

Condiciones y límites de la eventual invalidez del contrato de fianza «omnibus»

1. – Una vez más, el TS italiano confirma categóricamente la validez del contrato de fianza «omnibus».

Frente a tanta certeza persiste, no obstante, una gran perplejidad tal y como demuestra la frecuencia, cada vez mayor, con la que se suscita la cuestión. Desde mi punto de vista, ello deriva de la incapacidad, por parte del estado de opinión, de ofrecer una respuesta satisfactoria. En cualquier caso, más allá de la contraposición de teorías radicales hemos de profundizar en el tema y realizar una reflexión exhaustiva al respecto. Es de esperar que ello ocurra a la mayor brevedad posible, por lo que este texto pretende contribuir a un replanteamiento de la cuestión.

Por lo general, el problema se resuelve en lo que concierne exclusivamente a la actividad bancaria, a las garantías y a la fiducia que estas empresas, impulsoras de desarrollo económico,

Fuentes: «Il Foro italiano», 1985, I, págs. 507 y ss., y «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994.

El texto comenta la siguiente resolución judicial:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO italiano núm. 4738, Sección I, de 31 de agosto de 1984; Presidente: Sandulli – Juez ponente: Racchi – MF: Caristo (Quiebra societaria); INCES vs. Credito Lombardo: «No es nula por indeterminación o indeterminabilidad del objeto la fianza prestada genéricamente a favor de un banco (conocida como contrato de fianza «omnibus») en concepto de garantía de cualquier obligación presente y futura del deudor garantizado. No es nulo el contrato de fianza «omnibus» que prevea la renuncia del fiador al término del mismo en virtud del art. 1957 del CC».

suscitan. No obstante, esto representa una seria limitación ya que el problema debe plantearse en los términos más generales, es decir, con independencia de quién es el acreedor garantizado y de qué garantía o fiducia subjetiva promueve aquél.

Ello significa que hay que enfocar el problema desde la perspectiva del modelo contractual en sí, en calidad de institución de derecho común y no de particular categoría de empresas. La especificidad de ciertas motivaciones origina la sospecha de que la solución podría ser distinta si el acreedor garantizado *fuese* un sujeto cualquiera, lo que no sería justo ni coherente.

2. – Los principales rasgos distintivos del contrato de fianza «omnibus» están determinados por el hecho de que los mismos garantizan ilimitadamente cualquier tipo de crédito, no sólo presente sino también futuro, ya sea directo o indirecto, frente a un determinado deudor, también en lo referente a fianzas futuras prestadas por este último en favor del mismo acreedor en concepto de garantía frente a terceros. Otra particularidad reside en el hecho de que el fiador o garante exime previamente al acreedor de los deberes de prudencia y diligencia implícitos en los arts. 1956 y 1957 del CC italiano, e incluso del deber de información.

El dato más alarmante es que, en consecuencia, el fiador asume cualquier tipo de riesgo, de cualquier entidad, que el acreedor pueda hacerle correr arbitrariamente, incluso en el futuro, al conceder un crédito al deudor sin consenso alguno o autorización por su parte ⁽¹⁾.

Este aspecto parece insuperable con el razonamiento al que apunta, entre otras, la presente sentencia al afirmar que el fiador profesa con frecuencia un interés relacionado, directa o mediatamente, con el crédito obtenido por el deudor. Resulta arbitrario el hecho de reconocer una perenne asociación de

⁽¹⁾ Vid. también G. STOLFI, *In tema di fideiussione generale*, en *Rivista di diritto civile*, 1972, I, págs. 529 y ss.

intereses de cara a justificar una permanente comunidad unidireccional de las suertes del garante y del deudor garantizado en el caso de prestar éste una fianza con motivo de un vínculo matrimonial ⁽²⁾, de parentesco o de amistad ⁽³⁾, o de quien no sea accionista mayoritario y, con frecuencia, ni tan siquiera administrador de una sociedad de capitales ⁽⁴⁾. Aun el caso de que el garante sea accionista y administrador, esto no quiere decir que siga siéndolo mientras subsista la relación garantizada, que exista acuerdo de intereses ni que el mecanismo sea garantía de la voluntad manifestada, en el interés de la sociedad deudora, de tomar en cierta consideración su interés opuesto en calidad de garante, dado que el conflicto de intereses radica en las cosas. Por lo general, no es acertado convertir la responsabilidad limitada de los socios accionistas en ilimitada, llegando a desnaturalizar la esencia de la moderna sociedad de capital ⁽⁵⁾. La facultad de rescindir el contrato de fianza no representa mínimamente una solución adecuada ante una consecuencia como la anterior, ya que hasta ese momento el garante responderá de toda extensión del riesgo sobrevenido en el ínterin y, a menudo, la revocación produce el efecto perjudicial de ser intimados a restituir con carácter inmediato, sin dilación, las cantidades prestadas. Es comprensible que el garante, ante una

⁽²⁾ Sobre esta cuestión, véase el análisis de RASCIO, *Fideiussione «omnibus»*, en *Dizionario del diritto privato*, bajo la dirección de N. IRTI, *Diritto civile*, Milán, 1980, I, págs. 389 y ss. En relación con la fianza prestada por un cónyuge: STS italiano núm. 118, de 15 de enero de 1973, en *Repertorio del Foro italiano*, 1973, voz *Fideiussione*, núm. 4.

