

La fianza ómnibus

Gabriel de Reina Tartière *

Sumario: *I. Las reticencias hacia la figura. II. Panorama jurisprudencial antes del caso «Vigna». III. El fallo «Vigna». IV. La determinación del objeto en el contrato de fianza. V. Defensa del fiador frente a una eventual concesión abusiva de crédito por el acreedor.*

I. Las reticencias hacia la figura

En una de las recomendables novedades bibliográficas del pasado año, *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador*, del profesor Alejandro BORDA, a partir de la que fuera su Tesis Doctoral, llama la atención (quizás, al final, no tanto, en función del subtítulo con que se presenta la obra) la negativa que se ofrece acerca de la fianza general u ómnibus.

Considera el autor, luego de centrarse en el devenir de la figura en los ordenamientos italiano y francés, que en Argentina no es posible reconocer validez a esta modalidad fideiusoria, en virtud de los artículos 1044, 1045 y 1056 del Código Civil:

[...]son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos.

[...]son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si

* Doctor por la Universidad de Oviedo. Protitular de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica Argentina

dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

[...]los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

Por cuanto, agrega:

[...]en ciertas ocasiones pueden dar lugar a abusos como los que a veces se advierten en los contratos bancarios que suelen no determinar: a) el importe por el que debe responder el fiador; b) los negocios que quedan afianzados, permitiendo aparentar como bancarias obligaciones que no los son; c) el sujeto afianzado; y d) el límite temporal de la fianza.

Y continúa:

[...]cierto que nuestra legislación admite la fianza dada para garantizar el cumplimiento de una obligación futura o condicional (arts.1988 y 1993 C.C), de la misma manera que como se ha visto en el Derecho italiano. Sin embargo, y esto es importante resaltarlo, el Derecho italiano no cuenta con una norma como nuestro artículo 1989 que exige que la fianza de una obligación futura deba tener un objeto determinado. Y es evidente que no hay determinación del objeto cuando se admite como válida la fianza dada en garantía de una obligación aún no consentida, como sucede en Italia. Por lo demás, es imposible argumentar que el objeto esté determinado cuando se considera que la 'cantidad' afianzada sólo es determinada *a posteriori*¹.

Extraña tan categórica posición, contra el arraigo de la fianza general en nuestra práctica comercial, cuya única función no es solamente de garantía sino, diríase, hasta impropiaamente cautelar, con vistas a evitar eventuales desviaciones entre patrimonios cercanos; esto explica la frecuencia con que la fianza general es otorgada por socios involucrados en la dirección o gestión de sociedades mercantiles, y más si son cerradas.

1. Ob. cit., p. 164.

Sorprende también si se la compara con la línea absolutamente favorable a tales garantías seguida tanto en la doctrina, desde ya el imprescindible trabajo de FARGOSI de 1984², como en la jurisprudencia. BORDA refiere expresamente el fallo «Deutsche Bank c. Naymark», cuyo sentido, como se verá, habría sido meramente precautorio, habiendo además un pronunciamiento de la misma Cámara Nacional en lo Comercial, el fallo «Vigna», con fecha 30 de junio de 2008, que por la profundidad de sus fundamentos debe considerarse verdadero *leading-case* en la materia.

II. Panorama jurisprudencial antes del caso «Vigna»

Efectivamente, en aquel fallo, me refiero al «Deutsche Bank Argentina c. Naymark», de la Sala B de la Cámara, de 10 de octubre de 1996³, lo que se adujo exactamente fue que, concurriendo ciertas condiciones especiales, el negocio de garantía en cuestión

[...]pudo acaso resultar nulo o anulable en los términos de los artículos 1044, 1045 y 1046 C.C. Sucede que algunas variantes de las llamadas 'cláusulas ómnibus de garantía' pueden dar ocasión al funcionamiento verdaderamente abusivo de la banca que otorga crédito:

- a) unas veces, mediante indeterminación de importes por los que deban responder los garantes;
- b) otras, con tal indeterminación de los negocios en cuyo marco se da la garantía, que se permitiría aparentar como 'bancarias' obligaciones derivadas, v. gr., de delitos o cuasi delitos que pudieran hacer daño a la banca;
- c) finalmente, en esta enumeración, caben otros supuestos donde la indeterminación recae sobre el sujeto por el que se da garantía, o sin límite temporal de ninguna especie" (con cita de principalísima doctrina italiana).

