsito en el concepto de fiador el que se garantiza una deuda u obligación ajena, y para cuando no se cumple. En esta línea -que es la que parece ajustarse a nuestro Derecho positivo, contemplado en el [CC](#)- Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: Ámbito de responsabilidad*, Granada, Comares, 1998, pp. 82-93, tras un amplio cotejo de *las principales posturas en torno a la subsidiariedad en la fianza*, destaca, pp. 89-90, a DELGADO ECHEVARRÍA (en su aportación a José Luis LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2, 3ª ed., Barcelona, JM Bosch, 1995, pp. 364-366), como principal defensor de que "en la fianza solidaria es necesario el incumplimiento del deudor". Y, en efecto, el propio DELGADO ECHEVARRÍA, *ibidem*, p. 366, tras constatar como la remisión del [art. 1822,2 CC](#) es indiscriminada a diversas materias, como incluso la indivisibilidad, precisa que la pretendida subsunción de la fianza solidaria en la disciplina de la solidaridad de deudores debería explicar cómo aún sigue regulando el propio [CC](#) la solidaridad dentro de la fianza (v. arts. [1831,2](#) y [1852 CC](#)), por lo que, ante ello, considera que "la disciplina de la fianza solidaria es en general la de la fianza, sin otra peculiaridad que no gozar el fiador del beneficio de excusión, por disponerlo el art. 1831". Afirmación de la excusión que hay que entenderla matizada por el *carácter imperativo del [art. 1834 CC](#)*, es decir, *en fase de ejecución* (pues, en efecto, ya ha habido incumplimiento del deudor, y por ello se le condena y procede la ejecución de bienes), habiendo sentencia contra los dos, se deberá proceder -por el "siempre a salvo" del [art. 1834 CC](#)- primero contra los bienes del deudor y después contra los del fiador. Lo contrario, y sin especial fundamento -cuando menos legal-, sería ejecutar los bienes del fiador para que este tuviese que repercutir contra el deudor, cuando siguiendo el orden legalmente previsto, se puede condenar al pago a ambos, deudor y fiador, y proceder ordenadamente a la ejecución,

que, por el contrario, de no haber renunciado a la excusión, la podría oponer al demandársele ([art. 1832 CC](#)), es decir, deberían buscarse y procederse contra todos los bienes del deudor y acreditada aún la existencia de deuda impagada ir contra el fiador, mientras que al haber renunciado no puede alegarla en el momento de que se le demande, pero sí -*cf.* [art. 1834 CC](#)- al ejecutarse la sentencia que "se dé" contra ambos.

También afecta al fiador el [art. 1145,3 CC](#) caso de insolvencia de su deudor afianzado, pues tendrá que hacerse responsable del pago, "a prorrata de la deuda de cada uno" de los deudores solidarios; al igual que le beneficiará, [art. 1146 CC](#), la quita o remisión que a su deudor afianzado le pueda hacer el acreedor, sin, desde luego, responder frente a los otros codeudores, dado que afianza frente al acreedor, no frente a los otros deudores; por el contrario, le perjudicará la actuación de su deudor afianzado en tanto se dé alguno de los supuestos del [art. 1147 CC](#), pues lo que habrá es el impago del que como fiador responde.

Ya finalmente, parece indiscutible que podrá el fiador utilizar -v. [art. 1822,2 CC](#)- "las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales", al margen de las que pudiera oponer al acreedor como suya propias, al entablarse la relación jurídica, una vez incumplida la deuda, entre acreedor y fiador. Acerca de esto, precisa Ferran BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, Barcanova, 1990, p. 190, que, *la evidencia de la autonomía entre deudor y fiador*, se pone de manifiesto en la no coincidencia de su régimen jurídico, así, *primero*, únicamente se comunican las excepciones objetivas, arts. [1845](#) y [1853 CC](#), pero no las personales del deudor principal, [art. 1824,2 CC](#), junto a que la alegación de las excepciones en una de las obligaciones no implica que tengan que repercutir en la otra; *segundo*, la obligación subsidiaria, o fianza -incluso solidaria-, tiene sus propias causas extintivas, arts. [1847](#) y [1852 CC](#); *tercero*, la concurrencia de las cualidades de deudor principal y fiador (basta pensar en que el deudor hipotecario sea heredero del fiador, cosa no infrecuente por ser habitual que sean los padres los fiadores) únicamente extinguen la fianza, pero no la deuda principal; y, *cuarto*, los arts. [1835,2](#) y [1851 CC](#), dejan inalterada la obligación del fiador cuando las modificaciones introducidas en la obligación principal (o deuda hipotecaria) puedan perjudicarlo.

