

**LA FIANZA: TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL DERECHO ESPAÑOL
Y EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL**

Por Dña. VIRGINIA MARTÍN MÁRQUEZ
Becaria de Investigación. Derecho Civil

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. LOS CONTRATOS DE GARANTÍA
2. DISTINCIÓN ENTRE GARANTÍAS PERSONALES Y GARANTÍAS REALES
3. DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA
4. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA COMO CONTENIDO DE UNA OBLIGACIÓN EN SENTIDO PROPIO
5. TRATAMIENTO HISTÓRICO DE LA FIANZA Y ANTECEDENTES LEGALES

II. LAS GARANTÍAS PERSONALES. LA FIANZA

1. CONCEPTO
2. CARACTERÍSTICAS
 - A.1) **Accesoriedad**
 - A.2) **Subsidiariedad**
 - B) **Interpretación restrictiva**
3. CLASES DE FIANZA
 - A) **Fianza onerosa y fianza gratuita**
 - B) **La cofianza**
 - C) **La fianza solidaria**
 - D) **Figuras afines**
4. ESTRUCTURA DE LA FIANZA
 - A) **Elementos subjetivos**
 - a) *Efectos de la fianza entre el acreedor y el fiador*
 - b) *Efectos entre el deudor y el fiador*
 - c) *Efectos entre los cofiadores*
 - B) **El objeto de la fianza**
5. EXTINCIÓN DE LA FIANZA

III. DERECHO INTERREGIONAL. LA FIANZA EN LAS LEGISLACIONES FORALES

1. ARAGÓN
2. CATALUÑA
3. NAVARRA
4. BALEARES

IV. LA FIANZA EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

1. CONFLICTO DE JURISDICIONES
2. DERECHO APLICABLE
 - A) **La ley rectora de la fianza**
 - B) **Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional**
 - a) *Antecedentes*
 - b) *Ámbito de aplicación*
 - c) *Estructura de la fianza contemplada*
 - d) *Solución de diferencias*

V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

1. LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

Son aquéllos que tienen como fin el cumplimiento de una o varias obligaciones principales. La mayoría de la doctrina establece que conforman los contratos de garantía la fianza, la prenda, la hipoteca y la anticresis¹.

Todo crédito tiene como garantía principal el patrimonio entero del deudor, según reconoce el art. 1.911 del Código civil cuando dice que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Así, el deudor puede accionar esa garantía de cuatro formas distintas:

- por negligencia: dejando perder derechos que le pertenecen,
- por fraude: haciendo desaparecer maliciosamente sus bienes,
- por realizar enajenaciones no fraudulentas,
- por contraer nuevas deudas.

Para los dos primeros casos dispone el Derecho de remedios enérgicos como la acción subrogatoria (arts. 1.111.I y 1.937 Cc.) y la acción revocatoria o pauliana (arts. 1.111.II, 1.291.3, 1.297 y 1.298 Cc.). Pero contra los dos últimos no existe ninguna medida legal directa y eficaz. Es en estos supuestos donde despliegan su utilidad los contratos de garantía (también llamados accesorios) a través de los cuales se asegura la efectividad de los derechos del acreedor, previniendo el riesgo de insolvencia total o parcial del deudor.

2. DISTINCIÓN ENTRE GARANTÍAS PERSONALES Y GARANTÍAS REALES

Las garantías pueden ser personales o reales, según provengan del compromiso contraído por un tercero o de la afectación de bienes determinados a la seguridad del crédito. La primera de estas especies da lugar al contrato de fianza; la segunda, a los contratos de prenda, hipoteca y anticresis.

La garantía real despliega su función de seguridad a través de la intensificación de un vínculo sobre un bien concreto y determinado del deudor o de un tercero. Tal vínculo, complementado con las facultades de realización de valor, de preferencia y de persecución, produce la separación del bien gravado de los restantes del patrimonio del deudor e implica la quiebra del principio de igualdad de los acreedores, implícito en el art. 1.911 Cc., en beneficio del titular de la garantía,

¹ Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 4, *Derecho de obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 15.ª ed., Madrid, 1993, págs. 762 y ss.

no sólo para la sujeción e inherencia real del gravamen, sino que, además, supe-
dita cualquier actuación de los acreedores personales (o reales de inferior rango)
sobre la cosa objeto de la carga al efectivo cumplimiento de la deuda asegurada².

La fianza, por el contrario, traspasa el 1.911 Cc. haciendo que la responsa-
bilidad señalada en dicho precepto afecte, junto al deudor, a otro patrimonio,
para cuyo fin se constituye una obligación accesoria y subsidiaria en otra perso-
na; el fiador.

Cabe señalar que la garantía personal, como forma más antigua de crédito,
presenta grandes inconvenientes; ya que resulta muy gravosa para el fiador, poco
eficaz para el acreedor y muy complicada en cuanto a las relaciones económi-
cas y jurídicas que produce (como tendremos oportunidad de ver a lo largo del
presente estudio). Por ello, cada vez es más limitado su uso, sobre todo en el
ámbito civil, y se sustituye, en la práctica, por la prenda y la hipoteca como for-
mas de garantía real.

3. DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA

Para entender bien la fianza y utilizarla en su sentido propio y estricto hay
que diferenciar claramente dos términos que, en este tema, muchas veces se con-
funden, y ello da lugar a imprecisiones que, a la postre, desdibujan sus contor-
nos y evitan un desenvolvimiento riguroso de la institución. Estamos hablando
de la responsabilidad y la garantía.

El art. 1.911 Cc. proclama, como ya hemos dicho, que «del cumplimiento de sus
obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros», y conforme a
esto, cualquier acreedor, ante el incumplimiento de la obligación, está faculta-
do para solicitar la ejecución forzosa de la misma y obtener así el equivalente
por el valor de los bienes del deudor. Es éste el sistema normal de responsabi-
lidad establecido por el ordenamiento jurídico y que representa una garantía
genérica para cualquier acreedor. Pero la garantía en sentido técnico y específi-
co no surge hasta que el sistema general de responsabilidad se modifica para
aumentar la seguridad de que un acreedor verá satisfecho su interés. Por tanto,
quedan al margen del concepto estricto de garantía aquéllos medios orientados
a mantener intacta la responsabilidad genérica (los tendentes a impedir una dis-
minución antijurídica de ésta, los que sólo presionan al deudor al cumplimien-
to, los que facilitan al acreedor la ejecución mediante mecanismos más breves o
enérgicos, y las obligaciones previstas para remediar las consecuencias de una
alteración del sintagma contractual; como por ejemplo las acciones de sanea-
miento en la compraventa)³.

² Guilarte Zapatero, V., «Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort» en *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. XVI. *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 36 y ss.

³ Guilarte Zapatero, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, M., tomo XXIII, Edersa, Madrid, 1990 (2.^a ed.), pág. 7.

El principio de responsabilidad patrimonial universal no constituye, por su propia formulación, una manifestación de garantía en sentido propio. Responsabilidad y garantía son, pues, conceptos distintos y también distinta es su función: por la *responsabilidad* todo deudor queda sujeto al cumplimiento de sus obligaciones y a su satisfacción o al resarcimiento que eventualmente proceda, ya que a ello tiene sometidos todos los bienes integrantes de su patrimonio. En virtud de la *garantía*, la seguridad que un determinado acreedor obtiene de que su interés será satisfecho resulta superior a la derivada de la simple responsabilidad genérica. Tal función, auxiliar y accesorio, de aumentar objetivamente la seguridad emanada del art. 1.911 es el contenido básico de toda garantía, que se logra mediante sus modalidades reales y personales.

4. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA COMO CONTENIDO DE UNA OBLIGACIÓN EN SENTIDO PROPIO

La fianza es una obligación en sentido propio. De ello deriva que el fiador, a diferencia del hipotecante por deuda ajena, que sólo responde, además, debe; lo que contribuye a explicar los diversos supuestos de subsistencia de la obligación accesorio en los que la principal llega a faltar⁴.

Las S.S.T.S. de 17 de febrero de 1979 y 20 de febrero de 1987 llegan a la conclusión de que existe la obligación garantizada en el momento en que se prestó la fianza, con la ineludible consecuencia de responder el fiador desde ese instante.

Además, la obligación del fiador (que se fija *per relationem* con la principal) tiene un contenido propio que es la prestación asumida por aquél, y deberá realizarse cuando su deudor incumpla la obligación principal.

Su función de garantía, causa de la fianza, explica no sólo el cumplimiento de su prestación por el fiador o que se extinga sin ser pagada (si el deudor principal cumple) sino también otros importantes extremos de su regulación: la pretensión del fiador dirigida a que el deudor le releve de la fianza, incluso antes de haberse producido el incumplimiento de la obligación principal; el mecanismo de regreso y subrogación del fiador; la persistencia de la garantía aun faltando la obligación principal, etcétera.

Por lo tanto, de la existencia de un contenido propio en la obligación del fiador deriva como consecuencia (nada pacífica, como ahora analizaremos) que, a diferencia de quien asume acumulativamente una deuda, donde el tercero cumple la obligación de otro, el fiador cumple su propia obligación, realizando su prestación específica que podrá ser o no idéntica a la del deudor principal.

La fianza implica una compleja situación que pone de manifiesto la existencia de dos obligaciones distintas y con individualidad propia:

⁴ Guilarte rechaza por ello la opinión de quienes, como Barbero, estiman que antes del cumplimiento de la obligación principal sólo existe la garantía, ya que, para él, la garantía nace de la propia obligación del fiador.

- *la principal*, cuyo objeto es la prestación a cargo del deudor de la misma.
- *la de garantía*, conformada por la prestación que, en su caso, deberá cumplir el garante o resignarse a soportar la ejecución patrimonial sobre sus bienes.

Para Guilarte Zapatero, el fiador no es deudor de la obligación fiada, sino de la suya propia, y cuando paga, cumple su propia obligación, no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor⁵. De esta misma opinión son Díez-Picazo, Casanovas Mussons, Delgado Echevarría o Albacar-Santos Briz.

Otros autores, sin embargo, de manera más o menos explícita, vienen a decir que la fianza es una obligación con dos deudores: Ravazzoni, Burón, Falcón, Sánchez Román, De Buen, Clemente De Diego y Castán.

Puig Peña y Cossío, al referirse a la noción de fianza, aluden sólo a la función de garantía que ésta desempeña, sin mencionar la misión del fiador de cumplir la obligación principal ajena. En este sentido se expresan también el art. 1.936 del Código civil italiano, el parágrafo 765 del Cc. alemán y el art. 493 del Código suizo de las obligaciones.