Mas nada en ese orden de ideas se observaba en el caso de autos: se puso monto máximo a la garantía dada (U\$S 250.000), con razonables límites temporales (cinco años), determinándose con precisión quién era el sujeto cuyas obligaciones se garantizaban

2. «Fianza general de obligaciones futuras e indeterminadas», en *LL* 1984-C, pp. 1181 y ss. En tal sede, A. E. FARGOSI definiría la variante como aquella fianza prestada "para una o más categorías de créditos ya nacidos o que podrán surgir a favor del acreedor, a resultas de negocios jurídicos determinados o determinables que éste celebrará con uno o más terceros, también determinados o determinables", resultando muy importante, a su juicio, aclarar que no pertenecería al concepto la fianza referida a créditos derivados de contratos creadores de obligaciones de nacimiento sucesivo o escalonado.

3. En *LL* 1997-C, pp. 179 y ss.; y *DJ* 1997-2, pp. 119 y ss.

(una concreta sociedad anónima).

Y lo que pudiera señalarse como relativa ambigüedad en cuanto a las clases de negocios comprendidos en la garantía (“de crédito”), no fue objeto de ninguna clase de denuncia de los ejecutados, que no pretendieron siquiera aducir que haya habido abuso o mala fe del banco; siendo que no se notan aquí conductas de ese tipo, ni son presumibles (principio general que resulta del art. 4008, C. C.).

Es decir, la Cámara Nacional no había negado la posibilidad de afianzamientos generales; acaso les habría puesto límites, cuya existencia, a la postre, habrían convalidado la garantía en autos. Y es este justamente el único, y esencial, punto sobre el que cabe la discusión; si son estrictamente necesarias esas cautelas en el instrumento para la validez de la garantía. Pero la posibilidad de la garantía como fórmula de aseguramiento contractual se antoja innegable.

Es así que la Cámara siguió deparando soluciones favorables al trasunto. Su Sala A, en autos «Banco Felgin S. A. c. Aronovich», de 15 de mayo de 1997, expresó que el artículo 1988 del Código Civil autoriza a que la fianza sea otorgada con respecto de todas las obligaciones que el afianzado contraiga con determinada persona, “no siendo ello violatorio de la regla del artículo 1989 del mismo Código, pues tal universalidad satisface la determinación del objeto requerido por dicha norma, el cual precisamente está constituido por todas las obligaciones que asume el afianzado con respecto al acreedor”⁴. La misma Sala reproducirá, punto por punto, tales palabras en su fallo «Banco Francés c. Ravert», de 17 de mayo de 2000⁵.

Antes, incluso, la Sala E habría declarado la oponibilidad de la fianza general constituida antes de la inscripción registral de afectación al régimen de bien de familia, dado que:

[...]el hecho generador de responsabilidad se produjo con la suscripción de la garantía aludida, mediante la cual los accionados se constituyeron en codeudores solidarios, lisos, llanos y principales pagadores de obligaciones presentes y futuras de la sociedad..., comprometiendo a partir de allí su patrimonio. En

4. En *LL* 1998-C, pp. 621 y ss; y *DJ* 1998-2, pp. 1218 y ss.

5. En *LL* 2001-B, pp. 852 y ss.

consecuencia, resulta irrelevante que la deuda de la garantizada —saldo deudor de cuenta corriente— haya nacido con posterioridad⁶.

En consecuencia, habría dicho de vuelta la Sala A:

[quien presta] una fianza incluyendo en ella obligaciones futuras, y en virtud de una de ellas fue ejecutado, no puede sustraer a la ejecución del acreedor un inmueble de su propiedad afectado al régimen de bien de familia, alegando que la inscripción respectiva fue anterior a la existencia de la obligación afianzada. Ello en tanto fue posterior al otorgamiento de la garantía, ya que si su intención fue deshacerse de su compromiso de garantizar obligaciones futuras debió formular la retractación que contempla el artículo 1990, Código Civil⁷.