⁽³⁾ En lo que concierne al vínculo de parentesco con un progenitor: STS italiano núm. 2647, de 11 de octubre de 1960, en *Repertorio del Foro italiano*, 1960, voz *Fideiussione*, núm. 19, versión completa en *Banca, borsa, ecc.*, 1960, II, p. 506; en lo referente al vínculo de parentesco con una hermana: STJ de Florencia, de 17 de diciembre de 1962, en *Repertorio del Foro italiano*, 1963, voz citada, núm. 21.

⁽⁴⁾ Habitualmente, el accionista minoritario no decide y tampoco se le informa, aun siendo fiador. En relación con el caso: STS italiano núm. 1631, de 28 de abril de 1975, en *Repertorio del Foro italiano*, 1975, voz *Fideiussione*, núm. 15.

⁽⁵⁾ Ello se aprecia bastante menos en lo que concierne a la responsabilidad de los socios de una sociedad personalista, quienes responden ilimitadamente frente a todos los acreedores y no tan sólo frente a algunos, tales como los bancos, en el caso que nos ocupa. En definitiva, todo se reduce a una carrera contra el tiempo de cara a garantizar una anterioridad cronológica en materia de apremios judiciales y de inscripciones hipotecarias, con la salvedad de intentar sucesivamente obtener una extensión de garantías ante el riesgo de quiebra y de suspensiones.

perspectiva tan desoladora como ésta, se muestre propenso a adoptar una actitud pasiva y a asumir incluso los ulteriores riesgos que el acreedor pueda llevarle a correr arbitrariamente en virtud de su facultad de elegir .

3. – Tanto en general como a través de la presente sentencia, la validez del negocio se evalúa en función de las numerosas causas que pueden determinar la posible nulidad con motivo de la eventual indeterminabilidad del objeto –ex art. 1346 del CC italiano– y del hipotético carácter potestativo de la facultad, por parte del acreedor garantizado, de extender el riesgo cubierto por el fiador ⁽⁶⁾.

Varias sentencias, entre ellas la que nos ocupa, dan por descontada la validez de la exención del acreedor de los límites previstos en los arts. 1956 y 1957 del CC italiano, así como de los deberes implícitos de prudencia y diligencia en los que profundizaremos más adelante.

Según la sentencia, el contrato de fianza «omnibus» sería legítimo en cualquier caso, aun considerándolo contrato

⁽⁶⁾ La resolución anterior confirma la Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 1982 que, a su vez, modificaba la STJ de Milán, de 6 de septiembre de 1979, es decir, la sentencia aislada que había declarado nulo el contrato de fianza «omnibus». Queda confirmada, pues, la validez de este tipo de fianza por la jurisprudencia consolidada: SSTS italiano núm. 23, de 5 de enero de 1981, en *Il Foro italiano*, 1981, I, p. 704; la núm. 615, de 27 de enero de 1979, en *Repertorio del Foro italiano*, 1979, voz *Fideiussione*, núm. 8, y la núm. 1631/75, de 6 de febrero de 1975, núm. 438, en *Repertorio del Foro italiano*, 1975, voz citada, núm. 17, entre otras muchas. Opiniones de la doctrina sobre el tema: FRAGALI, *Fideiussione*, voz de la *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1968, XVII, págs. 346 ss.; Id., en *Commentario*, bajo la dirección de Scialoja y Bianca, Bolonia-Roma, 1962, sub arts. 1936, 1959; Id., *La fideiussione generale*, en *Banca, borsa, ecc.*, 1971, I, p. 321; RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milán, 1967; Id., *Fideiussione*, voz del *Novissimo digesto*, Turín, 1961, VII, p. 274; RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni cosiddette «omnibus»*, en *Banca, borsa, ecc.*, 1972, II, p. 92; STOLFI, *cit.*; DE MARCO SPARANO, *La fideiussione bancaria*, Milán, 1978; SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977; RASCIO, *cit.*; MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, en *Dizionari, cit.*, *Diritto commerciale*, Milán, 1981, III, p. 379; PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, en *Le operazioni bancarie*, Milán, 1978, II, p. 1054.

autónomo de garantía, cuya admisibilidad confirma el ordenamiento italiano.

Siguiendo el orden de exposición de los razonamientos previos, comenzaremos hablando de la determinabilidad del objeto. No obstante, el TS italiano, tras haber declarado que puede prestarse garantía por deudas futuras —*ex art. 1938 del CC*—, afirma literalmente que, si bien indeterminadas, dichas deudas deben ser al menos determinables. Ello se traduce en la determinabilidad del riesgo ajeno que el garante asume en primera persona, riesgo en cuyo concepto pretende ser garantizado y, más concretamente, objeto de éste y de cualquier otro negocio de garantía. Es indudable que el riesgo por incumplimiento de las deudas futuras debe ser determinado o determinable, al igual que las propias deudas: como ocurre en el seguro o incluso en el juego, el riesgo no es nunca indeterminable ⁽⁷⁾.

El TS italiano afirma acertadamente que estas deudas futuras, de cuyo riesgo por incumplimiento se habla, deben ser determinables en base a un criterio previamente acordado por las partes, capaz «de identificar de forma estrictamente objetiva la relación obligatoria principal». A este respecto, un ejemplo en el ámbito de la actividad bancaria reside en la fianza prestada como medio de garantía de una línea de crédito pendiente de concesión y, no obstante, en vías de tramitación sobre la base de una solicitud ya presentada. Estamos hablando de un crédito futuro, ya que se originará tan sólo tras su concesión y utilización, si bien sea objetivamente determinable con referencia a la solicitud que actuará asimismo como límite máximo o tope.