En consecuencia, de todo lo dicho, cabe hacer las siguientes distinciones, en razón de *la nota de subsidiariedad que acompaña a la fianza solidaria*:

A.- Consecuencias prácticas derivadas de la subsidiariedad en orden a la reclamación contra los fiadores solidarios.- Es consecuencia práctica relevante, en orden a la reclamación de la deuda por incumplimiento del deudor afianzado, el no poder obviar la subsidiariedad de la fianza, incluso aunque sea solidaria (arts. [1831.2 CC](#) y [1834 CC](#)), lo que lleva a que no se podrá demandar *aisladamente* al fiador solidario, como sí se podría demandar a un deudor solidario, pues los deudores sí tienen deuda, mientras que el fiador es únicamente responsable, pero nunca deudor ni aun siendo fiador solidario, hay que acreditar previamente o al tiempo ([art. 1834 CC](#)) el incumplimiento del deudor afianzado. Es imprescindible para poder demandar al fiador (o a cualquiera de los fiadores si son solidarios) que antes o a la vez se demande también al deudor, pues aunque tenga que responder solidariamente el fiador, siempre responderá *subsidiariamente y no indistintamente* como sí lo hacen los deudores solidarios. Unido a ello está el que también podrá señalar bienes del propio deudor (*cf.* [art. 1834 CC](#) ya dicho) sobre los que se pueda hacer efectiva la reclamación, arts. [1832](#) y [1833 CC](#), entre los que sin duda se encuentra la finca o fincas hipotecadas, o cualesquiera otros bienes, que incluso se adquieran

-*inter vivos* o *mortis causa*- tras la demanda por impago y antes de la ejecución sobre bienes del fiador.

B. Reconocimiento jurisprudencial de la subsidiariedad.- Incluso aunque la fianza sea solidaria, el reconocimiento de la subsidiariedad lo hace la [STS 2944/2014](#), de 8-VII-2014, al precisar que: *"En nuestro derecho, la obligación que surge para el fiador de la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de una obligación de un tercero, también la que se presta con carácter solidario, no sólo tiene carácter accesorio respecto de aquella obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino que además se caracteriza por la subsidiariedad. El carácter subsidiario de la obligación creada por la fianza, como aclara la doctrina, significa un determinado orden en la responsabilidad, ya que la obligación del fiador cumple una función de refuerzo de la obligación principal. Este orden se traduce en la subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto de la del deudor principal, como se desprende del [art. 1822 CC](#), según el cual el fiador sólo paga en el caso de que no lo haga el deudor principal, al margen de si existe o no beneficio de excusión. La responsabilidad del fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, determinante de la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al garante, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador. = Por eso, en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria, en el sentido de que para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal. = En esto se diferencia, como muy bien apuntó la sentencia de primera instancia, la obligación del fiador solidario de la obligación del deudor solidario: la exigibilidad de la primera presupone el incumplimiento previo del deudor principal. En el presente caso, esto conlleva que las cuotas hayan vencido y no hayan sido pagadas por el deudor principal. Mientras esto no haya ocurrido, el crédito del prestamista frente al fiador solidario en concurso de acreedores deberá reconocerse como crédito concursal contingente".*

III

- El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho regulado en el [artículo 178 bis](#) de la [Ley Concursal](#)

El deudor persona natural no comerciante que quiera acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, que regula el actual [artículo 178 bis](#) de la [LC](#), deberá promover el mecanismo de segunda oportunidad instaurado por el [RDL 1/2015](#).

El [RDL 1/2015](#) a través del [artículo 178 bis LC](#) regula tres vías de solución para el deudor persona natural no comerciante, siempre que el pasivo no supere los cinco millones de euros y que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones:

1. La primera vía, iniciando un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago

con sus acreedores, conforme lo dispuesto en el [artículo 231](#), en relación con el [artículo 242 bis LC](#).