En otro caso, y con respecto a la declaración de “fiadores solidarios, lisos, llanos y principales pagadores, en las mismas condiciones que los deudores, de las deudas, obligaciones y compromisos emergentes de las operaciones de crédito de cualquier tipo” que se pudieran contraer, la Sala C no advirtió circunstancia válida que obstara a la ejecución, pues la fianza puede preceder a la obligación principal (que en el *sub lite*, se expresa, estaba correctamente individualizada) “y ser dada para seguridad de una obligación futura, sin que sea necesario que al momento de su otorgamiento tal obligación esté constituida por un crédito cierto, conforme al artículo 1988 del Código Civil”⁸.

III. El fallo «Vigna»

Y llegamos al que es hoy el fallo fundamental en la materia. Me refiero exactamente a la sentencia «Vigna c. Lloyds Bank (BLSA) Ltd.», de la Sala D, de la Cámara comercial, a partir del voto preopinante, aceptado sin disidencias, del doctor HEREDIA⁹.

El instrumento de la fianza había sido suscrito por quien era presidente de una sociedad de responsabilidad limitada, constituyéndose individualmente en codeudor solidario, liso, llano y principal pagador:

6. *In re* «Lloyds Bank Limited v. Tepedino y otros», de 17 de julio de 1998, en *JA* 1999-I, pp. 81 y ss. Con remisión a la doctrina del fallo de la Sala E, siempre de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, por la cual “debe considerarse la fecha del hecho generador de la obligación en la que el codeudor solidario suscribió el documento pertinente y no aquélla en que nació la deuda instrumentada en un pagaré y un certificado de saldo deudor del garantizado, a los efectos de determinar la oponibilidad del bien de familia” (en autos «Banco de Londres y América del Sud c. Chaves y otros», de 9 de octubre de 1984, en *LL* 1984 D, pp. 593 y ss.).

7. En autos «Bayer Argentina c. Lekeito», de 8 de noviembre de 1996, en *Lexis* 11/2734.

8. *In re* «Cooperativa de Crédito y Vivienda Financoop Ltda. c. Ambroggi y otro», de 10 de agosto de 2004, en *LL* Diario del 13 de octubre de 2004, p. 15; también en *Impuestos* 2004-B, pp. 2892 y ss.

9. De 30 de junio, repito su fecha, de 2008, en *LL* 2008-E, pp. 688 y ss.; y *Lexis* Nro. 35024348

[...]incluyendo el pago de intereses, impuestos, gastos, comisiones y cuanto más corresponda, de todas las facilidades de crédito, cualquiera que sea su naturaleza o la forma que ellas revistan, que ese Banco [se refiere, obviamente al demandado, el Lloyds Bank], en cualquiera de sus sucursales, tenga concedidas al presente o llegare a conceder en el futuro a VIGNA HNOS S.R.L., ya se trate de adelantos en cuenta corriente, descuentos de pagarés a sola firma o con firma de terceros...[sigue una larga enumeración]... o bajo cualquier otra forma que sea, incluyendo cualquier otra obligación o cualquier responsabilidad emergentes de los actos del citado cliente, pues la enumeración que precede es ilustrativa y en modo alguno limitativa[...] Asimismo, se dejó establecido que no sería necesario que el Banco comunicara al fiador “el otorgamiento o renovación o concertación de las operaciones y facilidades de crédito motivo de la presente, ni sus modalidades[...].”

En sus agravios, el fiador recurrente alegaría como principal de sus fundamentos que el banco había concedido abusivamente crédito a la empresa, dando lugar a una deuda pre y postconcurzal que habría rebasado los límites razonables que marcan la práctica bancaria normal.

Luego de seleccionar la mejor doctrina extranjera, española e italiana, en la materia, y de confrontarla con el conjunto de los hechos, el doctor HEREDIA extrae las siguientes conclusiones:

- a) Se cumple el requisito de determinación del objeto estatuido por el artículo 1989 del Código Civil, cuando en la fianza se ha establecido el criterio en base al cual se determina el compromiso del fiador, y aun si es otorgada respecto a todas las obligaciones futuras que el afianzado contraiga con determinada persona.
- b) No es necesario que determine un monto máximo, ni un plazo determinado de vigencia.
- c) Cumpliéndose con los recaudos indicados [sic], debe concluirse, como regla, en la validez del tipo de fianza de que se trata, quedando a salvo, desde luego, las hipótesis de lesión subjetiva (art. 954 C.C.), abuso de derecho (art. 1071 C.C.) o vicio de la voluntad (art. 1045 C.C.) en la contratación de la garantía.