No obstante, cabría determinar si lo anterior puede representar una referencia genérica a un tipo desconocido de anticipo asociado a créditos indeterminados, solicitados y concedidos en futuro, acerca de los que se desconoce toda información, esto es, cuándo y hasta qué importe se concederán, como en el caso del contrato de fianza «omnibus».

⁽⁷⁾ Véanse: J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Turín, 1982, p. 60; VALSECCHI, *Il gioco e la scommessa*, Milán, 1954, págs. 30-32; V. SALANDRA, en *Commentario*, bajo la dirección de Scialoja y Branca, Bolonia-Roma, 1966, *sub art. 1898*, págs. 264 y ss.

El Tribunal, en coherencia con el planteamiento que ha mantenido de manera constante, ha respondido positivamente al decir que «en este caso, el objeto de la fianza en lo que concierne a las deudas futuras se puede determinar en concreto *per relationem*, esto es, con referencia al objeto de las obligaciones que el deudor garantizado contraerá con el banco»⁽⁸⁾. Desde mi punto de vista, no podemos sumarnos a cuanto expuesto en este orden de ideas. Una referencia genérica «a todas las obligaciones que recaerán sobre el deudor principal» no puede constituir, en la práctica, un criterio de determinación *per relationem*. Se trata de una referencia indeterminada a deudas futuras que han de autodeterminarse y, por tanto, representa una petición de principio propiamente dicha. Asimismo, la sentencia toma como elemento de referencia para la determinabilidad de la deuda futura (y de su riesgo de incumplimiento, asumido por el garante) el contenido del negocio jurídico del que se desprende la deuda antedicha. La primera observación concierne al momento al que debe remitirse esta determinabilidad. No parece haber duda de que tanto la deuda como el riesgo deben ser determinables en el presente, esto es, en el momento en que se presta la garantía (prestación presente de cara al futuro) y no serlo en futuro, cuando se haya formado el contrato, con un determinado contenido, del que se derivarán una deuda y un riesgo concretos (prestación futura de cara al futuro).

Este requisito debe tomar como punto de referencia el momento presente en que se presta la garantía y no el futuro, momento en que la garantía surtirá efecto (planteamiento que se rige por los arts. 1225, 1346 y 1467 del CC italiano)⁽⁹⁾.

La presente opinión comete el error de interpretar la determinabilidad como un mero juicio *a posteriori* según el cual la anterior concurre siempre, en lugar de entenderla pertinentemente como un juicio pronóstico posterior *ex antea* (es decir, el que se refiere a la conclusión del contrato de

⁽⁸⁾ Entre otras muchas, cfr.: SSTS italiano núm. 1262, de 4 de marzo de 1981, en *Repertorio del Foro italiano*, 1981, voz *Fideiussione*, núm. 15., y las núms. 23/81 y 615/79, en las que el concepto de determinabilidad es extremadamente impreciso, hasta el punto de llegar a afirmar por escrito que «es preciso determinar de alguna forma (*sic*) el límite de la obligación en sí».

⁽⁹⁾ Véase también STOLFI, *cit.*, págs. 532, 533, 534, 537.

garantía). Ello significa que la operación de determinación *per relationem* se formulará *a posteriori*, si bien la determinabilidad debe concurrir con anterioridad, como es el caso de todo juicio pronóstico. Una determinabilidad exclusivamente *a posteriori* resulta irrelevante y no significativa. Desde este punto de vista, las deudas futuras determinables tan sólo en el futuro, con referencia exclusiva a negocios futuros, incluso en manera hipotética, no pueden decirse determinables en el presente ⁽¹⁰⁾.

Otra consideración es la relativa a la admisibilidad, como criterio de determinación de la prestación sustitutiva de aquella cuyo incumplimiento se prevé por parte del deudor, del contenido hipotético del futuro negocio asociado, origen de la deuda principal, siempre que represente una hipótesis concreta y específica, no ambigua ni indeterminada, en base a lo acordado previamente por las partes del contrato de garantía.

De lo contrario, el objeto de la fianza debe considerarse indeterminable de serlo igualmente, en el presente, la hipótesis del relativo contrato al quehace referencia ⁽¹¹⁾.

Por el contrario, no se consigue apreciar adónde conduce dicho criterio acordado en precedencia por las partes, considerado capaz de «identificar de forma estrictamente objetiva» la relación obligatoria principal.

El Tribunal, una vez superado el límite, se aventura mucho más en el ámbito de lo indeterminable al afirmar textualmente: «el concepto de determinabilidad de la garantía no conlleva implicaciones de carácter subjetivo o psicológico que determinen que el fiador debe conocer, prever o imaginar la deuda garantizada». ¿Cómo puede considerarse determinable un crédito

⁽¹⁰⁾ Así por ejemplo, es inaceptable la STS italiano núm. 438, de 6 de febrero de 1975, en *Il Foro italiano*, 1976, I, p. 2474, en la medida en que de la identidad formulada del objeto de la fianza y de la obligación principal se concluye lo siguiente: «la indeterminación del objeto de la fianza puede inferirse tan sólo si el objeto de la obligación principal es indeterminable». Esto no vale de cara a la deuda futura, cuya determinabilidad se pospone al momento del negocio que dará lugar a ella, mientras que la determinabilidad de la fianza debe anticiparse al momento del contrato de garantía, por lo que es necesario que las partes del negocio fiduciario hayan pactado previamente el tipo de negocio futuro y el relativo contenido al que se refieren.