Respecto a la afirmación por parte de la doctrina de que el fiador cumple su obligación al realizar la prestación y también la obligación principal porque ambas son exactas, Guilarte Zapatero, considerando que es preciso formular el concepto de fianza con la mayor precisión posible, insiste en que el objeto de la obligación del fiador es prestar garantía al acreedor asumiendo una obligación de dicha especie y si se incumple la fiada el garante deberá cumplir realizando la prestación específica que le corresponde, que a veces será idéntica a la obligación principal pero otras veces no (por ejemplo en los casos de fianza constituida con una menor onerosidad que la obligación asegurada, fianza de regreso, de indemnidad, etcétera).

Por otro lado, es admitido generalmente que cualquier tipo de obligación (de dar, hacer o no hacer, fungible o no) es susceptible de ser garantizada mediante fianza, aunque, lógicamente, ésta será distinta en cada caso. Aunque en la mayoría de los supuestos la fianza asegurará una obligación dineraria, cuyo contenido será como máximo el importe de la obligación principal, otras veces garantizará deudas infungibles, de dar, hacer o no hacer, cuyo contenido es una cantidad de dinero determinada por el equivalente, como máximo, de la prestación que por su infungibilidad no podrá realizar el fiador.

5. TRATAMIENTO HISTÓRICO DE LA FIANZA Y ANTECEDENTES LEGALES

Derecho romano.—El régimen que nuestro Código civil destina a la fianza reproduce, en líneas generales y con escasas alteraciones, la doctrina romana en la fase de su evolución justiniana. La *fideiussio* justiniana es el resultado de una evolución compleja a cuyo término la fianza romana se ofrece con los perfiles propios de una institución de garantía capaz de armonizar, mediante la depu-

⁵ *Comentarios...*, págs. 10 y ss.

ración sucesiva de diversos y precisos medios técnicos, los contradictorios intereses de las personas implicadas en la relación.

En la época republicana la forma más generalizada de garantía era la fianza llamada *adpromissio*, en la que una persona, mediante una nueva estipulación, prometía todo o parte de lo que otra prometió (solidaridad y accesoriedad)⁶.

Posteriormente, aparece una nueva forma de fianza que elimina los inconvenientes de las anteriores y termina por desplazarlas: la *fideiussio* (se cree que fue obra del jurisconsulto Labón), que consiste, no en una promesa, sino en una autorización (*iussum*) semejante a la que el padre o el amo prestaba a los dependientes para asumir responsabilidad por actos de ellos.

Según su concepción originaria, los diversos tipos de fianza no eran más que formas especiales de solidaridad y por ello no presuponían necesariamente una relación anterior o posterior entre deudor principal y fiador. De ahí que la obligación de éste tuviera carácter abstracto, pues su antecedente no se expresaba en el acto de afianzar.

Por esta razón, el negocio de fianza por sí mismo no daba nacimiento a ninguna acción en favor del que canceló la deuda para obtener el reintegro del deudor principal o de los demás cofiadores, sino que se debería usar la acción correspondiente al negocio que causó la fianza, en caso de que existiera.

La importancia cívica que en Roma se le atribuía a la fianza –por cuanto significaba una especie de patrocinio que proporcionaba al fiador de muchos deudores una particular prestancia social y política– determinó que algunas leyes se preocuparan de aspectos esenciales de ella y, en general, tendieron a acentuar su carácter accesorio, dando nacimiento a recursos cuya evolución llevó a establecer relaciones directas entre el fiador y el deudor, o los cofiadores entre sí.

Respecto del deudor, la *lex Publilia* (s. IV a.C.) concedía la *manus iniectio* para que el *sponsor* cumplidor pudiese resarcirse del obligado principal (posteriormente reemplazado por la *actio depensi*); la *lex Furia*, que extendió este mismo recurso al *fideipromissor*, siempre que la fianza hubiera sido prestada en Italia.

La posibilidad de que los cofiadores pudieran entre sí dividirse la obligación se entendía respecto a las relaciones con el deudor, no a las mutuas entre cofiadores. Así, la *lex Apulia* (s.III a.C.) concedía al *sponsor* que canceló la deuda la *manus iniectio* para exigir de los demás *sponsores* una cuota proporcional; la *lex Furia de sponsu* determinó que los *sponsores* o *fideipromissores* dentro de Italia sólo podían ser exigidos por una cuota proporcional de la deuda.

En la época de Justiniano ya no existe más tipo de fianza *adpromissoria* que la *fideiussio*, que queda reducida plenamente a una obligación subsidiaria. Así, el nuevo régimen de la fianza lleva a las últimas consecuencias tal característica a través de la concesión al fiador de tres beneficios propios de este negocio: beneficio de excusión, beneficio de división y beneficio de cesión de acciones.

⁶ Esta fianza tiene dos formas (con efectos similares): una más antigua llamada *sponsio*, accesible a todos los ciudadanos romanos; y otra *fideipromissio*, nacida del comercio con extranjeros.

Además de la fianza en sus tres formas, existieron en Roma otras formas de garantía personal: el *constitutum debiti alieni*, el *receptum argentarii*, la solidaridad pasiva, la estipulación penal, la estipulación de indemnidad, el *mandatum pecuniae credendae*⁷,...

La recepción del Derecho romano hace que, aun cuando en los distintos ordenamientos europeos se mantengan ciertas disposiciones de origen germánico, los juristas tienden a modelar la fianza sobre el esquema justiniano, cuyo régimen se aplica en la práctica actual. Ello determina, junto a la reafirmación de muchos de los principios de la fianza romana que llegarán a adquirir valor de dogma, una reelaboración o desenvolvimiento, con ciertos matices y modificaciones de la reglamentación recibida⁸. Esta reglamentación justiniana perfilada por el Derecho común se recoge sustancialmente en el Código de Napoleón; sirve de base, a través de la pandectística, al Código alemán y, en general, a los Códigos europeos que, con algunas diferencias al resolver problemas concretos, revelan una clara uniformidad en la regulación positiva de la institución.

Centrándonos más en el ordenamiento histórico español, podemos afirmar que, con un significado semejante al que se le asigna en la actualidad, la fianza ya aparece dotada de una regulación genérica e independiente en el título XVIII, libro III del **Fuero Real**⁹. Pero será en las **Partidas** donde se recoja la ordenación básica de la fianza (título XII de la Quinta Partida), que se mantendrá latente durante los siglos posteriores. Éstas determinan, entre otros aspectos, las personas que pueden asumir la obligación de garantía, el modo en que puede obligarse el fiador, los supuestos que ocasionan la liberación de los garantes, la situación del fiador y del deudor frente a la reclamación del acreedor, el modo en que el acreedor habrá de exigir el débito en caso de asunción de la obligación de garantía por varios fiadores y la forma de reclamar la deuda el acreedor en caso de varios obligados a título principal.

En las **Ordenanzas Reales de Castilla**, la fianza se regula, muy escuetamente, en el título XI, libro V, Leyes I a IV. Y en la **Nueva Recopilación** tampoco se contiene un tratamiento general de la fianza. Las únicas leyes alusivas a esta forma de garantía personal proceden de las Ordenanzas Reales de Castilla que se recogen en el título XVI del libro V de la Nueva Recopilación.

Finalmente, el título XI, libro X de la **Novísima Recopilación** contiene algunas leyes, nada novedosas, relativas a la fianza, cuya finalidad es establecer prohibiciones a determinadas personas para obligarse como fiadores.

Visto lo anterior, podemos concluir diciendo que los cuerpos legales posteriores a las Partidas no otorgan a la fianza una reglamentación jurídica completa; sino que por el contrario, las leyes que guardan relación con la fianza son muy escasas y, además, referidas a aspectos marginales de la misma.

⁷ Samper, F., *Derecho romano*, Pamplona, 1974, págs. 320 y ss.

⁸ Guilarte Zapatero, *Comentarios...*, págs. 4 y 5.

⁹ Pérez Álvarez, M. Á., *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, editorial Aranzadi, 1985, págs. 23 y ss.

En cuanto a la regulación ofrecida por los diversos Códigos civiles y Proyectos de Códigos civiles que se han dado en nuestro ordenamiento jurídico, partiremos del articulado del **Código civil vigente de 1889** para analizar sus influencias. Nuestro Código civil disciplina la fianza en el título XIV del libro IV (arts. 1.822 a 1.856). Se estructura en cuatro capítulos, y el segundo de ellos dividido en tres Secciones. Esta reglamentación se muestra conforme con nuestro Derecho histórico y revela también la influencia del **Código civil francés** (lógica, por otra parte, dada la sustancial identidad de los precedentes que en aquél y en éste influyen sobre la materia). Ya el **Proyecto de 1851** contenía básicamente la doctrina de la fianza elaborada por el Derecho romano y, en el aspecto formal, seguía muy claramente al Código francés¹⁰.

Comparando los preceptos del Proyecto de 1851 con los del Código civil, comprobamos que los arts. 1822 a 1829 del vigente son, con escasas variaciones de redacción, los arts. 1.733 a 1.742 de aquél. Desaparecen únicamente del actual capítulo I («*De la naturaleza y extensión de la fianza*») los arts. 1.739, sobre transmisión expresa de las obligaciones del fiador a sus herederos –excepto el apremio personal– y el 1.742, relativo a la posibilidad del acreedor de exigir fianzas, tratándose de obligaciones a plazo o de tracto sucesivo, si inicialmente no lo había hecho y concurrían determinadas circunstancias.

El capítulo II del Proyecto y el del Código actual «*De los efectos de la fianza*» aparecen divididos en tres Secciones con la misma titulación: «*De los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor*», «*De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador*» y «*De los efectos de la fianza entre los cofiadores*». Los arts. 1.830 a 1.837 mantienen un contenido sustancialmente igual que los equivalentes del Proyecto, aunque desaparece en el vigente el art. 1.751 referido al beneficio de división entre cofiadores. Hay que señalar, además, que cambia el sentido del art. 1.837 en relación con el 1.750 del Proyecto y que el art. 1.745 del Proyecto resultaba más minucioso que el actual 1.832, sobre el beneficio de excusión en cuanto al señalamiento de bienes por el fiador.