d) Ahora bien, aun si se tratara de un contrato de fianza válido, el fiador queda exonerado de sus obligaciones si la deuda afianzada adquiere una magnitud muy distinta de la que razonablemente tuvo en mira al otorgar la garantía, y el acreedor solo podría mantenerla procurando del fiador una autorización especial de mantenimiento.

e) En la misma situación de aumento extraordinario de la deuda afianzada, una vez constatado que ello responde a una concesión abusiva del crédito a favor del deudor afianzado, el banco pierde su recurso contra el garante, en proporción a la medida económica causalmente vinculada al abuso.

Y más adelante, en cuanto a la renuncia a ulteriores comunicaciones o autorizaciones por parte del fiador y como por él se habría suscrito voluntariamente en el cuerpo de la garantía, no podría considerarse una condición general de contratación no pactada, en tanto que su validez se sostendría en que:

[...]como lo ha entendido la doctrina con relación a la autorización especial exigida por el artículo 1956 del Código Civil italiano, la obligación que se impone de exigir al fiador una especial autorización para mantener la fianza cuando han cambiado las condiciones patrimoniales del afianzado, es del interés exclusivo del fiador y se vincula a materia no sustraída a la disponibilidad de las partes, por lo cual puede el fiador dispensar a la entidad bancaria de la observancia de tal obligación, con el efecto de asumir él mismo el control de las vicisitudes patrimoniales del deudor afianzado, a fin de revocar, si lo cree, su propia obligación de garantía... De donde se colige, en fin, que si el fiador no revocó la garantía, las consecuencias que de su omisión derivan deben entenderse como el fruto de su propia conducta discrecional, a las que debe estar¹⁰.

Tal es, *grosso modo*, la construcción del fallo en torno a la fianza general u ómnibus. La amplitud en su aceptación es la nota más característica del precedente, en cuanto directamente resigna las limitaciones de duración y cuantía que siempre han rondado a la figura. El único límite específico al que atienden sus considerandos (los demás, cifrados *supra* en la letra c), son de aplica-

10. Con total abstracción de los hechos del caso, en los que el fiador era, nada más y nada menos, que el presidente de la sociedad afianzada, BORDA afirma que el fallo violenta el artículo 1198 C.C., en tanto exige que la interpretación del contrato sea hecho de buena fe, pues ¿de qué buena fe se puede hablar cuando se introduce en el contrato la facultad de omitir toda información referida al nivel de endeudamiento del afianzado? Por lo demás, no puede olvidarse que estamos frente a contratos con cláusulas pre-dispuestas, que deben ser interpretadas a favor del adherente, y que estos contratos deben ser considerados como contratos de consumo, con la protección que la ley 24.240 consagra a favor del consumidor” (ob. cit., p. 90). Son argumentos, como digo, genéricos, a los que habría de atender, no se duda ni se niega en el fallo, pero que no tienen fuerza para invalidar, sin más, la fórmula, sino más bien para elaborar los respectivos recaudos.

ción genérica cualquiera sea el negocio ante el que estemos) es el de la concesión abusiva de crédito, eventualidad de la que no se desentiende el fallo por más que no se hubiera acreditado en autos.

La ponencia hace propia aquí la opinión de que si bien el Código Civil argentino no contendría una disposición similar al artículo 1956 del italiano, existirían en él otras disposiciones suficientes como para arribar a iguales resultados interpretativos. Especialmente cabría citar:

[...]lo dispuesto por el artículo 2043 de nuestro Código Civil en cuanto prevé la extinción de la fianza cuando por un hecho positivo o por negligencia del acreedor se hace imposible que el fiador se subrogue en sus derechos contra el deudor afianzado, así como la nota de VÉLEZ SARSFIELD a ese precepto.