⁽¹¹⁾ En lo que concierne al nexo entre negocio de garantía y negocio principal: G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Nápoles, 1983, págs. 119, 121.

remotamente imaginable? La mejor confirmación de la determinabilidad –circunstancia patente– radica en que la deuda garantizada puede preverse o, al menos, ser imaginada por el garante, quien asume personalmente el riesgo del incumplimiento. En efecto, el fiador debe poder estimar el riesgo que asume y, por tanto, prever las consecuencias del compromiso de indemnización.

Estamos hablando, pues, del nexo existente entre determinabilidad y previsibilidad, de ahí que el riesgo normal del contrato y la responsabilidad por los daños causados por el incumplimiento contractual en la medida de lo previsible, entendido también cuantitativamente, concurriendo culpa y no dolo, sean términos correlativos que se integran recíprocamente. Precisamente en este hecho se sustenta la autorresponsabilidad privada, en la que se materializa la asunción del propio riesgo y, en sentido lato, la imputabilidad.

La determinabilidad del riesgo se traduce en la previsibilidad de las consecuencias.

4. – Pasemos ahora a considerar si la fianza en cuestión presenta o no un carácter potestativo.

Es lícito preguntarse si la fianza «relativa a créditos contratados por las otras partes» ⁽¹²⁾ conforme a la fórmula *si quoties et quantum Sempronio credere volueris fidejubeo* da lugar o no a un acuerdo de carácter potestativo. La sentencia, en línea con las resoluciones anteriores del mismo órgano jurisdiccional ⁽¹³⁾, lo excluye afirmando que el hecho de conceder un crédito y de recibirlo no configura dicho tipo de actividad. Se deduce implícitamente, pues, que el acuerdo potestativo equivale a aquel otro que se remite al arbitrio del acreedor garantizado, sin tan siquiera contar con la motivación de un

⁽¹²⁾ En este caso, considerando la gratuidad, la onerosidad no compensa ni tan siquiera la discrecionalidad, como en el caso del acuerdo o contrato de suministro; CORRADO, *La somministrazione*, Turín, 1959, p. 60, nota 3.

⁽¹³⁾ Véase, por ejemplo, la STS italiano núm. 23/81.

cálculo de conveniencia ⁽¹⁴⁾, es decir, actuando de forma caprichosa.

Esta teoría resulta inadmisibles por ser excesivamente restrictiva. En mi opinión, el carácter potestativo concurre por lo general cuando un sujeto está en condiciones de tener que sufrir los efectos de la voluntad actuada por la contraparte tan sólo en función del propio interés. Es decisivo que el titular de la opción pueda efectuarla conforme al propio, mero y exclusivo interés, determinando consecuencias que recaerán sobre un sujeto distinto. La opción de libre arbitrio es uno de los aspectos de la inquestionabilidad de una condición potestativa, al tiempo que representa el caso extremo. El contenido del art. 1355 del CC italiano se pronuncia en este último sentido ya que, al ostentar el propio obligado dicha facultad, éste puede apuntar al máximo a la libertad del compromiso adquirido sin ulteriores consecuencias, hecho reconocido generalmente válido, a menos que no se contemple el ejercicio del libre arbitrio. Distinto será el caso en que la opción se remita *ad libitum* del acreedor, como en la fianza, ya que éste podría extender desmesuradamente el ámbito de la obligatoriedad ajena con el fin de satisfacer el propio interés. Es aquí que procede la invalidez causada por las consecuencias del arbitrio.

Ciertamente, el hecho de conceder un crédito no representa en sí una actividad meramente potestativa en lo tocante a los sujetos de la relación crediticia, libres de contraerla o no, mientras que sí lo es en lo que concierne al garante que se

⁽¹⁴⁾ El error aquí reside en el hecho de identificar «potestativo» con «meramente potestativo», es decir, con «nuda voluntad», «querer o refutar el negocio», «voluntad inmotivada», «más allá de todo juego de intereses y de conveniencia», transformándolo a partir del art. 1355 del CC italiano (cfr. entre otras muchas: SSTS núm. 2484, de 3 de octubre de 1973, en *Repertorio del Foro italiano*, 1973, voz *Contratto in genere*, p. 625, y la núm. 2602, de 2 de septiembre de 1971, en *Repertorio del Foro italiano*, 1971, voz citada, núm. 219). Con arreglo al art. 1355, no se considera que una interpretación talmente restrictiva tenga sentido sólo porque la condición potestativa se refiera, en este caso, al deudor y no al acreedor como ocurre, sin embargo, en relación con la fianza, en cuyo ámbito se entiende por potestativo el negocio que depende de la voluntad del acreedor, sin ningún otro límite que su mero interés.

encuentra a merced de aquéllos. Tampoco parece que el deudor garantizado pueda calificarse de tercero de cara al *arbitrium* delegado, como se lee en ésta y en otras sentencias, al ser el principal interesado en extender el ámbito de la garantía en función de sus necesidades y de sus planes de inversión y laborales.

5. – Por último, ésta y otras sentencias parecen excluir el carácter potestativo alegando en concreto que la actividad bancaria representa una actividad rigurosa ⁽¹⁵⁾. Se trata de un planteamiento demasiado específico para ser concluyente en sentido más general. La tesis tendría algún fundamento en caso de calificarse la concesión del crédito de «actividad rigurosa» en base a reglas jurídicas y no sólo técnicas, destinadas a satisfacer el mero interés de la entidad de crédito ⁽¹⁶⁾. El ordenamiento italiano no prevé normas que establezcan el carácter «riguroso» de la decisión de conceder crédito y previenen su concesión abusiva ⁽¹⁷⁾: la supervisión y el control de la inspección pública es demasiado genérica para tener relevancia, por no hablar de las

⁽¹⁵⁾ Entre otras muchas: SSTS italiano núms. 615/79 y 23/81.