La Sección II del Código civil (arts. 1.838 a 1.843) coincide doctrinal y formalmente con la misma Sección del Proyecto de García Goyena (arts. 1.752 a 1.757). Cabe destacar el desdoblamiento del art. 1.755 en los actuales 1.840 y 1.842 y la desaparición del art. 1.754, que establecía la posibilidad del fiador, en caso de que existieren dos o más deudores mancomunados de una misma deuda, de reclamar de cada uno de ellos la totalidad de lo que hubiere pagado.

En el capítulo III «*De la extinción de la fianza*», la única diferencia que encontramos es que el art. 1.852 actual habla de deudores solidarios y el 1.766, de deudores mancomunados.

El último capítulo (el IV) absorbe el homónimo del Proyecto con la salvedad de que suprime el apartado 2.º del art. 1.768, que establecía la capacidad de apremio personal del fiador judicial frente al deudor.

¹⁰ Guilarte Zapatero, *Comentarios...*, págs. 2-5.

Como ya hemos advertido, la influencia del Código francés en la estructura formal de la regulación de la fianza de nuestro Código civil se manifiesta a través del Proyecto de 1851; si bien hay que señalar, como hizo García Goyena respecto de éste, que algunos arts. se tomaron directamente de otros Códigos distintos del francés.

II. LAS GARANTÍAS PERSONALES. LA FIANZA

1. CONCEPTO

En sentido amplio, se llama fianza o caución a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación (así, los arts. 260 y ss. Cc. y algunos arts. del Reglamento Notarial. También el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de marzo de 1956)¹¹. Pero en una calificación más exacta y rigurosa, la fianza es la *obligación accesoria que, en garantía de la deuda ajena, asume el fiador y debe cumplir subsidiariamente en defecto del cumplimiento de la obligación fiada* (Guilarte). Consiste en la constitución, junto a la obligación garantizada de otra de igual contenido en cabeza de un segundo deudor y sujeta a un régimen característico. Así, se proporciona al acreedor mayor probabilidad de ver satisfecho su interés, ya que se amplía su poder de agresión a un patrimonio distinto del originariamente responsable¹².

No constituye fianza en sentido propio la que el Tribunal Supremo califica como *fianza impropia* (o *caparra*), que es la constituida por el deudor principal mediante la entrega al acreedor de una cantidad de dinero para responder del cumplimiento de un contrato de arrendamiento (S.T.S. de 25 de octubre de 1932) o de un contrato de actuación o representación teatral (S.T.S. de 3 de marzo de 1936); o la constituida por el arrendatario conforme a lo ordenado en la Ley de Arrendamientos Urbanos (S.T.S. de 3 de marzo de 1956).

En la fianza de la L.A.U. no es un tercero el garante del cumplimiento de una obligación, sino que la fianza está representada por una cantidad que el arrendatario debe depositar para responder de los resultados de los gastos que se produzcan y que se computarán al liquidarse la situación arrendaticia.

2. CARACTERÍSTICAS

En este punto hay que distinguir si nos referimos a los caracteres del contrato de fianza o de la obligación del fiador. En el primer caso, y siguiendo a Castán¹³, el contrato de fianza presenta las siguientes notas distintivas: es *accesorio*, ya que no puede existir sin una obligación principal a la que la fianza sirve de garantía; es *consensual*, porque se perfecciona por el mero consentimiento; puede ser *gratuito* u *oneroso* (art. 1.823.1.º Cc.), aunque lo normal es que sea gra-

¹¹ Castán Tobeñas, *op. cit.*, pág. 765.

¹² Delgado Echeverría, «La fianza», en Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. 2.º *Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, 3.ª ed., Barcelona, 1995, pág. 339.

¹³ *Op. cit.*, págs. 769 y ss.

tuito; es *unilateral*, porque de él sólo nacen obligaciones a cargo del fiador y en favor del acreedor; aunque será *bilateral* si existe retribución a cargo del acreedor. Algunos autores (Núñez Lagos y Mucius Scaevola) consideran a la fianza como un negocio *abstracto* y no causal, por ser independiente de la causa que pueda tener la relación principal de deuda. Este carácter ha sido reconocido por la Dirección General de los Registros y del Notariado (resolución de 31 de julio de 1928) y por el Tribunal Supremo (sentencia de 27 de junio de 1941).

Por lo que respecta a los caracteres de la obligación del fiador, tradicionalmente se configura su naturaleza atribuyéndole las notas de *accesoria* y *subsidiaria*, negándose los de condicionalidad, eventualidad y aleatoriedad; ya superados por la moderna doctrina especializada.

A.1) Accesoriedad

Existe unanimidad entre la doctrina al señalar el carácter tipificador que ostenta la accesoriadad en la obligación fideiusoria (Pérez Álvarez¹⁴, Guilarte Zapatero¹⁵, Delgado Echeverría¹⁶ y Casanovas Mussons¹⁷), aunque según distintas opiniones se entienda como esencial, simplemente natural o relativo.

La noción de accesoriadad, de manera general, expresa una relación de dependencia o subordinación entre relaciones jurídicas, de modo que la accesoria no puede existir sin la principal, cuyas vicisitudes le afectan (pero no viceversa); sin excluir que la relación accesoria tenga además sus propias vicisitudes. Ahora bien, el papel de la accesoriadad en la fianza se agota en el reconocimiento como crédito accesorio de otro crédito, porque no resulta exacto predicar la accesoriadad de la obligación del fiador, ya que la accesoriadad atiende únicamente a la relación establecida entre elementos activos del patrimonio: bienes (cosas o derechos). Ni la conducta debida ni la responsabilidad del deudor son bienes susceptibles de tráfico jurídico; su titular carece de poder de disposición sobre la deuda¹⁸.

Hecha esta precisión, se comprende que la fianza, como institución de garantía que es, responda en su construcción y funcionamiento a la idea de accesoriadad: nunca es fin en sí misma, tiene siempre carácter auxiliar, para nacer y subsistir precisa de la existencia de otra obligación con la que se transmite y extingue.

Del mismo modo, el contenido de la obligación del fiador no excederá del que corresponde a la principal ni la fianza puede ser asumida en condiciones más gravosas que la obligación garantizada (arts. 1.824.1.º, 1.825, 1.826, 1.847, 1.853, 1.528 y 1.212 Cc.). También la jurisprudencia declara reiteradamente la accesoriadad de la fianza y sus consecuencias (S.S.T.S. de 21 de marzo de 1962,

¹⁴ *Op. cit.*, pág. 88

¹⁵ *Comentarios...*, pág. 16

¹⁶ *Op. cit.*, pág. 341.

¹⁷ Casanovas Mussons, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona 1984, pág. 7.

¹⁸ Casanovas Mussons, *op. cit.*, pág. 10.

3 de abril de 1968, 16 de junio de 1970, 2 de junio de 1976, 11 de junio de 1984, 22 de diciembre de 1986 y 10 de abril de 1987).

A veces, el Código civil resuelve cuestiones relativas a la fianza en aparente contradicción con la idea de accesoriedad: eficacia de la fianza siendo nula la obligación principal (art. 1.824.2); subsistencia íntegra de la garantía en caso de concurso, quiebra o suspensión de pagos aunque el crédito garantizado se modifique o reduzca; posibilidad de afianzamiento de deudas futuras o juego de la presunción de cosa juzgada, etc. Estos aspectos debilitan la absolutividad del carácter accesorio de la fianza y se explican por la propia función de garantía que aquélla desempeña, unida a la identidad de su fin e interés con el de la obligación fiada.

A.2) Subsidiariedad

Así como existe unanimidad al entender la accesoriedad como situación de dependencia atribuible a la obligación de garantía respecto de la principal, no todos los autores defienden un mismo criterio en lo que concierne al significado y alcance de la subsidiariedad como característica de la obligación de garantía.

Para el Tribunal Supremo la subsidiariedad es consecuencia de la atribución al fiador del beneficio de excusión (sentencias de 25 de febrero de 1958, 17 de febrero de 1962, 7 de febrero de 1963, 3 de junio de 1968, 16 de junio de 1970, 6 de febrero de 1976, 2 de julio de 1976, 28 de febrero de 1977 y 27 de noviembre de 1986). La S.T.S. de 25-2-1958 declara que *no puede desconocerse el carácter de subsidiario en la fianza(...) no tiene en nuestro Derecho otra representación que la del beneficio de excusión de bienes o de orden concedido al fiador que se consagra en el art. 1830 del Código civil*. Según esto, el alcance del carácter de subsidiariedad vendrá determinado por el alcance que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de al beneficio de excusión, aunque también hay supuestos en los que la subsidiariedad no es atribuible a la obligación del fiador al no existir el beneficio de excusión (S.S.T.S. de 17 de febrero de 1962, 16 de junio de 1970 y 2 de junio de 1976).

La doctrina, sin embargo, discrepa en cuanto al valor y naturaleza de la subsidiariedad en la fianza. Existen tres corrientes distintas:

- La opinión mayoritaria es la que, en concordancia con el criterio jurisprudencial expuesto, identifica, expresa o tácitamente, la subsidiariedad con el beneficio de excusión (art. 1.830), por el cual el acreedor debe ejecutar previamente al obligado principal antes que al subsidiario. Y teniendo en cuenta que, a tenor del art. 1.831 hay supuestos en los que el garante no goza de la facultad para oponer el beneficio de excusión, entienden estos autores que la subsidiariedad es sólo una característica natural o normal, no esencial de la obligación de garantía. Para esta corriente (Alventosa Del Río, Pérez Álvarez, Castán, Puig Peña, Espín y Albaladejo), la obligación del fiador es *esencialmente accesorio y normalmente subsidiario*.

- Otros autores (Bo y Ravazzoni) niegan que la subsidiariedad sea característica de la fianza, independientemente de que el fiador disponga o no del beneficio de excusión, haciéndose depender éste de la condicionalidad o eventualidad con que los defensores de este criterio caracterizan la obligación del fiador.
- Por último, una tercera corriente concibe la subsidiariedad con carácter esencial referible a todo tipo de fianza, con independencia del modo en que la obligación de garantía sea asumida por el garante. Según esta teoría, la obligación del fiador es subsidiaria por cuanto que, aun no existiendo beneficio de orden, resulta siempre de distinto grado; y ello porque la ejecución de la obligación del fiador precisa en todo caso el incumplimiento de la obligación principal. Este criterio responde a una concepción que motiva que la subsidiariedad y la solidaridad no sean incompatibles; sino que toda fianza, incluso la solidaria participa de la nota de la subsidiariedad así entendida. De esta opinión son Díez-Picazo, Gullón Ballesteros, Casanovas Mussons¹⁹, Delgado Echeverría²⁰, Guilarte Zapatero²¹, Fragalli y Barbero²².