Y ese es, señala FARGOSI, precisamente el caso ya que, evidentemente, no se puede sino suponer que cuando el fiador contrae su obligación lo hace teniendo en cuenta un estado patrimonial determinado, cuyo agravamiento puede implicar la imposibilidad no jurídica sino fáctica de ejercer la acción subrogatoria contra aquél, y de allí que la prestación a su cargo, esto es, responder por las obligaciones del deudor, se haya vuelto prácticamente imposible de ser recuperada, y así excesivamente onerosa, procediendo no la resolución consagrada en el artículo 1198, segunda parte, del Código Civil, ya que esta disposición trae consigo el grave inconveniente de estar restringida a los contratos bilaterales conmutativos y unilaterales onerosos y conmutativos, a los que obviamente la fianza —clásica hipótesis de la fianza general activa— no pertenece, sino la derivada de la aplicación analógica del artículo 2043 del mismo cuerpo legal.

IV. La determinación del objeto en el contrato de fianza

Siendo aparentemente definitivas las conclusiones a las que arriba el fallo «Vigna» me gustaría no obstante volver sobre el tratamiento de la determinación de la fianza según el Código Civil. Para un mejor seguimiento transcribo los dos artículos básicos en la materia:

ARTÍCULO 1988. La fianza puede preceder a la obligación principal, y ser dada para seguridad de una obligación futura, sin que sea necesario que su importe se limite a una suma fija. Puede referirse al importe de las obligaciones que contrajera el deudor.

ARTÍCULO 1989. La fianza de una obligación futura debe tener un objeto determinado, aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada.

Leyendo ambos preceptos prima la singularidad. La pluralidad de obligaciones, de operaciones garantizadas, no es, desde luego, el objetivo de su regulación. Pero como la fianza general incluye de suyo la futuridad de las obligaciones garantizadas es que se ha de estar al juego de estas normas. Y ese juego es, a nuestros efectos, realmente escaso. Se trata de un marco normativo preocupado en la determinación de la fianza en el caso particular de que preceda en su constitución al crédito para cuya garantía se conviene. No es necesario en modo alguno que se cifre un tope máximo de responsabilidad a cargo del fiador, aunque tal límite puede pactarse; la limitación pecuniaria es absolutamente, como se dice, contingente.

De lo que se trata es de delimitar el contenido de la garantía con cierta previsión, es decir, de que el fiador pueda calcular, al tiempo de prestar su consentimiento, el riesgo al que va a quedar sometido. Por eso basta con que se concrete sobre la clase de relación a cuyo aseguramiento se propende. En tal sentido, y no en otro, debe entenderse la noción de “objeto” según el artículo 1989 del Código Civil. Mientras que el artículo 1988 se habría establecido para permitir el supuesto, para que no hubiera mayores dudas sobre su posibilidad, el 1989 matizaría sobre el requisito mínimo al que habría de ajustarse.

En este punto, no podemos dejar de vincular la determinación como requisito de validez contractual con la determinación como presupuesto imprescindible de los derechos reales. Es así que no cabe hipoteca sin la fijación de una cifra máxima de responsabilidad, ni obvia determinación del objeto concreto gravado.

Sin embargo, en cuanto a las relaciones contractuales, basta con fijar las pautas, el procedimiento a cuyo través llegar a

conocer después el alcance de su objeto, objeto directo o inmediato, recuérdese, que consiste siempre en una prestación (cfr. arts. 1167 a 1169 C.C.), en nuestro caso, de garantía. Por tanto, la fianza general será válida, por este lado, en tanto en cuanto se anticipe de manera previsible sobre el contenido, el alcance de esa comentada prestación¹¹.

No obstante, en la fianza general el problema se agudiza por el propio *modus operandi* de la garantía. Y es que, al ser el contrato de fianza no sólo anterior, sino externo a las operaciones de las que habrá de responder el fiador, es mucho más fácil el abuso, esto es, que el deudor obtenga crédito y/o que el acreedor se lo conceda, sin mayor control ni participación del fiador, y sin tener en cuenta las actuales condiciones patrimoniales del deudor; recordemos que el fiador no es un donante y que si garantiza lo hace con vistas al ejercicio de la imprescindible acción de reembolso, si llegara a tener que pagar, precisamente contra el patrimonio del deudor.

Es más, la fianza general, al derivar los costos del fracaso de la operación hacia un tercero, como es el fiador, que no puede velar en cada nuevo acto de financiación por sus intereses a partir de la actual capacidad patrimonial del deudor, haría de una eventualidad excepcional como es la concesión abusiva de crédito algo mucho más accesible en la práctica.