⁽¹⁶⁾ Incluso el art. 218 de la Ley Concursal se entiende finalizado a satisfacer tan sólo el interés de quienes conceden crédito: P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, Padova, 1955, p. 405; U. GIULIANI, *La bancarotta*, Milán, 1983, págs. 416 y ss.

⁽¹⁷⁾ No tienen gran significado las normas excesivamente genéricas contempladas en el art. 35.2.º, letras *c* y *d*, y en el art. 87 de la Ley Bancaria. Sigue abierto el debate acerca de la responsabilidad extracontractual del banco por concesión abusiva de crédito frente a terceros perjudicados, hecho que admiten Francia y Bélgica. Actualmente, se excluye *de iure condito* la prohibición abusiva de crédito como fuente de responsabilidad frente a terceras partes, pese a operar al nivel de la autorresponsabilidad *ex art.* 1227 del CC italiano con respecto al artículo 1176.2.º, así como también opera frente a terceras partes garantes en relación con la norma especial contemplada en el art. 1956 de dicho código, que ha introducido una pena de Derecho privado. Sobre el debate aún más extenso actualmente en curso acerca de la responsabilidad extracontractual por concesión abusiva de crédito, véase: *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Actas de la Conferencia de Siena celebrada en el mes de junio de 1980; R. CLARIZIA, en *Banca, borsa, ecc.*, 1976, I, p. 361; A. NIGRO, en *Giurisprudenza commerciale*, 1981, I, p. 287; C. M. PRATIS, *id.*, 1982, I, p. 841.

Sobre la tipicidad del abuso de concesión de crédito, véase el art. 10 del proyecto de ley aprobado por el Senado con fecha de 21 de abril de 1982. No obstante, ello denota la creciente importancia del interés público.

perplejidades existentes acerca de la equiparación del banquero público al privado ⁽¹⁸⁾.

No obstante, la propia lógica de la concesión de crédito sobre la base de una fianza se encarga de excluir la posibilidad de garantizar a un tercero la limitación de la línea de crédito futuro en la medida en que el deudor sea sólido, sin exceder dicho límite. La fianza extiende la capacidad de endeudamiento del deudor en una proporción equivalente a la del garante. El banquero concede una línea de crédito tomando también necesariamente en consideración el patrimonio del garante con el fin de evaluar el riesgo de insolvencia que mide la proporción de su interés con los índices de rentabilidad de la *ratio*. ¿Cómo puede garantizar éste a la vez al fiador que las futuras ampliaciones de crédito sólo tengan en cuenta la solidez del deudor y no incluyan las condiciones de viabilidad del crédito para la fianza prestada? ¿Cómo puede considerarse encaminada a una concesión «rigurosa» de crédito aquella fianza «omnibus» que, a causa de las numerosas exenciones contempladas en los arts. 1955, 1956 y 1957 del CC italiano, parece más bien orientada en sentido contrario?

Todo esto es excesivamente contradictorio. No pretendemos subestimar en lo más mínimo las reglas por las que se rigen la alta profesionalidad y el *corpus* de normas reglamentarias, sobre cuyo respeto velan los inspectores internos de las entidades crediticias. Estas últimas, no obstante, están sujetas al control y a la defensa del interés de quienes conceden crédito y no de quienes lo garantizan. Asimismo, su inobservancia queda patente en las «violaciones de los límites» en los que se traduce diariamente la gestión real del crédito, y que constituye la causa principal del aumento de los contenciosos bancarios.

Es evidente que no se puede calificar de rigurosa la actividad sancionada mediante acciones rescisorias de los pagos efectuados en circunstancias que conllevan la «violación de los

⁽¹⁸⁾ STS italiano de 10 de octubre de 1981, Carfi, en *Il Foro italiano*, 1981, II, p. 553, con apostilla de F. CAPRIGLIONE.

límites» ⁽¹⁹⁾, lo que demuestra la inadecuación del razonamiento.

6. – Llegados a este punto, examinemos si los arts. 1955, 1956 y 1957 del CC italiano son derogables o no.

Por lo general se propende a su derogabilidad sosteniendo que las partes tienen la facultad de distribuir el riesgo de forma distinta a la legal ⁽²⁰⁾ y, en lo que concierne al art. 1957 del CC italiano, se habla de caducidad en materia de derechos disponibles, cuyo contenido es modificable por las partes *ex art.* 2968 ⁽²¹⁾. No obstante, se advierte que estas derogaciones desvirtúan la causa típica de la fianza en la medida en que intenta ofrecerse una justificación desde el punto de vista de un contrato atípico ⁽²²⁾ o autónomo de garantía ⁽²³⁾.

Sin embargo, desde mi punto de vista, las normas contempladas en los arts. 1955, 1956 y 1957, son inderogables y de orden público, y todo pacto en contrario es nulo. Es evidente que estas normas están sujetas al control y vigilancia del garante frente al acreedor garantizado.

En cualquier caso, estos preceptos no se extinguen en la salvaguardia de los intereses específicos del garante, puestos en peligro por la conducta contraria de los arts. 1955, 1956 y 1957,

⁽¹⁹⁾ SSTS italiano núms. 5413, de 18 de octubre de 1982, en *Il Foro italiano*, 1983, I, p. 69, y 6430, de 29 de octubre de 1983, en *Repertorio del Foro italiano*, 1983, voz *Fallimento*, núm. 336.

