

Fianza en garantía de deudas de sociedad fusionada o escindida

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de GA_P

Se trata en esta nota de la posición jurídica del fiador, en sus diversas configuraciones, cuando el deudor garantizado es una sociedad que se escinde o se fusiona.

1. Vieja cuestión y nuevos pareceres

(1) Uno de los capítulos menos seguros del Derecho de sociedades sigue siendo el de la suerte de los acreedores externos y titulares de derechos no societarios frente a una sociedad mercantil que se fusiona o se escinde conforme a los términos de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME). Aquí siempre es posible decir algo nuevo a poco que se reflexione sobre la cosa con más empeño que de ordinario. A reflexionar con más profundidad nos invita ahora el buen libro del notario Segismundo Álvarez Royo-Villanova, *Sucesión universal en las modificaciones estructurales*, 2018. La obra ofrece un tratamiento completo de la materia. Pero a mí sólo me interesa ahora hacerme cargo de un extremo particular del problema, cual es el de las consecuencias que para el fiador tiene la fusión o escisión de la sociedad deudora. La fusión o escisión del fiador o del acreedor de la fianza no serán consideradas aquí.

(2) La lectura de las páginas de Segismundo Álvarez me ha aconsejado ampliar en algún punto lo que yo sostuve en la tercera edición del *Tratado de los Derechos de Garantía*, I, página 316, pero

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

- (2) al mismo tiempo me invita a ir más allá de la tesis del autor meritado, que al punto tampoco me convence en su conjunto.

Según mi anterior parecer, se produce con la fusión de la deudora una subrogación *ex lege* conforme al artículo 22 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles; el fiador no se libera, aunque la sociedad deudora sea absorbida. El fiador por deudas presentes y futuras (fiador *ómnibus*) quedaría obligado también por las deudas postfusión, a menos que se tratara de una fianza tal que, por su carácter indeterminado, permitiera el desistimiento *pro futuro* del garante. La «oposición» del fiador conforme al artículo 44 de la mencionada ley equivaldría al desistimiento. Finalmente, no debería aceptarse que la fianza se extinga por una especie de variación de circunstancias ocasionada por el cambio de deudor o (añado ahora) por haberse producido una novación del artículo 1847 del Código Civil.

- (3)

Según Segismundo Álvarez (págs. 222 y 223), la fusión no produciría ninguna modificación en el *statu quo* merced al efecto de sucesión universal del artículo 22 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, pero sería preciso reconocer al fiador un derecho de oposición si su crédito de regreso hubiera nacido y no hubiera vencido¹, lo que sólo puede ocurrir si ha sido demandado y todavía no ha pagado o cuando la deuda principal ha llegado a hacerse exigible, por analogía con el artículo 1843 del Código Civil (acción de cobertura o relevación de la fianza). Si se tratara de una fianza *ómnibus*, el fiador podría desistir si fuera una garantía indeterminada en el tiempo. Incluso de ser determinada, podría desistir por justa causa en aplicación del artículo 1705 del Código Civil [sic, probablemente, art. 1707], aunque encuentra preferible «extender» la solución propuesta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988 y propugnar la extinción de la fianza para las deudas sucesivas. Advierto aquí que, salvo error por mi parte, la citada sentencia no trataba propiamente de este asunto, sino de la no perfección del contrato de fianza cuando el oferente (fiador) había fallecido antes de que la oferta fuera aceptada por el acreedor.

- (4)

2. Solución basada en los intereses en juego

- (5) Intentaré a continuación transcender mi propia posición y la del autor que glosamos, cuyas tesis, como se verá, sólo limitadamente compartimos.

2.1. Cinco tesis

- (6) — *Primera*. En orden a los efectos que se produzcan sobre la fianza, sólo se debe distinguir entre sociedad (deudora) absorbida y sociedad (deudora) absorbente cuando

¹ En efecto, el artículo 44 concede este derecho a «los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento».