V. Defensa del fiador frente a una eventual concesión abusiva de crédito por el acreedor

La concesión abusiva de crédito es, pues, el gran problema a cuya interdicción convoca la fianza ómnibus. Dejando a un lado las soluciones paccionadas, absolutamente recomendables, tendientes a reprimir que se dé el supuesto de hecho, hemos visto cómo se alega una cierta interpretación del artículo 2043 del Código Civil en respuesta.

El precepto, combinado con otros de índole más general, como el 1071 ó el 1198, parte 1ª, sostendría la “rescisión o resolución”, dice el tantas veces citado FARGOSI, de la fianza, por cuanto el acreedor no puede ni debe colocar al fiador en una situación tal que se vea impedido de hecho, de obtener la re-

11. Desde una perspectiva que no considero para nada contradictoria, opina CARRASCO PERERA que la razón de ser de la determinación contractual radica en el dato de que la “materia” de la que trata haya sido lo suficientemente concretada por el consentimiento dual, de forma tal que no sea preciso un nuevo convenio entre las partes para fijar definitivamente cuál es esa materia sobre la que versa el contrato y la obligación u obligaciones. Desde el momento en que se vincula, dice, “determinación” con “falta de necesidad de un nuevo convenio”, se concluye, por tanto, que la fianza general está plenamente determinada. Ciertamente, que aún no se sabe de qué deudas en concreto tendrá que responder y cuál es la cantidad líquida, pero se han puesto ya las bases para conocerlas, para que se integren *per relationem* (cfr. «La fianza general», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 1063-1064).

paración del deudor por vía de la acción subrogación, máxime cuando el propio acreedor ha contribuido a que se determinaran o ampliaran cuantitativamente las obligaciones del deudor, por las cuales pretende responda el fiador¹².

Exactamente, el artículo 2043 del Código Civil dispone que la fianza “se extingue cuando la subrogación a los derechos del acreedor, como hipoteca, privilegios, etc., se ha hecho imposible por un hecho positivo o por negligencia del acreedor”. A su tenor, se ha anotado, no sin falta de razón, que el artículo 2043, aunque en su dicción sugiere, con ese “etc.”, cierta amplitud:

[...]en ningún momento parece establecer que la garantía se extinguiría por un agravamiento del patrimonio del deudor, sino ante la pérdida de alguna acción, crédito o garantía —en este último caso no en el sentido amplio del patrimonio como prenda común de los acreedores— del acreedor contra el deudor, consecuencia de su obrar negligente¹³.

Lo expuesto se ve reforzado por el artículo 2044, cuando señala que “el artículo anterior sólo es aplicable respecto a las seguridades y privilegios constituidos antes de la fianza, o en el acto que ésta se dio, y no a las que se dieran al acreedor después del establecimiento de la fianza”, y por la nota al pie del primer artículo, donde se explica:

[...]sin duda que la persona que afianza una deuda ya garantizada con prenda o hipoteca, cuenta con estas garantías para asegurar su recurso contra el deudor. En esta confianza es que consiente en prestar su responsabilidad; y no es justo que el acreedor por su hecho lo prive de la eficacia, o de la realidad de las garantías con que contaba, cuando contrajo su obligación para su propia seguridad¹⁴.

La segunda opción, siendo así, consistiría en la pertinente acción resarcitoria a favor del fiador y contra el banco acreedor, por los daños y perjuicios originados en su concesión abusiva de crédito¹⁵.

12. Cfr. ob. cit., p. 1192. Asimismo, DI STEFANO y TEPLITZCHI, «Responsabilidad del banco por concesión abusiva del crédito respecto del fiador», en LL 1987-D, pp. 840 y ss.

13. SARAVIA FRÍAS y MAZZINGHI, «La concesión abusiva del crédito», en LL 2008-F, pp. 433 y ss. (nota al fallo «Vigna»).

14. *Ibidem*.