⁽²⁰⁾ En este sentido, cfr.: STS italiano núm. 1631/75, de 7 de agosto de 1967, núm. 2104, en *Il Foro italiano*, 1968, I, p. 493, y en *Banca, borsa, ecc.*, 1967, II, p. 520, con apostilla de FAVARA, entre otras muchas.

⁽²¹⁾ FRAGALI, voz *Fideiussione*, antes mencionada, p. 496; RAVAZZONI, voz *Fideiussione*, cit., p. 56; SSTS italiano núm. 2811, de 18 de octubre de 1960, en *Repertorio del Foro italiano*, 1960, voz *Fideiussione*, núm. 34; la núm. 183, de 11 de enero de 1983, en *Repertorio del Foro italiano*, 1983, voz citada, núm. 27 y, por último, la núm. 5310, de 9 de agosto de 1983, *ibid.*, núm. 32.

⁽²²⁾ Véase, entre otros: S. MACCARONE, *La fideiussione bancaria come contratto atipico*, en *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milán, 1976, p. 154. En otro contexto (*Contratto autonomo*, cit., p. 395), considera la fianza «omnibus» como un caso atípico de contrato autónomo de garantía.

⁽²³⁾ PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, cit., p. 1052; MACCARONE, *ob. ult. cit.*, p. 388.

sino que, más bien, los extralimitan y defienden el interés público respetando plenamente los valores sociales de conducta (arts. 1175, 1176.2.º, 1227.1.º y 1227.2.º del CC italiano).

Los arts. 1955, 1956 y 1957 no se limitan, tal y como ocurriría por el contrario, a conminar la no responsabilidad del garante por aquella parte en la que no puede tener lugar la subrogación con arreglo al art. 1955 ⁽²⁴⁾, por aquella parte de riesgo asumido conscientemente por el acreedor y exuberante respecto a las condiciones patrimoniales del deudor, tal y como contempla el art. 1956 ⁽²⁵⁾, o por aquella parte de la deuda que no pueda recuperarse a causa del enjuiciamiento tardío y negligente del deudor *ex art. 1957* ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Esto ocurriría de no tener carácter sancionador.

⁽²⁵⁾ La imposibilidad para el acreedor de valerse del garante para la insolvencia del nuevo crédito concedido en condición de riesgo agravado se deriva del art. 1227.1.º del CC italiano, con referencia a la transgresión del deber de prudencia del *bonus argentarius*, *ex art. 1176.2.º*. Una máxima de experiencia del banquero consiste en «no correr detrás del dinero perdido para evitar perder un importe mayor». No obstante, el art. 1956 del CC italiano va más allá al establecer que «el fiador de la obligación futura queda eximido completamente y no tan sólo en la medida en que se ha concedido incautamente el nuevo crédito», tal y como revela la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bolonia, de 13 de septiembre de 1974, en *Repertorio del Foro italiano*, 1975, voz *Fideiussione*, núm. 22. Dicha concepción de pena de Derecho privado responde a la intención del legislador (Informe ministerial sobre el CC italiano, *sub* núm. 766) «como responsabilidad por la violación de una obligación de conducta consistente en no conceder crédito», es decir, como sanción por la concesión abusiva de crédito frente a terceras partes erigidas en fiadores. El art. 1956 del CC italiano representa una nueva norma en relación con el Código de 1865, y el Presidente de la Comisión Legislativa sobre el art. 731 del proyecto de Orden Ministerial advierte que «este artículo dará lugar a numerosas disputas, si bien es justo desde un punto de vista moral». No se puede hipotizar previamente la exoneración del deber de no conceder abusivamente crédito, ni tampoco del deber de prudencia, de diligencia y de la autorresponsabilidad, tal y como prevé el art. 1227 del CC italiano. Se admite la renuncia posterior a los derechos que derivan de la exoneración, si bien no la renuncia previa a la exoneración en sí.

⁽²⁶⁾ El no enjuiciamiento del deudor principal legitimaría, de por sí, el no recobro dentro de los límites del daño evitable *ex art. 1227.2.º* del CC italiano. Ello queda absorbido por la sanción más grave *ex art. 1957*, no susceptible de renuncia previa, que configura igualmente un caso de sanción de Derecho privado por la transgresión del deber de solicitud en la actuación frente al deudor principal en un plazo de seis meses desde el vencimiento, y también de diligencia en la interposición de las demandas sucesivas, con el fin de que el fiador quede vinculado «tan sólo dentro de los límites estrictamente necesarios» (U. SALVESTRONI, *ob. cit.*, p. 104). La considerada compatibilidad del art. 1957 con el carácter solidario de la obligación de garantía (STS

Dichos artículos superan estos límites y sancionan la extinción de la fianza con la total exoneración y liberación del garante de toda responsabilidad por cualquier riesgo. La sanción se asocia a la transgresión del deber de lealtad y buena fe contemplado en el art. 1175 del CC italiano, tal y como se especifica en el Informe del Ministro de Justicia sobre el Código Civil italiano ⁽²⁷⁾. Se trata de una pena privada *ex lege* que se añade a una vasta casuística ⁽²⁸⁾ en la que el transgresor soporta una desventaja superior al beneficio obtenido de la violación y, por el contrario, el sujeto indemne obtiene una ventaja que excede el daño presumido. Están claramente encaminados a provocar un cierto tipo de conducta, como el perseguido por el modelo legal, en el que opera el deber de buena fe. En la práctica, no parece hipotizable la exoneración previa del deber de lealtad en el ejercicio del derecho que recae, claramente, en el ámbito del orden público y de las buenas costumbres, al igual que tampoco se puede dispensar previamente de los deberes de prudencia y diligencia –*ex art. 1176*– ni del deber de cooperación –*ex art. 1227*–, como profesaba Emilio Betti ⁽²⁹⁾.