B) Interpretación restrictiva

Siempre se ha considerado a este contrato como de interpretación estricta o restringida²³, y por ello dice el Código que la fianza «no puede extenderse a más de lo contenido en ella» (art. 1.827, párrafo primero).

La S.T.S. de 16 de noviembre de 1900 declara que, siendo gratuito el contrato de fianza, ha de interpretarse, cuando se ofrezca duda sobre su extensión, por la menor transmisión de derechos, conforme a lo prevenido en el art. 1.289 del Código civil, relacionado con el 441 del Código de Comercio. La S.T.S. de 3 de marzo de 1947 excluye que cuando la fianza se preste en términos significativos de garantía de deudas futuras, se extienda a otras contraídas con anterioridad por el deudor afianzado. La de 10 de febrero de 1950 dice que, en los casos dudosos no puede interpretarse el contrato en el sentido de ampliar la responsabilidad del fiador.

Guilarte Zapatero entiende este precepto en el sentido de que al constituirse la obligación del fiador ha de determinarse con precisión el alcance de la responsabilidad que éste contrae y fija luego los criterios legales sobre dicho extremo,

¹⁹ *Op. cit.*, págs. 14-17.

²⁰ *Op. cit.*, pág. 341.

²¹ *Cuadernos...*, pág. 43.

²² Barbero, D., *Sistema del Derecho Privado*, tomo IV *Contratos*, Buenos Aires, 1967, trad. esp. de Sentis Melendo, S., pág. 523.

²³ Delgado Echeverría considera que es de interpretación estricta, no necesariamente restrictiva, y lo fundamenta en las S.S.T.S. de 8 de mayo de 1984, 27 de marzo de 1990 y 5 de febrero de 1992. Añade que si la fianza es gratuita se aplicará la regla primera del art. 1289 del Código civil. (*Op. cit.*, pág. 347).

en defecto de las pertinentes previsiones de los interesados. Sin embargo, aunque en muchas ocasiones el contenido de la fianza vendrá determinado bien por la referencia al de la obligación fiada, bien por las precisiones convenidas para la accesoria, es posible una inicial indeterminación de su ámbito, siempre que concurren circunstancias objetivas, previstas al constituirse la garantía, que permitan concretar aquél. Esta relativa indeterminación se ofrece con frecuencia en la práctica, originada a veces por la circunstancia de aparecer la obligación principal como indeterminada aunque determinable. Así que, aunque la S.T.S. de 1 de junio de 1964 declara que la existencia de la fianza exige *en su expresión términos concretos que claramente determinen su extensión y efectos*, el T.S. ha reconocido en diversas sentencias una indeterminación inicial (aunque en todos estos casos la responsabilidad del fiador aparece fijada en función de criterios acordados por las partes): en la S.T.S. de 16 de noviembre de 1900 (ya comentada), la de 18 de enero de 1910, 8 de julio de 1915, 27 de febrero de 1981, 18 de enero de 1917, 26 de junio de 1986, 8 de junio de 1984, 19 de junio de 1986, 27 de enero de 1984, 18 de septiembre de 1987, etcétera.

Continúa el art. 1.827 aludiendo a la fianza *simple* o *indefinida*, que parece que implícitamente contrapone a la *limitada* o *definida*, que sería aquélla que, al constituirse, se determinase con precisión su alcance, bien de forma directa y actual, bien por referencia a circunstancias que, inequívocamente, delimitasen su contenido. En cambio, en la fianza *simple* o *indefinida*, el acto constitutivo, en vez de precisar de forma tan concreta el contenido de la fianza, se habrá limitado, generalmente, a una referencia a la obligación fiada sobre la que se modelará, con las limitaciones legales, la responsabilidad del garante. Y en tales casos, la responsabilidad del fiador se extenderá no sólo a la obligación principal, sino también a sus accesorios y, a veces, a los gastos del juicio. Por lo general, se entienden comprendidos en aquéllos los intereses convencionales y los moratorios y la jurisprudencia considera, normalmente, que, en la fianza *simple* o *indefinida*, el fiador responde de lo que es natural objeto del contrato y de cuanto resulta inexcusable y legítima consecuencia del mismo (S.S.T.S. de 22 de noviembre de 1906, 24 de marzo de 1913, 30 de octubre de 1919, 3 de marzo de 1947, 10 de febrero de 1950, 30 de junio de 1969, etcétera).

En la S.T.S. de 21 de marzo de 1980, tratándose de un supuesto de suspensión de pagos del prestatario fiado, se considera que no agrava la situación del fiador obligándole a pagar letras no vencidas en el momento de interponer la demanda, pues había admitido una cláusula estableciendo que la falta de pago de cualquiera de los plazos para la amortización del préstamo daría lugar al vencimiento de todos los pactados. La S.T.S. de 24 de noviembre de 1982, que contempla un caso de fianza cuya extensión se fija señalando una cantidad máxima de responsabilidad y un plazo de validez de la garantía hasta determinada fecha, declara que el plazo final no es determinante de caducidad y límite de cualquier responsabilidad. La S.T.S. de 8 de mayo de 1982 trata de un otorgamiento de fianza en garantía de un préstamo con expresa cláusula de renovación tácita, cuyo reconocimiento por el fiador impide estimar que exista infracción del art. 1827 Cc. La S.T.S. de 9

de junio de 1986 extiende la responsabilidad del fiador en garantía de cuantas obligaciones *derivan de la edificación contratada y surgieron con motivo de ella y en relación inmediata con la misma*. La S.T.S. de 11 de julio de 1986, sobre una letra de cambio en la que no se menciona al avalado, se entiende avalada en favor del aceptante, sin que haya infracción del art. 1.827 porque existe *una declaración expresa del aval y porque esta declaración permite su interpretación en favor de quien resultare responsable del pago de la letra frente a su legítimo tenedor*, etcétera²⁴.

3. CLASES DE FIANZA

La fianza se puede clasificar atendiendo a múltiples criterios. Castán establece cuatro grandes grupos²⁵:

- a) Por la causa a que deben su origen:
 - *Convencional*.—Procede del contrato de fianza.
 - *Legal*.—Impuesta por la ley para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones (por ejemplo, arts. 260 y 491.2.º Cc.; 534, 1.402, 1.423, etcétera. L.e.c.).
 - *Judicial*.—Impuesta por un juez o Tribunal a una de las partes litigantes para fines del procedimiento.

En realidad, la obligación del fiador siempre se asume en virtud de un contrato; aunque el Código civil hable de fianza legal y judicial. Lo que ocurre en estos casos es que por disposición de la ley o de providencia judicial (art. 1.854) un deudor está *obligado* a presentar persona que responda de su deuda frente al acreedor; no se conviene voluntariamente entre acreedor y deudor, como en la fianza *convencional* (art. 1.823).

Las fianzas no contractuales (*legal y judicial*) presentan las siguientes especialidades, recogidas en los arts. 1.854, 1.855 y 1.856 Cc.:

- El fiador de esta clase debe tener las cualidades prescritas en el art. 1.828, es decir; capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación garantizada.
- Si el obligado legal o judicialmente a dar fianza no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda o hipoteca que se estime bastante para cumplir su obligación.
- El fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal, ni el subfiador la del deudor principal ni la del fiador²⁶.

²⁴ *Comentarios...*, págs. 128 y ss.

²⁵ *Op. cit.*, págs. 771-773.

²⁶ Se discute por la doctrina el fundamento de esta regla, ya que se considera que se introduce una diferencia injustificada entre el fiador judicial y los restantes, que se explica sólo por el respeto al precedente romano, a la autoridad de los glosadores o al uso (Gularte, *Comentarios...*, pág. 438). Manresa justifica esta disposición porque entiende que deben ser más fuertes los vínculos y mayores las seguridades en la fianza judicial dada la índole especial de los intereses y derechos que, mediante la misma, los Tribunales deben garantizar, y, además, porque como el fiador judicial ha de ser capaz

La doctrina²⁷ suele incluir en las fianzas no contractuales a la obligación fideiussoria constituida por disposición testamentaria, ya que la fuente del contrato es una declaración unilateral (no un contrato).

b) Por el Derecho que la regula:

- *Civil*.—La recogida en el Código civil.
- *Mercantil*.—art. 439 del Código de Comercio: «será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante».
- *Administrativa*.—constituida con motivo del desempeño de determinados cargos o de la ejecución de obras o servicios públicos, teniendo por objeto asegurar el exacto y debido cumplimiento de la obligación contraída.

c) Por razón de la obligación garantizada:

- *Simple*.—Establecida para asegurar el cumplimiento de la obligación principal.
- *Doble o subfianza*.—Está reconocida en el apdo. 2.º del art. 1.823 Cc., por el que se admite la posibilidad de constituir una fianza para garantizar otra anterior. El objeto es, pues, asegurar al titular de la obligación principal la obligación de garantía asumida por el primer fiador; es decir, mediante ello se asegura la solvencia de éste y no la del deudor principal. Supone una obligación principal y dos accesorias de distinto grado; de las que la primera funciona como *conditio iuris* de la segunda. Sus especialidades se regulan en los arts. 1.836, 1.846, 1.848 y 1.856 del Código civil.

d) Por su extensión:

- *Definida o limitada*.—La obligación contraída por el fiador se limita, en todo o en parte, a la principal, con exclusión de las accesorias.
- *Indefinida o ilimitada*.—la obligación del fiador abarca la principal y las accesorias, incluidos los gastos del juicio (art. 1.827 párrafo segundo).

Otras clasificaciones aluden al carácter condicional o futuro de la obligación garantizada (esto lo veremos más adelante al tratar del objeto de la fianza).

A) Fianza onerosa y fianza gratuita

Una cuestión harto debatida por la doctrina científica es, de conformidad con el art. 1.823 Cc. que establece que la fianza puede ser gratuita o a título oneroso, cuándo tiene uno u otro carácter. Este problema se incardina con el de la *causa* en la fianza.

de apremio personal cuando el deudor está sujeto a él por razón de su deuda, carece de objeto y de aplicación el beneficio citado, cuyo único fin es librar del procedimiento al fiador hasta la completa excusión de bienes del obligado en primer lugar.

²⁷ Delgado Echeverría, *op. cit.*, pág. 350.