2. La segunda vía, regulada a través de lo dispuesto en el [artículo 178 bis](#), apartado tercero, número 4º, en relación con el [artículo 242 LC](#), permitiendo al deudor de buena fe solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentando un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.
3. Y, la tercera vía, que regula el número 5º, del apartado tercero del [artículo 178 bis](#), en relación con el [artículo 242 LC](#), siempre que el deudor acepte los requisitos previstos en dicho supuesto, que también permite al deudor de buena fe solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y que es una alternativa al número 4º anterior.

Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento (y también como consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado) se regula en el [artículo 242](#) de la [LC](#) el concurso consecutivo, que es el procedimiento concursal especial que conforme prevé el apartado 2, 9ª permite al deudor persona natural, si el concurso se califica como fortuito, que el juez en el Auto de conclusión del concurso declare la *exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación*, siempre que se cumplan los requisitos y con los efectos del [artículo 178 bis LC](#).

El deudor concursado solo podrá acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

De cumplirse los requisitos del número 4º del apartado tercero, del [artículo 178 bis LC](#), el deudor concursado podrá obtener la exoneración del pasivo insatisfecho. Si atendemos al apartado III de la Exposición de Motivos, cuando se cumplen los requisitos del número 4 que comentamos la exoneración debería ser automática "cumplidas las anteriores condiciones, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y si no se ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% por ciento de los créditos concursales ordinarios".

Es cierto que la redacción del apartado cuarto del artículo 178 bis no es lo suficientemente clara en esta materia, pero es el criterio que ha seguido el Juez de lo Mercantil número 10 de Barcelona, acudiendo, a través de la DT 1ª,3 del [RDL 1/2015](#), al nuevo [art. 178 bis LC](#), en sendos concursos voluntarios, iniciados con anterioridad a la reforma concursal por un matrimonio, en los recientes Autos dictados en los concursos voluntarios números 797/2014 y 798/2014, de 14 de abril de 2015, disponiendo que: "*Se acuerda la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho de la concursada, en los términos y con las condiciones previstas en el [Artículo 178 bis](#) de la [Ley Concursal](#)*".

El número 5º del apartado tercero del [artículo 178 bis LC](#) es la alternativa al número 4º, y la tercera vía que regula el legislador para permitir al deudor beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho, cuando carece de activos para satisfacer los créditos (o sea,

cuando no pueda satisfacer en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y en caso de no haber intentado un AEP el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios).

Para poder acogerse a esta vía alternativa, que permite el legislador, será necesario que se cumplan, por el deudor persona natural, los siguientes requisitos:

1. Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6 (las deudas que no queden exoneradas deberán ser satisfechas en el plazo de cinco años, debiendo presentar a tal efecto un plan de pagos).
2. No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el [artículo 42 LC](#).
3. No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.
4. No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración del concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad (no será de aplicación durante el año siguiente a su entrada en vigor, conforme dispone la DT 1ª,5 del [RDL 1/2015](#)).
5. Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público por un plazo de cinco años.

Como hemos expuesto, para poder acogerse la persona natural no comerciante al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, debe haber concluido el concurso consecutivo por liquidación, lo que requiere que el deudor liquide previamente todo su patrimonio embargable, debiendo tener presente, respecto a los ingresos inembargables, lo dispuesto en el [RDL 8/2011 de 1 de julio](#).

El concurso consecutivo de persona física no empresario es siempre de liquidación, de conformidad con lo previsto en el [artículo 242](#), bis 1,10 [LC](#) en relación con el [artículo 242 LC](#).

El deudor persona natural no comerciante podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, conforme al [artículo 178 bis LC](#), tanto cuando concluyan las operaciones de liquidación, como cuando concluya el concurso por insuficiencia de masa activa, conforme prevé el artículo 176 bis, apartado tres in fine.

Cuando el deudor concursado se haya acogido al número 5º del apartado tercero del [artículo 178 bis LC](#), el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios y subordinados pendiente a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos y respecto de los créditos enumerados en el [artículo 90,1 LC](#), la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado, quedando a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quien no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado.