El contenido normativo del art. 1955 es fundamental a la hora de adentrarnos en las normas individuales, ⁽³⁰⁾.

El art. 1956 protege y defiende los intereses del garante en caso de agravación del riesgo, al tiempo que el art. 1898.2.º del CC italiano protege y defiende los del asegurador y el art. 1476 los del tomador, titular o parte contratante: las normas son reconducibles a la conservación del *rebus sic stantibus*. En este

italiano núm. 688, de 2 de marzo de 1976, en *Repertorio del Foro italiano*, 1976, voz *Fideiussione*, núm. 19), demuestra la inadecuación de la concepción actual basada en la caducidad.

⁽²⁷⁾ Informe ministerial sobre el CC italiano, *sub* núm. 766.

⁽²⁸⁾ E. MOSCATI, *Pena di diritto privato*, voz de la *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1982, XXXII, págs. 770, 773, 775, 778, 779, 783. En la página 779 se cita una determinada casuística relacionada con la causal de extinción del beneficio del término y del beneficio de inventario, entre otros.

⁽²⁹⁾ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1953, I, págs. 105, 136, 151.

⁽³⁰⁾ U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, cit., p. 52.

caso, el art. 1956 conmina la liberación del garante de todo riesgo para sancionar al acreedor que ha concedido una línea de crédito a un deudor, sin especial autorización, teniendo conocimiento de la transformación de la situación del deudor. El art. 1956 sanciona con una pena privada *ope iuris* una conducta culposa; se trata de una culpa en la que hay previsión del evento, lo que representa el tipo más grave de violación *ex arts.* 1175 y 1176.2.º del CC italiano.

En lo que concierne al art. 1957, cabe excluir que se reduzca a conminar una caducidad o extinción cuyo contenido sería, además, modificable por las partes. En tal caso, la norma habría previsto la continuidad de la garantía una vez presentadas las solicitudes del acreedor en un plazo de seis meses desde el término o vencimiento de la obligación. Esto no es así dado que la norma añade el apercibimiento de la liberación del garante en caso de que el acreedor «no las haya reiterado con diligencia». Lo que demuestra que no nos hallamos ante un caso de vencimiento, sino ante una sanción por desvalores sociales de conducta, incluida la procesal.

7. – Por último, analizaremos si la fianza «omnibus» es legítima desde el punto de vista del contrato autónomo de garantía o, al menos, en concepto de contrato atípico, y si se trata de negocios admisibles en el ordenamiento italiano. El contrato autónomo de garantía representa una figura residual que recae en el ámbito exclusivo de los contactos internacionales para grandes obras públicas ⁽³¹⁾. Es cuando menos dudosa la posibilidad de generalizar el tipo. Incluso en su ámbito, esta garantía se limita, no obstante, a un tope o a ganancias determinadas, de forma que, en el caso que nos ocupa, se acaba creando en abstracto un contrato distinto de aquél al que hacemos referencia.

⁽³¹⁾ Acerca del contrato antedicho, véase, entre otros muchos: PORTALE, *ob. cit.*, págs. 1045 y ss., y la bibliografía citada en la página 1075. La admisibilidad de la institución suscita polémicas y objeciones en los diversos ordenamientos: véase MACCARONE, *ob. cit.*, págs. 385-388, a las que se remite también por otros aspectos.

En cualquier caso, no se aprecian los motivos por los que el ordenamiento italiano deba considerar —ex art. 1322.2.º del CC italiano— socialmente relevante la función de dicho tipo especial de garantía. En realidad, no parece que la razón pueda radicar en un interés público en la aprobación del crédito que, desprovisto de aquellos límites estrictos inderogables ⁽³²⁾, lo convertiría en un crédito fácil y, por tanto, disipador de riqueza.

Esta garantía, no obstante sea calificada de contrato autónomo de garantía o contrato atípico, resulta radicalmente opuesta a los principios fundamentales de la legislación y de la costumbre italianas, que se materializan en la actuación «bajo la propia responsabilidad» y no «bajo responsabilidad ajena» ⁽³³⁾. Ello constituye la base sobre la que descansa el sistema italiano de responsabilidad y autorresponsabilidad privada, que se traduce en el hecho de responder de las propias acciones y se basa en la imputabilidad ⁽³⁴⁾.

Las hipótesis de responsabilidad por acciones y hechos ajenos son residuales y, pese a aparecer reguladas en los arts. 2047, 2048 y 2049, se reducen, en definitiva, a hipótesis de omisiones culposas con respecto a los deberes de vigilancia de las conductas ajenas y se materializan en comisión por omisión. La garantía de la que estamos hablando, si bien es válida en teoría como contrato autónomo o atípico, representaría una subversión y codificaría un sistema distinto basado en la actuación «bajo responsabilidad ajena» que en la actualidad es incompatible con la legislación y la costumbre italianas.

Estas figuras nuevas de garantía no parecen aceptables, precisamente, en cuanto pretenden omitir los límites en los que se plasma el perjuicio derivado de garantías con consecuencias

⁽³²⁾ RASCIO, *ob. cit.*, págs. 387, 457.

⁽³³⁾ E. BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, págs. 258, 385, 411, 412; Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, Turín, 1943, p. 104.