- (6) exista una *razón material para esta distinción derivada del volumen de riesgos adventicios*, o cuando la norma en cuestión sea tan desacertada (por ejemplo, art. 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: traspaso por fusión) que sea razonable minimizar el alcance de la regla. En otro caso, sería indiferente que el deudor principal haya sido absorbido o absorbente (en la escisión, escindido o beneficiario de la escisión).
- (7) — *Segunda*. La posición del fiador no es la de un simple acreedor del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Al rechazo del precepto citado ayuda también que la propia norma es deficiente y que en su interpretación más usual (pero no la de Segismundo Álvarez, que comparto) supone de hecho dejar en manos de los administradores la prestación de la garantía correspondiente. En la fianza no es esencial la posición de acreedor (de regreso) del fiador, sino la posición de deudor contingente de este fiador; de hecho, puede darse el caso de que no proceda por diversas razones el regreso contra el deudor. El regreso, además, no se produce en términos de la causa negocial propia de la fianza, sino en los del contrato de mandato (o gestión de negocios) subyacente en virtud del cual el garante se comprometió con el deudor a prestar fianza. La fianza *en su conjunto* (incluida la acción de regreso) es una posición jurídica compleja, irrepetible en el sistema por su esquema negocial, que, desde luego, no queda reducida a la de simple crédito contra el deudor garantizado, como complejas lo son también, entre otras, las posiciones del titular de un pacto de no competencia, de un derecho de confidencialidad, de un contrato bilateral de tracto sucesivo, de una opción de compra sobre las participaciones sociales fusionadas, etcétera, que no tienen cabida en el artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.
- (8) — *Tercera*. Es una petición de principio preferir una interpretación dudosa simplemente por el hecho de que *las modificaciones estructurales societarias deben ser alentadas* y que así lo declara la normativa europea de partida. No es admisible jugar en Derecho privado con este tipo de argumentos, que sólo sirven para ningunear la sabia regla de justicia conmutativa de *fiat iustitia, pereat mundus*. Al menos cuando el justiprecio que se quiere dar al acreedor por esta expropiación es tan insustancial como el del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Por la misma razón se podría entonces decir que los aumentos de capital deben ser alentados, con independencia de que las expectativas del socio disidente no sean mínimamente atendidas o que las sociedades mercantiles deben capitalizarse por encima de todo, aunque ello suponga no repartir indefinidamente dividendos a los minoritarios. Cuando se habla de fusiones (escisiones), son sólo intereses particulares los que deben ponderarse: los de los socios, los acreedores, los trabajadores; no las magnitudes macroeconómicas ni las pretendidas fortalezas sistémicas.
- (9) — *Cuarta*. Las propuestas sobre la suerte de la fianza en la operación de fusión o escisión que ahora nos ocupa deben atender sólo a *consideraciones materiales*. Estas

- (9) consideraciones materiales son en todo caso *expectativas de riesgo*. Y son de tres clases: 1) Que la operación produzca un incremento del *riesgo de impago del deudor al acreedor* mayor del que pudo ser tomado en cuenta por el fiador al contratar. Aunque parece que a primera vista la fusión excluye por esencia este riesgo y la escisión lo excluye merced al artículo 80 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, se trata de una petición de principio. En la práctica puede producirse este incremento, no sólo porque se aumenten los costes de transacción para efectuar el pago, sino porque con la operación se modifiquen las estrategias de cumplimiento de los nuevos o los viejos administradores. 2) Que la operación produzca un incremento del *riesgo de impago de la acción de regreso del fiador contra el deudor fusionado o escindido*. Se pueden hacer aquí reflexiones parecidas a las anteriores. 3) Que la resultante de la fusión o escisión *aumente cuantitativamente el riesgo de endeudamiento sucesivo del deudor cuando el acreedor dispone de una fianza ómnibus*. También en este caso es una pura cuestión de hecho que el aumento de riesgo se produzca o no y que, una vez producido, se materialice o no. Como resumen de los tres casos habría que sostener, pero sólo *ceteris paribus*, que un incremento de riesgo *sensible* concedería al fiador un derecho a liberarse de esta fianza en función de este aumento de riesgo y en la cuantía correspondiente; aplicaríamos analógicamente los artículos 1835, 1851 y 1852 del Código Civil y aceptaríamos que se hubiera producido entonces una «novación» del artículo 1847.
- (10) — *Quinta*. Allí donde el fiador disponga del precioso mecanismo del derecho de desistimiento *pro futuro* en una fianza *ómnibus*, no puede proponerse que pueda utilizar a estos efectos un derecho de oposición del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles ni que se pueda producir una extinción automática *pro futuro* de la fianza en función del aumento de riesgos o de la pérdida del *intuitu personae* con el nuevo deudor.