En nuestra opinión, *la excepción prevista en ese apartado quinto*, del [art. 178 bis LC](#) ("quedan a salvo"), respecto de la reserva de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente y frente a sus fiadores o avalistas, que no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado, única y exclusivamente opera cuando el deudor se acoge al mecanismo alternativo del número 5º y, consecuencia misma de la alternatividad, no opera en el supuesto del número 4º, por lo que cuando nos encontremos ante una fianza, si el deudor ha seguido el trámite del ordinal 4º, el fiador podrá invocar lo dispuesto en el [artículo 1847 del CC](#), ya que el [RDL 1/2015](#) no ha modificado este [artículo 1847 CC](#), ya que solo ha establecido una excepción a dicha previsión legal, y, concretamente, a través del apartado quinto, cuando se acude a la exoneración del pasivo insatisfecho por la vía del número 5º.

El régimen de la fianza no se ha modificado con el [RDL 1/2015](#). El [artículo 1847 CC](#) sigue inalterado y también los 1143 y 1146 (junto a los arts. [1190](#) y [1207 CC](#)).

El que no se haya modificado el concepto de fianza no es sino una consecuencia misma de que tampoco lo puede hacer el legislador, salvo que cree otra figura que no sería fianza, pues sin la nota de accesoriedad sería irreconocible como tal derecho, y es exigencia de la jurisprudencia constitucional que los derechos sean reconocibles como tales; y, desde luego, la fianza no es una garantía abstracta (ni a primer requerimiento, ni confundible con el aval), no lo es por serle esencial la accesoriedad para identificarla como tal fianza, por lo que *imperativamente* no puede subsistir la fianza sin deuda.

Por ello, *la excepción solo opera para el supuesto de que el deudor se acoja a la vía alternativa regulada en el número 5º del apartado tercero del [artículo 178 bis LC](#).*

E incluso en este supuesto, dado que la fianza sin deuda del afianzado no puede subsistir (ni admite excepciones que atenten contra su mismo concepto de fianza), no puede desconocerse que este apartado 5, [art. 178 bis LC](#), se refiere -pues no puede referirse a otros por la nota de accesoriedad o imposible subsistencia sin deuda- a los otros "obligados solidariamente con el concursado", lo que parece obvio por razón de la solidaridad de los deudores, *cfr.* [art. 1145,3 CC](#), y a "sus fiadores o avalistas", es decir, a los fiadores y avalistas de los deudores solidarios frente a los que subsiste la deuda (que raramente no serán los mismos que lo eran del deudor exonerado), pues de haber fiadores o avalistas del deudor exonerado estarían sujetos a la regla general, como no puede ser de otra manera, mientras que aunque sean solidarios de todos, liberados o no, subsiste su fianza, pero por serlo de los no liberados.

En resumen, si el deudor acude a la vía del número 4º, del apartado tercero del [artículo 178 bis LC](#), el fiador podría oponer al acreedor la extinción de la fianza, al amparo del [artículo 1847 del Código Civil](#). Pues, no en vano, se ha extinguido la deuda. En el caso del número 5º subsiste pero por cuanto subsiste la deuda de los demás obligados solidarios. El problema es, pues, y como no puede ser de otra manera por razón de la accesoriedad, de subsistencia o no de deuda, o lo que es lo mismo de exoneración o no.

Obsérvese que el propio apartado quinto que comentamos está utilizando el término "extinción del crédito" cuando nos dice "*Los acreedores cuyos créditos se extinguen no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos.*"

Y recuérdese que el apartado III de la Exposición de Motivos nos dice que "cumplidas las anteriores condiciones, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios".

Si el efecto derivado del trámite previsto en el ordinal 4º es la exoneración automática de las deudas pendientes y, por tanto, la extinción de los créditos, la conclusión a la que debemos llegar, por imperativo de lo dispuesto en el [artículo 1847](#) del [CC](#), es la extinción de la fianza.

IV

- Conclusión

Si entendemos que el efecto jurídico derivado de la exoneración regulada en el número 4º del apartado tercero del [artículo 178 bis LC](#) es la extinción automática de los créditos pendientes, respecto de los mismos, el fiador podrá invocar al acreedor el [artículo 1847](#) del [CC](#), cuando el deudor haya seguido los trámites del número 4º del apartado tercero del [artículo 178 bis](#) de la [LC](#) y se haya acordado la exoneración del pasivo insatisfecho.