Las doctrinas generales sobre la causa se centran habitualmente en los contratos de cambio y las donaciones. En la fianza el problema de la causa se presenta especialmente difícil. La *fideiussio* romana (como ya vimos) no era un contrato consensual típico ni innominado, sino una variante de la *stipulatio* abstracta y formal, lo que la sitúa al margen de las teorías sobre la causa. Por otra parte, en la fianza hay siempre tres relaciones distintas (acreedor/deudor, acreedor/fiador y fiadores entre sí) que complican más aún el análisis. Existen tres aspectos diferentes en la causa de la fianza:

- a) La función económico-jurídica del negocio de fianza puede denominarse «causa de garantía», en cuanto que consiste en garantizar la satisfacción de un derecho de crédito (ampliar el poder de agresión del acreedor) mediante la cesión de otro crédito. Quien asume una fianza tiende a que una deuda ajena sea cumplida, si bien mediante la asunción de una deuda propia.
- b) Algunos autores²⁸ y declaraciones jurisprudenciales mencionan un supuesto carácter abstracto de la fianza. Así, la R. 31 de julio de 1928 (S.S.T.S. de 14 de enero de 1935 y 27 de junio de 1941) dice que *los actos de afianzamiento son abstractos y formales, en cuanto no se percibe a primera vista ni es posible decidir a priori por qué razón el fiador garantiza al deudor, de suerte que la obligación accesoria contraída por aquél en favor del acreedor es válida, aunque careciera de causa jurídica preexistente o por motivos poderosos a prestar la garantía o lo hacía espontánea y libremente*. También las S.S.T.S. de 13 de mayo de 1971, 11 de abril de 1972, 16 de junio de 1978, 6 de octubre de 1980, 19 de octubre de 1982, 14 de mayo de 1984, 12 de junio de 1985, 13 de mayo de 1987 y 18 de noviembre de 1988. Pero tal *abstracción* no se refiere a que la causa no se declare o manifieste, ni menos a una convención entre las partes dirigida a privar a la causa o negocio obligacional de influencia directa sobre un negocio de disposición, sino que es consecuencia de la disociación entre, de una parte, la figura del deudor, y, de otra, la del constituyente de la garantía, es decir, de la presencia de tres sujetos en la relación. Se trata, en definitiva, de negar influencia sobre la relación fiador-acreedor a la relación que sirve de base a la garantía cuando ésta, como sucede corrientemente, es externa al acreedor e interviene entre fiador y deudor; y precisamente por ser externa.
- c) *Onerosidad y gratuidad*. La fianza será onerosa cuando el acreedor prometa una remuneración al fiador. Se duda, en cambio, sobre la onerosidad o gratuidad de la fianza remunerada por el deudor –caso más normal–, ya que éste es un tercero respecto del contrato que media entre fiador y acreedor, por lo que su atribución a favor del fiador no puede afectar a la causa –onerosa o gratuita– del contrato de fianza. Para resolver esta duda y otras relativas a la onerosidad o gratuidad de la fianza, hemos de

²⁸ Casanovas Mussons, *op. cit.*, págs. 87 y 104.

situarnos en el terreno, no de la causa del contrato, sino de la causa de la atribución que el fiador hace al acreedor, consistente en la ventaja patrimonial que representa la garantía de su crédito originario a través de la abertura de un segundo patrimonio a su poder de agresión. Esta atribución es a título oneroso, no sólo cuando el fiador recibe una remuneración del deudor (aquí, la atribución del deudor al fiador y la del fiador al acreedor son onerosas) sino también cuando el acreedor acuerda, en atención a la garantía que recibe, alguna ventaja no ya al fiador, sino al deudor garantizado. Cuando esto ocurra habrá que valorar caso por caso. A modo de orientación, suele entenderse que es onerosa la fianza contemporánea a la obligación onerosa convencional que garantiza, cuando ha sido prestada no espontáneamente, sino a requerimiento del acreedor (se entiende que el acreedor no hubiera, sin la fianza, concedido crédito al deudor, o lo hubiera hecho en condiciones más gravosas). Siendo la fianza posterior a la deuda que garantiza, serán criterios indicadores de onerosidad el haber el acreedor reducido el capital o el interés debidos, o concedido moratoria o ventaja similar al deudor. Excluye también la gratuidad de la fianza el prestarla en cumplimiento de una disposición legal, o de legado o modo testamentario, o interviniendo en negocio propio o con propio beneficio (por ejemplo, socios fiados por la sociedad o viceversa –S.T.S. de 14 de mayo de 1984–). La fianza *gratuita* puede considerarse «contrato de beneficencia» en el sentido aportado por la doctrina francesa, pero nunca constituye una donación en sentido propio.

B) La cofianza

El tratamiento de la cofianza en nuestro Código civil resulta particularmente confuso y, en ciertos aspectos, contradictorio. El art. 1.837 Cc. dice así: «*Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer, a menos que haya estipulado la solidaridad. Y sigue el segundo párrafo El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal*». El primer problema se plantea al proceder cada párrafo del artículo precitado de fuentes distintas y presentar criterios contrapuestos.

El primer párrafo es una traducción del anteproyecto belga de Laurent, y significa, en su sentido originario, que los cofiadores son tratados como deudores mancomunados, obligados cada uno por su parte, con independencia unos de otros. La insolvencia de uno de ellos recae sobre el acreedor.

El segundo párrafo procede del Proyecto de 1851, que imponía la solidaridad entre los cofiadores, con beneficio de división. Entonces, qué sentido tiene hablar de beneficio de división si se entiende que el párrafo anterior establece, como norma, la mancomunidad, es decir, la división *ex lege*. Resulta impropio

hablar de beneficio de división si no se ha partido del presupuesto de la solidaridad de los cofiadores. Esta es la cuestión principal que nuestra doctrina tiene planteada: Para Albaladejo y Guilarte Zapatero hay que dar prioridad a las expresiones contundentes del primer párrafo del art. 1.837, que coinciden con el criterio general de nuestro Código sobre la pluralidad de deudores, establecido en los arts. 1.137 y 1.138; mientras que Manresa, Díez-Picazo y Pérez Álvarez consideran que el primer párrafo es un añadido de última hora en un conjunto que permanece inalterado (no sólo el art. 1.137 II sino también los arts. 1.844, 1.845, 1.846 y 1.850) basado en el juego del beneficio de división y, por tanto, en la solidaridad entre los fiadores. Obviamente, se admite unánimemente el carácter dispositivo de la disciplina prevista en el Código y los efectos particulares del pacto de solidaridad; el problema se centra en los supuestos en que nada se ha pactado, es decir, en la llamada *cofianza simple* (para distinguirla de la *cofianza solidaria*).

En principio, la naturaleza y existencia misma de la cofianza se configura como una única obligación pluripersonal o subjetivamente colectiva, cuya función de garantía se proyecta objetivamente sobre un mismo deudor y por una misma deuda. El acreedor busca seguridad para su crédito mediante la vinculación de varios fiadores y de sus respectivos patrimonios. Pero lo que adquiere relieve sustancial es la forma con que tal vinculación se ofrece. La mera realidad de una pluralidad de fiadores no es suficiente para tipificar un supuesto de cofianza; la cofianza necesita una asunción conjunta de la garantía²⁹. La cofianza implica, pues, una única obligación de garantía asumida por distintos fiadores que se comprometen a cumplirla en defecto de la principal por su deudor. Pero la prestación de tal garantía puede estructurarse de diversas formas que producirán consecuencias distintas. Delgado Echeverría piensa que es preferible partir del reconocimiento de la especificidad de la cofianza, en lugar de pretender subsumirla en los regímenes genéricos de la mancomunidad y la solidaridad de deudores, respondiendo a la finalidad de garantía de deuda ajena que tiene la cofianza y a la tradición histórica. Así, la *cofianza simple* presentaría la siguiente estructura: siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda y no habiendo pactado nada en contrario, a cada uno de ellos sólo puede reclamarse una parte alícuota del total, salvo que se den ciertos hechos que habrá de probar el acreedor (quiebra o concurso de otro cofiador, o imposibilidad de demandarlo dentro del Reino); en cuyo caso a cada uno de ellos podrá exigirse, además, que contribuya por la parte del fiador o fiadores que se encuentran en aquellas situaciones. Vemos aquí que las obligaciones no son independientes, sino que están de tal modo relacionadas que, prescindiendo de la voluntad de los cofiadores y por hechos externos y posteriores al negocio de constitución, puede verse compelido cualquiera de ellos a pagar en todo o en parte la cuota de sus compañeros³⁰.

²⁹ Guilarte Zapatero, *Comentarios...*, págs. 224 y ss.

³⁰ Delgado Echeverría, *op. cit.*, págs. 368 y 369.

La cofianza solidaria.—La cofianza puede configurarse como solidaria por pacto entre todos los cofiadores con el acreedor, en cuyo caso no procede división alguna, sino que el acreedor puede exigir la totalidad de la deuda a cualquiera de los fiadores. Hay que tener en cuenta que fianza solidaria y cofianza solidaria son conceptos distintos y que pueden actuar por separado (S.S.T.S. de 27 de abril de 1918, 3 de junio de 1968 y 25 de abril de 1969)³¹.

C) La fianza solidaria

En la práctica, la fianza se suele pactar con carácter solidario, para facilitar así una mayor rapidez en la satisfacción del crédito asegurado, situando en un mismo plano la obligación principal y la del fiador, al desaparecer el beneficio de excusión. Ello ha dado lugar a que tradicionalmente se confundan los conceptos de obligación solidaria y fianza; confusión ya superada por la doctrina moderna. Sin embargo, no está tan clara la distinción entre solidaridad y fianza solidaria, al oscurecerse el carácter subsidiario de ésta, que en la práctica puede llegar a desaparecer pero teóricamente no. El Derecho comparado aporta como solución atribuir carácter no solidario a la responsabilidad del garante, aunque en ciertos casos se admite dicho carácter, acercándose, entonces, las dos instituciones. En nuestro Derecho, inicialmente parece haber una identificación entre ambas figuras al remitirse el art. 1822.II a las normas que regulan las obligaciones solidarias. No obstante, la fianza, aun constituida solidariamente, no pierde su naturaleza de obligación de garantía, siendo ésta su causa propia que la hace nacer, distinta de la obligación principal y dando lugar a dos deudas, mientras que en la obligación solidaria es esencial que exista una sola. El legislador ha querido señalar simplemente que, en la hipótesis legal contemplada, el fiador carece de beneficio de excusión y, por tanto, que el acreedor, incumplida la obligación fiada, podrá dirigirse contra el garante en vía directa, exigiéndole el cumplimiento de su propia obligación.