2.2. Cuatro tipos de fianzas

- (11) Tanto Segismundo Álvarez como yo en el pasado hemos estado despistados sobre un extremo fundamental, a saber, que no todos los fiadores corresponden a la misma clase. Y por lo menos tenemos los siguientes:
- (12) — *Primero*. El fiador es un *insider* de la sociedad deudora, en cualquiera de las formas relevantes en que se puede ostentar esta condición. Un *insider característico* no merece *por principio* (siempre hay que dejar abiertas excepciones marginales) la protección derivada de la norma, como ya lo ha sostenido con acierto el Tribunal Supremo en los artículos 1851 y 1852 del Código Civil, aunque puede extenderse a otros conflictos, como el de la modificación estructural. Sin más, es irrelevante el volumen de riesgo sucesivo y si el deudor societario ha perdido su personalidad jurídica por absorción. Ni tan siquiera procede derecho de oposición conforme al artículo 44 de la Ley de

- (12) Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Queda, como siempre, el derecho de desistimiento *pro futuro* en la fianza *ómnibus*, que no está condicionado de ninguna forma por la operación de modificación estructural. Creemos que no hay desistimiento por justa causa de la fianza *ómnibus* de duración limitada.
- (13) — *Segundo*. El fiador es una sociedad del grupo de la deudora fusionada o escindida. Rige la misma consideración que se acaba de hacer. El mecanismo de sucesión universal produce todo su efecto, sin consecuencias accesorias. Respecto del derecho de desistimiento *pro futuro* vale lo anteriormente expuesto.
- (14) — *Tercero*. El fiador es una entidad de crédito profesionalmente dedicada a avalar operaciones ajenas. La fianza subsiste, y no habrá derecho de oposición por lo regular porque el fiador estará siempre convenientemente contragarantizado en su expectativa de regreso contra el deudor, incluso a efectos del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles². Vale también lo dicho respecto del derecho de desistimiento.
- (15) — *Cuarto*. El fiador es un sujeto (no necesariamente persona física) que no tiene condición de *insider* de la sociedad deudora, pero sí lazos familiares con el deudor o con el administrador del deudor. Así, el cónyuge del administrador afianzó la deuda de la sociedad de su cónyuge, que sí es un *insider*, o afianzó la deuda de la sociedad familiar que es la fuente de producción de bienes gananciales. Todavía menos *engagés* con el negocio, el caso de los padres del administrador o socio *insider*. Este tipo de fianzas no es marginal, y tampoco lo son las sociedades «familiares» que se fusionan o que se escinden. En estos casos, *la base personal es fundamental* y no viene al caso la aplicación del artículo 44 de la ley mencionada. Esta base personal es una cuestión de hecho y no tiene relación necesaria con que la sociedad «familiar» sea absorbente, absorbida, escindida o beneficiaria de la escisión. Con todo, no saquemos consecuencias precipitadas. Distingamos entre deuda preexistente a la operación estructural y deudas sucesivas contraídas por la sociedad deudora. En la primera no puede haber influido la operación estructural; la deuda está consumada y sólo queda el riesgo del regreso. Pero en una fianza de este tipo es *racional suponer que el fiador familiar nunca contó en origen con la opción realista del regreso*, por lo que su agravamiento actual será una excusa ordinariamente inatendible. No hay incremento de riesgo. Quedan las deudas sucesivas de la fianza *ómnibus*. El familiar dispone de un derecho de desistimiento que elimina el riesgo sucesivo. Y, como seguramente es, además, un consumidor, puede *pedir la nulidad de la cláusula ómnibus por falta de transparencia* si no se le dejó muy claro al contratar que contaba con esta posibilidad, de la que podía hacer uso discrecionalmente. También se puede proponer que,

² «Los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición.»

(15) sin más, el fiador no responda de estas deudas sucesivas, estableciendo al efecto una regla material como la que creó la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1992 para el caso de que el fiador *ómnibus* falleciera antes de que se contrataran las nuevas deudas cubiertas por la garantía. Esta solución nos parece especialmente convincente —hay que disuadir de todas maneras a los operadores de exigir que los consumidores presten fianzas por deudas empresariales—, y con independencia de si la fianza *ómnibus* era por tiempo determinado o indeterminado.

2.3. El caso residual

(16) Creemos que la lista de casos expuesta agota el espectro subjetivo de fianzas que pueden estar prestadas ante una operación de modificación societaria estructural. Con todo, concedamos que no es así y que restan casos no cubiertos directamente o por analogía por alguna de las descripciones precedentes, aunque honestamente no imagino qué supuestos pudieran ser aquéllos. Si tal fuese el caso, la propuesta residual que ofrezco es ésta: 1) desatender, conforme a lo dicho, el artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles; 2) partir de la sucesión universal como regla de la producción ; 3) trasladar lo dicho respecto del derecho de desistimiento por operaciones futuras en fianzas *ómnibus* de duración indeterminada; 4) dejar abierta en otro caso la denuncia por justa causa del artículo 1707 si existe un incremento sensible del endeudamiento sucesivo, y 5) aplicar el artículo 1852 del Código Civil y proponer una liberación total o parcial del fiador si la operación ha incrementado sensiblemente el riesgo del regreso.