⁽³⁴⁾ S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, voz de la *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1959, IV, págs. 453, 464, observa acertadamente que el art. 1227 del CC italiano codifica la culpa ante sí mismos [autoculpa], mientras que la culpa ante los demás se rige por el art. 2043.

ruinosas, problema que data de la época de Salomón ⁽³⁵⁾. En este sentido, cabe disentir de la sentencia.

8. – Hagamos un balance de cuanto expuesto hasta ahora.

Por lo general, quienes atacan la fianza «omnibus» sostienen que se trata de un contrato radical y enteramente nulo por lo que el garante resulta completamente exonerado.

Es indudable que la adopción de un contrato autónomo de garantía o atípico conduce a una conclusión semejante. Sin embargo, el autor de esta nota no comparte esta opinión, en la medida en que considera que el negocio sólo se puede clasificar como contrato fiduciario. Es necesario aplicar correctamente el art. 1419 del CC italiano, en el que se materializa el precepto *utile per inutile non vitiatur*, distinguiendo así la parte válida de la inválida en la fianza «omnibus». No cabe presumir que las partes contratantes habrían estipulado el contrato de fianza tan sólo en caso de que se hubiesen garantizado a la vez las deudas futuras no imaginables o confiadas a la facultad potestativa ajena. De esta forma, será válida la obligación de garantía relativa tanto a las deudas presentes determinadas o determinables como a las deudas futuras determinables con referencia a la solicitud de crédito ya presentada, a concretas hipótesis u operaciones específicas o hasta un cierto tope, entre otras, contempladas en el contrato de fianza.

Por otra parte, no se tendrán en cuenta las renunciaciones previas reguladas en los arts. 1955, 1956 y 1957, por lo que se requerirá la autorización especial para la concesión de crédito *ex art.* 1956 y se perseguirá al deudor con arreglo a las condiciones y la diligencia previstas en el art. 1957.

9. – La conclusión a la que hemos llegado *de iure condito* podría demostrarse, a primera vista, en perjuicio de una meritoria categoría de empresas, tales como las entidades bancarias.

⁽³⁵⁾ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Turín, 1902, p. 2.

No obstante, nada les beneficia más que todo aquello que contribuya a valorizar su esencia o, mejor dicho, el espíritu que distingue al banquero de quien no lo es, es decir, el cálculo del riesgo y la pasión por el riesgo calculado.

Se remiten al texto:

Il Foro italiano, 1986, I, p. 835, nota 1, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Legnano, de 13 de junio de 1985; V. MARICONDA, *Sulla fideiussione omnibus e sul contratto autonomo di garanzia*, en *Il Corriere Giuridico*, 1987, p. 1167; V. MARICONDA, *Fideiussione omnibus e principio di buona fede: la Cassazione a confronto*, en *Il Foro italiano*, 1989, I, págs. 3104, 3105, nota 7; M. CORONA, *Ancora sulla validità della c.d. clausola estensiva della fideiussione omnibus*, en *Giustizia civile*, 1989, págs. 2169, 2173, notas 3 y 17; M. JACUANIELLO-BRUGGI, *La fideiussione omnibus inossidabile Cassazione ed i nuovi modelli ABI*, en *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 1, p. 1745; M. OLGIATI, *Si acuisce il contratto tra giudici di merito e Cassazione in tema di fideiussione omnibus*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1989, p. 578, nota 20; A. DI MAJO, *La fideiussione omnibus ed il limite della buona fede*, en *Il Foro italiano*, 1989, págs. 2753, 3754; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 150, notas 47, 48 y 49; M. JACUANIELLO-BRUGGI, *Fideiussione omnibus: chi ha paura dell'art. 1956 c.c.*, en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 2, págs. 474, 479 y 482, notas 68 y 82; M. VALIGNIANI, *Fideiussione bancarie e buona fede*, en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 2, p. 1138; M. ROMANO, *Validità della fideiussione omnibus in funzione della agevolazione del credito*, en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 2, p. 831; GIANLUCA SICCHIERO, *L'engineering, la Joint venture, i contratti di informatica, i contratti atipici di garanzia*, Turín, 1991, págs. 167, 168, 171, 172, 177, 184 y 192; P. TARTAGLIA, *Limiti alla fideiussione omnibus e disciplina della trasparenza bancaria*, en *Il Foro italiano*, 1992, I, p. 1397, nota 1; p. 1398, nota 18; en *Giustizia civile*, 1990, p. 404, nota 1, STS italiano núm. 2287, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 1989.

Otros textos del autor sobre el mismo tema:

– «*Ancora a proposito della validità della fideiussione omnibus con riguardo ai nuovi moduli bancari*», en *Il Foro Italiano*, 1988, I, p. 1947, y en

«L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994, p. 387.

– «Sulla fideiussione bancaria ed i suoi limiti», publicado en *Il Foro Italiano*, 1990, I, y en «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994, p. 395.

– «Sulla inadeguatezza del principio di buona fede a proteggere il fideiussore», en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 1, p. 622, y en «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994, p. 409.

– «Sulla inderogabilità dell'art. 1957 c.c.», en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 1, p. 460, y en «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994, p. 415.

– «Sulle nullità ope legis delle fideiussioni omnibus e sulle relative conseguenze», en *Il Foro italiano*, 1992, I, p. 791, y en «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994, p. 421.

– «Sul carattere interpretativo della norma che vieta la fideiussione omnibus e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti», en *Il Foro italiano*, 1993, I, p. 2171, y en «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994, p. 429.