Otra corriente doctrinal considera que la fianza solidaria puede subsumirse en el esquema externo de la solidaridad, y en tal sentido se manifiesta la S.T.S. de 7 de febrero de 1963 que dice que *si bien la fianza solidaria es asimilable hasta el momento del pago a la relación jurídica solidaria, el carácter propio de aquélla reaparece como consecuencia del pago hecho por el fiador*. Aunque esto no debe hacernos olvidar que incluso en la primera fase de la relación apuntada el régimen de la fianza solidaria presenta matices propios, consecuencia de su especial naturaleza, que la mantienen alejada de la simple solidaridad.

La fianza solidaria se recoge en nuestro Código en los arts. 1.822.II, 1.831, 1.832 y 1.852, y en ciertas normas de la obligación solidaria. El problema que se suscita surge como consecuencia del régimen legal aplicable a la fianza solidaria. Existen varias corrientes doctrinales³²:

³¹ Cfr. Pérez Álvarez, *op. cit.*, págs. 137 y ss.

³² Pérez Álvarez, *op. cit.*, págs. 100 y ss.

- Puig Brutau y la S.T.S. de 21 de abril de 1931 consideran la fianza solidaria como una institución híbrida: la relación entre el acreedor y los obligados debe regirse por las reglas de las obligaciones solidarias, aplicándose las normas de la fianza a la relación entre fiador y deudor principal.
- Para De Diego, Gullón, Puig Ferrol y las S.S.T.S. de 5 de febrero de 1955 y 7 de febrero de 1963 el régimen jurídico de la fianza solidaria resulta de la conmixción de las reglas de las obligaciones solidarias y de la fianza, pero aplicando en el aspecto interno de la relación únicamente el art. 1838 Cc.
- De Buen y Díez-Picazo entienden que el régimen legal de la fianza solidaria está representado por las normas propias de la obligación solidaria, con la particularidad prevista en el art.1.852.
- Manresa, Castán y Espín parten de la existencia de dos tipos distintos de fianza solidaria y consideran que no les resulta aplicable un mismo régimen jurídico y que éste dependerá de si fiador y deudor se han obligado solidariamente, si aquél ha querido conservar su condición de garante.
- Por último, para Guilarte Zapatero, Delgado Echeverría y Pérez Álvarez el régimen jurídico aplicable a los casos de solidaridad entre el deudor y el fiador ha de ser, básicamente, el establecido para la fianza, a la que se aplicará también el inciso final del art. 1.137 y el 1.134.

Por otra parte, el Tribunal Supremo no ha establecido un criterio uniforme respecto al tratamiento de la fianza solidaria. Se pueden agrupar las tendencias en tres grupos:

- a) S.S.T.S. de 7 de febrero de 1963, 31 de mayo de 1969, 28 de septiembre de 1977 y 11 de noviembre de 1987. Conciben la fianza solidaria asumiendo plenamente el tenor del art. 1822.II y afirman, como única diferencia entre fianza solidaria y obligación solidaria, que en aquélla el garante puede repetir contra el deudor por el total.
- b) S.T.S. de 21 de abril de 1931. El derecho del fiador a repetir por el todo no es la única diferencia entre éste y el deudor de la misma naturaleza, ya que el garante *conserva todos los demás derechos y acciones que, por razón del contrato de fianza le corresponden contra el principal obligado.*
- c) S.S.T.S. de 28 de diciembre de 1898, 17 de febrero de 1962, 3 de mayo de 1968, 16 de junio de 1970, 11 de junio de 1987, 4 de noviembre de 1987 y 21 de diciembre de 1987. La fianza solidaria mantiene la condición de garante en la relación interna y la conserva en la externa.

En resumen, fianza solidaria y solidaridad son cosas distintas, se rigen por normas propias y, en realidad, sólo ofrecen como nota común la posibilidad, en el primer caso, del acreedor para dirigirse sin observar ningún orden contra el deudor principal o contra el fiador y, en el segundo, contra cualquiera de los obligados. Su diversa naturaleza no impide que en determinados casos surjan dudas en cuanto a su determinación, que será de suma importancia ya que según ésta se aplicarán unos preceptos u otros; atendiendo en todo caso a la intención de los interesados.

Otro problema que se plantea, pero de menor importancia, es el caso de la fianza que, sin ser solidaria, tampoco concede el beneficio de excusión al fiador (porque éste haya renunciado expresamente a dicho beneficio, fianza judicial, quiebra o concurso del deudor o cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino). Para Guilarte las consecuencias serán las mismas y la única duda se refiere a si debe aplicarse a la fianza solidaria el art. 1.853 o el 1.148³³.

D) Figuras afines

Aunque la fianza es la figura más típica de la garantía personal, existen otras formas, más o menos afines con aquélla, con régimen jurídico propio o surgidas al amparo de la voluntad privada, que también se engloban en el concepto de garantía personal.

Este es el caso del *mandato de crédito*, contrato atípico en el que convergen elementos propios del mandato y de la fianza. En Derecho alemán se llama *mandato de crédito* a aquella modalidad del contrato de mandato o de cualquier otro contrato de gestión de negocios por el que se conviene que el mandatario, en nombre propio y por cuenta propia, concederá crédito a un tercero (abriéndole un crédito inicial o continuando dándole crédito en una relación ya iniciada). Enneccerus considera que no es un contrato de fianza: ha de ser tratado como un mandato y regirse, por tanto, por las reglas del mandato. Pero si llega a ejecución por el mandatario, se produce una obligación o responsabilidad por el mandante (indemnizar al mandatario los quebrantos sufridos por la concesión del crédito por cuenta propia). Así, han de aplicarse las reglas sobre la fianza en lo que afecta al contenido y extensión de la responsabilidad del mandante como fiador al mandatario de las obligaciones del tercero resultantes de la concesión del crédito (parágrafo 778 del Código civil alemán).

En nuestro ordenamiento jurídico no ha sido regulado, si bien la jurisprudencia en S.S.T.S. de 8 de octubre de 1927 y 22 de diciembre de 1941 ha declarado que tal figura, además de ser posible al amparo del principio de libertad de contratación proclamado en el art. 1.255 Cc., es compatible con el contenido del mandato, como se desprende de los arts. 1.709 y 1.717 Cc. Pese a esto, las reglas del mandato no son suficientes para ofrecer un estatuto completo de esta figura ya que su ámbito excede de las relaciones del mandato.

Podemos ver en el *mandato de crédito* dos fases: 1.^ª) cuando el mandatario todavía no ha concedido el crédito al tercero.—En esta fase predominan los elementos del mandato sobre los de la fianza y 2.^ª) A partir de la concesión del crédito por el mandatario al tercero.—Aquí el mandante asume las obligaciones propias de un fiador por una deuda ya existente: deberá abonar los quebrantos finales que experimente el mandatario por la concesión del crédito por cuenta propia pero a riesgo del mandante. Serán de aplicación entonces los arts. 1.826, 1.827, 1.830, 1.838, 1.843, 1.847 y 1.853 Cc. relativos a la fianza.

³³. Guilarte.Zapatero, *Comentarios...*, págs.32-39.

La Compilación de Derecho civil foral de Navarra regula el mandato de crédito dentro de la fianza, en la Ley 526: «*Quien manda a otro que preste una cantidad o conceda un crédito a un tercero se hace fiador de la obligación contraída por éste. El mandatario podrá liberarse del mandato si las condiciones patrimoniales del mandante o del tercero se hubieren hecho tales que resulte más difícil la satisfacción de la deuda.*»

Otras figuras de garantía personal son el *seguro de crédito*; el *afianzamiento mercantil* (arts. 439 a 442 del Código de Comercio), al que por su escasa regulación se le aplican casi en su totalidad las normas del Código civil; el *aval cambiario*, que antes de la Ley Cambiaria y del Cheque era considerado por la jurisprudencia como una modalidad de fianza y con la entrada en vigor de dicha Ley se configura como obligación autónoma. En la práctica, se utiliza el término «*aval*» para negocios de garantía muy variados, incluyendo la fianza solidaria. El Tribunal Supremo ha admitido en varias sentencias (7 de diciembre de 1968, 21 de marzo de 1980, 11 de julio de 1983, 17 de junio de 1985, 2 de octubre de 1990, 15 de abril de 1991 y 27 de octubre de 1992) un indiscutible concepto de *aval en sentido amplio que, al parecer, no estaría sujeto a las normas de la fianza, sin ser, por otra parte, aval cambiario, así como una cuestionable calificación ajena a la fianza para las llamadas garantías independientes y «a primer requerimiento»*³⁴.

Así, vemos que las normas de la fianza se utilizan en mayor o menor medida para regular las garantías personales.

4. ESTRUCTURA DE LA FIANZA

A) Elementos subjetivos

Los sujetos intervinientes en el contrato de fianza pueden ser tres: deudor principal, acreedor y fiador, pero si es a título gratuito basta con que intervengan los dos últimos, pues en realidad dicho contrato se celebra entre el fiador y el acreedor, al comprometerse aquél a satisfacer la obligación en el caso de que el deudor principal no la cumpla. La fianza es válida y produce todos sus efectos aunque el fiado la ignore y aun la contradiga (art. 1.823.II Cc.).

Respecto a la *capacidad* para ser fiador es la general para obligarse; puede serlo cualquier persona física o jurídica con capacidad para obligarse³⁵. Se ha planteado la duda respecto de la fianza prestada por menor emancipado. Man-

³⁴ Delgado Echeverría, *op. cit.*, pág. 340.

³⁵ En el Derecho antiguo existía unas incapacidades especiales, entre ellas la de la mujer que, por regla general, no tenía capacidad para ser fiadora y que ni aun con renuncia del beneficio de la ley podía prestar fianza en favor del marido. Tampoco podían ser fiadores, según las Partidas, los militares o caballeros de mesnada, los obispos, los clérigos regulares, los recaudadores de los impuestos públicos, los siervos ni los labradores. Hoy todas estas incapacidades han desaparecido, ya que, aunque la publicación del Código civil suscitó algunas dudas respecto a la capacidad de la mujer para ser fiadora del marido, la DGRN en su resolución de 31 de mayo de 1895 y el T.S. en sentencia de 9 de abril de 1898 han venido a resolverlas.

resa estima que se comprende entre las prohibiciones que afectan al menor emancipado la de afianzar (art. 323 Cc.), ya que lo contrario vendría a eludir el precepto contrayéndose la obligación principal a nombre de persona distinta, con la fianza del menor, que así quedaría sujeto a ella, subrogándose en las responsabilidades del principal deudor. En contra se muestran Díez-Picazo, Albaladejo, Delgado Echeverría y otros, que consideran que las limitaciones de la capacidad, como restricciones de la libertad, poseen siempre un carácter excepcional, y que si lo que se teme es que con la fianza se comprometan los inmuebles del menor, idéntico peligro existirá en cualquier otra obligación contraída por el emancipado, ya que, si la incumple, incurrirá en una responsabilidad que podrá hacerse efectiva sobre sus bienes, muebles o inmuebles.