15. Cfr. FARGOSI, ob. cit., p. 1192.

Si se configura un supuesto de otorgamiento abusivo de crédito, pues entonces la entidad financiera responsable deberá indemnizar por los daños ocasionados, pero no parece encontrar respaldo normativo suficiente la pérdida lisa y llana de la fianza por aquella circunstancia como una sanción, en base a un agravamiento del estado patrimonial del deudor; es justamente esa circunstancia la que la fianza intenta garantizar.¹⁶

Ahora bien, si la buena fe es máxima de las relaciones contractuales, no puede dejar de verse que aunque es cierto que por la fianza sólo suelen surgir obligaciones con contenido prestacional a cargo del fiador, el acreedor se obliga —en la fianza general mayormente si cabe— a mantener un comportamiento leal y adecuado.

Es decir, que el acreedor no puede exigir que el fiador cumpla por las obligaciones impagas generadas cuando era evidente el empobrecimiento patrimonial del deudor, el mayor riesgo de la operación con las anteriores, y al otorgarle un nuevo crédito actuará, sino coadyuvando, con imprudencia.¹⁷ La excepción frente al reclamo por parte del mismo banco será el momento idóneo para la acreditación de aquellos extremos fácticos que hacen a la responsabilidad “contractual” de la entidad financiera, y ello a tenor muy especialmente de los artículos 512 y 902 del Código Civil.¹⁸

Nota extendida

16. SARAVIA FRÍAS y MAZZINGHI, ob. cit.

17. Nota extendida en pp. 34 - 35.

18. Cfr., por todos, ALTE-RINI, «La responsabilidad civil del banquero dado de crédito. Precisiones conceptuales», en *ED* 132 (1989), p. 969, § 11; DUHALDE, «Evaluación de la culpa de la entidad financiera en el otorgamiento de un crédito», en *LL* 1994-A, pp. 699 y 700.

17. “Es contrario a la buena fe —sostiene CARRASCO— conceder crédito al deudor cuando se han producido circunstancias tales que permiten al acreedor suponer, con una verosimilitud rayana en la certeza, que el fiador denunciará (o denunciaría si reparase en ello), el contrato de fianza. Por ejemplo, conceder crédito al marido cuando acaba de interponerse demanda de separación” [siendo que la mujer era hasta momento fiadora general de sus obligaciones]. Téngase en cuenta que para el autor español, el fiador que presta por tiempo ilimitado una garantía general estaría en condiciones de poner fin a su estado de vinculación mediante una denuncia unilateral del contrato, con efectos para el futuro como principio de aplicación general. Pues bien, siguiendo con nuestro supuesto, recomienda proceder con prudencia. En su opinión, el banco no está obligado a dar información al fiador por su propia iniciativa de la situación financiera del deudor. No obstante, si de las circunstancias, el banco debiera presumir que el fiador no dispone de tal información y además la agravación de semejante situación financiera resulta de carácter extraordinario, sería contrario a la buena fe conceder nuevo crédito. Y cita un fallo de la Corte de Casación italiana, de 18 de julio de 1989, en el que se habrían excluido de la cobertura fideiusoria las anticipaciones bancarias hechas al deudor en violación de la buena fe, principio que obligaría al contratante a salvaguardar el interés de la otra parte hasta el límite

en que el sacrificio propio empieza a ser apreciable (cfr. ob. cit., pp. 1081 y 1082). Precisamente, también por mandato de la buena fe, debe hacerse salvedad de que no todos los fiadores son iguales a los efectos de que se trata. Ciertamente, no cabe generalizar, “pues es indudable que los socios partícipes que afianzan a una sociedad familiar van conociendo simultáneamente con el deudor las vicisitudes de sus créditos (cualquiera que sea la forma en que se instrumenten) por notificaciones periódicas de saldos, conformidades, relación directa con el negocio, etc. [como sucediera en el caso «Vigna»]. En cambio, las personas que prestan su garantía por razones de parentesco, amistad o relación comercial más indirecta que la expresada, suelen desconocer el decurso de la operación afianzada, sus incidencias más o menos pasajeras si no es a base de un seguimiento personal y directo que no siempre es fácil o cómodo” (BAÑEGIL HERRERO y BAÑEGIL ESPINOSA, «Los contratos bancarios de descuento y de cobertura de riesgos y el afianzamiento. El papel de los fedatarios públicos», en *LL* [Madrid] 1998-5, Ref. D-272).