La prestación de fianza es un acto de extraordinaria administración, lo que habrá de tenerse en cuenta para calificar la legitimación de quienes administran bienes ajenos (padres, tutores, mandatarios, administradores de personas jurídicas, cónyuge administrador de bienes comunes³⁶).

El deudor obligado a dar fiador debe proponer al acreedor persona que reúna estas dos condiciones: capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza (art. 1.828.I). Como consecuencia de ello, si el fiador viniere al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las indicadas condiciones. Se exceptúa de esta regla el supuesto de que haya exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada (art. 1.829).

a) Efectos de la fianza entre el acreedor y el fiador

Son estos efectos los que propia y directamente se derivan del contrato de fianza (ya que los que se producen entre fiador y deudor y entre cofiadores, más que del contrato, proceden del hecho del pago por el fiador).

El acreedor no tiene otra obligación que la de pagar al fiador la retribución o precio de la fianza, y esto en el supuesto de que se haya pactado no sólo la existencia de dicha retribución, sino, además, que sea el acreedor, no el deudor, el obligado a abonarla.

El fiador cumple su obligación realizando la prestación debida, en la cuantía, modalidades y tiempo pactados –necesariamente favorables al fiador– o, a falta de determinaciones específicas, en los propios de la obligación garantizada. El pago hecho por el fiador, además de extinguir la obligación fideiusoria, satisfa-

³⁶ El Código permite ahora el afianzamiento por la mujer casada de las deudas de su marido y, en cuanto a la capacidad de cualquiera de los dos cónyuges para obligar bienes comunes *es harto difícil fundar la responsabilidad de los gananciales por actos de esta clase realizados unilateralmente por un cónyuge* (Lacruz). No obstante, el T.S. sigue manteniendo la doctrina anterior, que consideraba suficiente la actuación del marido para obligar los bienes consorciales, estimando que la fianza se prestaba en beneficio familiar (S.S.T.S. de 11 de abril de 1972, 16 de junio de 1978, 6 de octubre de 1980, 4 de mayo de 1984, 20 de febrero de 1987, 13 de marzo de 1987, 12 de mayo de 1989 y 5 de febrero de 1991). Guilarte Zapatero, *Cuadernos...*, págs. 48 y ss.

ce el interés del acreedor al cumplimiento de la obligación principal por lo que pierde éste su derecho de crédito contra el deudor garantizado. La obligación principal, sin embargo, no se extingue; a ella queda subrogado el fiador, que adquiere un derecho de regreso contra el deudor. Los efectos del dolo, la culpa o la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación se propagan al fiador, que responderá tanto del valor estimado de la cosa (si se hizo imposible la prestación) como de los daños y perjuicios, ya que se entienden incluidos entre los «accesorios» de la obligación principal a que se extiende la fianza (art. 1.827.II).

El beneficio de excusión (o de orden).—Consiste en el derecho que se reconoce al fiador para eludir el pago mientras no se acredite la insolvencia, total o parcial, del deudor. No implica que el acreedor haya de dirigir su demanda en primer término contra el deudor, y sólo después contra el fiador, pues permite el Código, para procurar mayor economía en los gastos y tiempo de la reclamación, que el acreedor pueda citar al fiador cuando demande al deudor principal, sin perjuicio de quedar siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se de sentencia contra los dos (art. 1.834).

El beneficio de excusión es un favor concedido por la ley al fiador en armonía con la naturaleza subsidiaria de su obligación, pero no debe servir de pretexto para retardar o hacer más difícil en su ejercicio la acción del acreedor. Para conciliar ambos intereses establece la ley las condiciones bajo las que el fiador puede hacer uso de dicho beneficio, según el art. 1.832:

- que oponga dicho beneficio al acreedor después de que éste le requiera para el pago,
- que señale bienes del deudor que reúnan esta doble condición: ser realizables dentro del territorio español y ser suficientes para cubrir el importe de la deuda.

No procede la excusión, según el art. 1.821:

- 1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.
- 2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor, pues la solidaridad es incompatible con el beneficio de excusión, y equivale a una renuncia tácita del mismo³⁷.
- 3.º En caso de quiebra o concurso del deudor, ya que la declaración de estar el deudor en cualquiera de esas situaciones acredita por sí sola el estado de insolvencia (S.T.S. de 16 de junio de 1953).
- 4.º Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, pues sería muy difícil o imposible para el acreedor cobrar su crédito si hubiera de demandar al deudor ausente de España (S.T.S. de 25 de febrero de 1958).

Tampoco procede la excusión en los casos de fianza judicial (art. 1.856).

³⁷ Castán, *op. cit.*, pág. 789.

Opuesto por el fiador, en tiempo y forma oportunos, el beneficio de excusión, debe el acreedor proceder sin descuido a la ejecución de los bienes del deudor, pues dice el Código que cumplidas por el fiador las condiciones precisas para ejercitar dicho beneficio, «*el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte*» (art. 1.833).

El beneficio de división.—Es el derecho que compete a cada uno de los cofiadores, cuando son varios, para exigir del acreedor que divida su reclamación entre todos ellos. En Derecho romano los cofiadores, a falta de pacto en contrario, respondían solidariamente por la totalidad de la deuda, pero Adriano les concedió el *beneficium divisionis*, por el cual si uno de ellos era demandado por la integridad, podía exigir del acreedor que dividiese la acción entre todos. Todavía algunos Códigos modernos parten del principio de la solidaridad entre los cofiadores. El nuestro, por el contrario, establece *de derecho* la división de la deuda entre ellos, al decir que «*siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad*» (art. 1.837.I).

No obstante, hay casos en que resurge el principio de solidaridad, puesto que, según el segundo párrafo del precepto citado «*el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal*». Dichos casos serán los de pacto en contrario, solidaridad, insolvencia e imposibilidad de ser demandado judicialmente dentro del Reino alguno de los cofiadores. En cuanto al momento en que ha de hacerse uso del beneficio de división, entiende la doctrina que hay que aplicar también por analogía lo dispuesto por el Código para el beneficio de excusión.

Excepciones oponibles.—El fiador, para negar en todo o en parte el pago de que el acreedor le reclama, o hacerlo en condiciones más favorables que las exigidas, puede oponer todas las defensas que deriven de su propia obligación fideiusoria: desde la invalidez o ineficacia del negocio de fianza a las causas que han extinguido su deuda, pasando por los pactos que mediaron con el acreedor (se demuestra así la autonomía de la obligación garantizada, que tiene vicisitudes independientes de la obligación principal).

Por otro lado, como manifestación del carácter accesorio de la obligación fideiusoria, «*el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor*» (art.1.853 y también el 1.845 para el caso de pluralidad de fiadores). Se comunican, por tanto, al fiador excepciones y defensas que, nacidas para el deudor, se dirigen a eludir, retrasar o disminuir el pago.

Cuando el fiador opone las excepciones que competen al deudor, actúa legitimado por *sustitución*, ya que ejercita facultades ajenas en interés propio. Esto

se le permite para impedir que el acreedor consiga del fiador más de lo que lograría dirigiéndose contra el fiado porque éste podría negar a aquél el reembolso de lo que pagó³⁸. No podrá oponer las excepciones de carácter personalísimo del deudor, entendiéndose como tales las que nacen de la incapacidad del deudor principal para obligarse³⁹. Finalmente, el fiador no puede oponer al acreedor excepciones derivadas de las relaciones entre aquél y el deudor (por ejemplo, el impago de la remuneración prometida por éste).

b) *Efectos entre el deudor y el fiador*

Los efectos de la fianza, desde el punto de vista del deudor, son ajenos a su propia voluntad y dependen exclusivamente de su existencia, independientemente de que se haya constituido con el conocimiento, la ignorancia o incluso la oposición del mismo. La idea central en este aspecto es procurar que la garantía asumida por el fiador le ocasione los perjuicios mínimos e inevitables. Para ello, el Código le reconoce, por una parte, los derechos de reembolso y subrogación (arts. 1.838 a 1.842), y, por otra, la denominada acción de cobertura (art. 1.843).

Se discute por la doctrina si el fiador que cumple por el deudor dispone luego, frente a él, de una única acción de reembolso, para cuyo ejercicio se subroga en ciertos derechos del acreedor pagado, o de dos acciones; una de reembolso surgida del contrato de fianza y otra resultante de la subrogación en el crédito pagado, que puede ejercitar alternativamente. La opinión más extendida (Gullón, Díez-Picazo, Albaladejo, Guilarte,...) estima que el Código reconoce al fiador, cuando ha pagado, una doble facultad de naturaleza análoga pero con contenido diverso, correspondiéndole la posibilidad de *optar* por cualquiera de ellas, sin que pueda ejercitarlas cumulativamente. Si ejercitada la elegida se agota su contenido, podrá intentar la otra si con la primera no cubrió todos los perjuicios que le originó el pago. La concesión de este doble remedio tiene carácter legal y automático una vez producido el pago.

La acción de reembolso.—El art. 1.838 establece que «*el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste*» fijando, a continuación el contenido de la indemnización, que comprenderá: la cantidad total de la deuda, los intereses legales desde que se haya puesto el pago en conocimiento del deudor, los gastos ocasionados al fiador después de hacer saber al deudor que ha sido requerido para el pago y los daños y perjuicios procedentes. El derecho de reembolsar *tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor*. El reembolso presupone, de un lado, la existencia de una fianza válida y, de otra, la liberación del deudor por el pago del fiador. La obligación de indemnizar no es consecuencia del acuerdo entre fiador

³⁸ Las excepciones inherentes a la deuda que, compitiendo al deudor, puede oponer el fiador no son sólo las relativas a la extinción de la obligación principal, sino todas las que nacen de hechos que afectan a la obligación principal en su desenvolvimiento (existencia, legitimidad, validez, extensión, modalidades, subsistencia y extinción).

³⁹ Guilarte Zapatero, *Cuadernos...*, pág. 70.

y deudor, sino de una razón de equidad. El pago efectuado por el fiador puede hacerse en cualquier modalidad, siempre que libere al deudor principal.

En cuanto a las limitaciones y pérdida del reembolso, se recogen en los arts. 1.840, 1.841 y 1.842 Cc. El primero impone al fiador el deber de informar al deudor de su intención de efectuar el pago, con la finalidad de que éste, a su vez, le comunique las excepciones que tiene frente al acreedor y susceptibles de alegarse, por tanto, por aquél. Si el fiador incumple el deber de notificar su propósito de pago, o si, facilitados por el deudor los medios de defensa, no los opone oportunamente, podrá éste reiterarlos en vía de regreso. Por lo demás, la falta de notificación no impide la existencia del reembolso (S.T.S. de 14 de noviembre de 1981). El art. 1.841 dispone que «*si la deuda era a plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso el deudor hasta que el plazo venza*», y el 1842, que «*si el fiador ha pagado sin ponerlo en noticia del deudor, y éste, ignorando el pago, lo repite por su parte, no queda al primero recurso alguno contra el segundo, pero sí contra el acreedor*». Esto supone una privación legal de la acción de reembolso.

La subrogación del fiador en el crédito pagado.—Se regula en el art. 1.839 y se considera una subespecie de la contemplada en el art. 1.210.3.º Cc., por la cual se atribuye al fiador el mismo derecho correspondiente al acreedor satisfecho, comprendiendo los posibles intereses, prestaciones accesorias en general, así como las específicas garantías del crédito, acciones derivadas de éste, privilegios, etc. Se excluyen de la subrogación los derechos personalísimos, intransmisibles, por tanto, y que cuantitativamente el fiador no puede obtener por vía de subrogación una suma superior a la realmente pagada al acreedor.

La acción de cobertura o de relevación.—La relación *ex lege* entre fiador y deudor no nace con el pago por aquél, sino en el mismo momento en que surge la obligación fideiusoria; y produce unos efectos preliminares y cautelares característicos, aunque de difícil sistematización. Se manifiestan, ante todo, en la llamada acción de relevación o cobertura, con la que el fiador *tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor* (art. 1.843 *in fine*). Es una acción contra el deudor, ya que la exoneración del fiador sólo podrá lograrla el demandado pagando al acreedor, o consiguiendo de algún modo su consentimiento, pero nunca por su sola voluntad. Por lo que respecta a la garantía que el deudor está obligado a prestar al fiador —alternativamente y a su elección— podrá ser de cualquier clase, real o personal. Los casos en los que procede la acción de relevación son los siguientes:

- 1.º Cuando el fiador se ve demandado judicialmente para el pago.—Esto dará lugar a una acumulación de autos, resolviéndose en un solo pleito lo procedente sobre las relaciones del acreedor con el fiador y con el deudor y de éstos entre sí⁴⁰.

⁴⁰ Delgado Echeverría, *op. cit.*, pág. 358.

- 2.º En caso de quiebra, concurso o insolvencia.—Se entiende que del deudor.
- 3.º Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido.—Habrà que atenerse al contenido del pacto entre deudor y fiador.
- 4.º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.—Producido el incumplimiento de la obligación y no efectuado el pago por el deudor, es inminente el riesgo para el fiador de tener que efectuarlo, lo que justifica esta medida.
- 5.º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en plazo mayor de diez años.—Para evitar fianzas indefinidas o excesivamente prolongadas.

c) *Efectos entre los cofiadores*

Vienen regulados en los arts. 1.844, 1.845 y 1.846 (relativo éste último a la subfianza). El primero establece un derecho de reintegro al cofiador que ha pagado frente a los restantes cofiadores, y el 1.845 determina las excepciones que éstos pueden oponer frente a la reclamación del cofiador. Esta subrogación del cofiador frente al resto de los garantes se fundamenta en la propia naturaleza de la fianza como negocio de garantía. El regreso no se reduce a la parte que proporcionalmente corresponde a cada uno, sino que se extiende a la parte del insolvente. El párrafo tercero del art. 1.844 establece dos límites: que el pago se haya efectuado en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra. La doctrina considera que no tendrá lugar esta acción de regreso en los casos de cofianza solidaria, que será de aplicación el art. 1.145 (S.T.S. de 4 de mayo de 1993), ya que se pretende limitar en la menor medida posible los derechos del fiador. En el mismo sentido, también, las S.S.T.S. de 19 de noviembre de 1982, 8 de julio de 1988, 2 de diciembre de 1988, 7 de junio de 1991 y 24 de mayo de 1994, que entienden que la finalidad de las restricciones legales es evitar a los cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, unilateral, caprichosa o, incluso, maliciosa por parte del cofiador que pagó, y es suficiente para excluirla la insolvencia del deudor, aun no declarada, o la reclamación extrajudicial seria del acreedor, o bien cuando los cofiadores tengan interés propio en la deuda por su vinculación con el deudor.

Por otro lado, respecto a las excepciones contenidas en el art. 1.845, la doctrina considera que podrían incluirse otras que también pueden ser alegadas: las derivadas del propio pago que resultara indebido, las surgidas del propio negocio de asunción de fianza, las derivadas de la misma relación de cofianza desde la perspectiva interna de los cofiadores o las propias y personales de cada cofiador frente al reclamante. No podrán, sin embargo, los cofiadores ampararse en las excepciones ya utilizadas por el reclamante frente a la pretensión del acreedor principal⁴¹.

⁴¹ Guilarte Zapatero, *Cuadernos...*, pág. 81.

B) El objeto de la fianza

Aunque en la práctica se utilice la fianza casi siempre para garantizar deudas de dinero, todas las obligaciones, cualquiera que sea su objeto, son susceptibles de afianzamiento (como ya vimos). Lo que es preciso es que la obligación principal sea válida, ya que la eficacia de la fianza depende de la fuerza civil de la obligación garantizada por ella. Así, el art. 1.824.I Cc. lo establece cuando afirma que «*la fianza no puede existir sin una obligación válida*». Pero este principio general tiene excepciones en algunos casos, y requiere aclaraciones en otros.

Obligaciones nulas.—La regla general es que estas obligaciones no pueden ser objeto de fianza. Pero este principio, que no puede tener excepción ninguna tratándose de obligaciones inexistentes o radicalmente nulas, sufre, en cambio, una importante restricción cuando se trata de obligaciones simplemente anulables, pues dice el Código que puede recaer la fianza «*sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de menor edad*» (art. 1.824.II). Los problemas que plantea, no resueltos pacíficamente por la doctrina, son, por una parte, qué obligaciones son susceptibles de afianzamiento, aun cuando devengan ineficaces, y, por otra, fijar las consecuencias de la fianza cuando concorra dicha ineficacia⁴².

El anterior precepto sufre, a su vez, una subexcepción en el caso de préstamo hecho al *hijo de familia* (frase que ha de entenderse referida exclusivamente al hijo de familia *menor de edad*⁴³), para el cual rige la regla general de nulidad de la fianza (art. 1.824.III).

Obligaciones futuras.—No hay inconveniente en que se pueda afianzar una deuda futura, lo mismo que se puede prometer, según el art. 1.271, una cosa futura. Por eso, dice el Código que «*puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida*» (art. 1.825).

La S.T.S. de 21 de noviembre de 1924 interpreta limitativamente el precepto entendiéndolo que es válida la fianza por deudas ya contraídas que todavía no sean líquidas y exigibles, pero no la que garantice obligaciones aún no contraídas, pues de otro modo vendría a reconocerse por la ley la existencia de una obligación subsidiaria, sin ninguna principal, y habría una antinomia entre los artículos 1.824 y 1.825. También la S.T.S. de 17 de febrero de 1962, en relación con la fianza en garantía de operaciones bancarias de descuento de títulos-valores.

⁴² Guilarte Zapatero resuelve estas cuestiones estimando que la obligación aludida en el precepto es la que puede resultar anulable, no sólo con base en una excepción, como la *menor edad*, sino también por las derivadas de cualquier incapacidad del deudor, que no proceda de vicios del consentimiento. Respecto a las consecuencias de la regla cuestionada, considera que declarada la ineficacia, el fiador viene obligado a cumplir su obligación; y si aquella no ha sido declarada, no podrá oponerla como excepción al acreedor, primando los arts. 1824 y 1835 sobre el 1832; subsistiendo, en suma, la responsabilidad del fiador siempre que deudor y acreedor no le hayan inducido a error, esencial y excusable, sobre la incapacidad del principal obligado. Si el fiador pagase, se aplicaría el art. 1163. (*Cuadernos...*, pág. 53).

⁴³ Castán, *op. cit.*, pág. 779.

Obligaciones condicionales.—Aunque el Código no se expresa sobre su posibilidad, se admite generalmente por la doctrina, ya que si se reconoce la fianza de obligación futura, con mayor fundamento debe estimarse válida la que garantiza una obligación condicionada. Aquí, la fianza aparece subordinada a la condición que afecta a la obligación principal y al juego propio de la naturaleza suspensiva o resolutoria de aquélla.

Obligaciones naturales.—La doctrina moderna mayoritaria entiende que en estas obligaciones no se cumple el requisito del art. 1.824.I, al no existir deber jurídico de cumplimiento. Si, constituida una fianza por obligación natural enlazada a un deber moral, el fiador pagara espontáneamente, en vez del deudor, dicho pago sería eficaz si el garante asumió la fianza en virtud de un imperativo moral propio, mientras que sería ineficaz si el apuntado carácter moral del deber lo fuera sólo respecto del aparente deudor principal⁴⁴.

Obligaciones prescritas.—Se pueden dar tres situaciones:

- Se afianza la obligación principal cuando el término de prescripción no ha transcurrido, pero éste tiene lugar antes de ser exigida aquélla: la fianza es eficaz, ya que cuando se constituye, la obligación fiada era válida y perfecta, influyendo sólo la prescripción sobrevenida frente a la exigencia de cumplimiento.
- La fianza se asume en garantía de obligación ya prescrita: es válida; el vínculo obligatorio no se ha extinguido y su objeto puede afianzarse, aunque en su momento pueda alegarse la prescripción.
- La garantía se constituye una vez que la obligación principal ha sido judicialmente declarada extinguida en virtud de la prescripción: la fianza es inexistente al serlo también la obligación principal.

Como consecuencia del carácter accesorio de la fianza, ésta no puede tener objeto distinto ni más extenso que el de la obligación principal (S.T.S. de 25 de febrero de 1958): «*El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones*» (art. 1.826.I).

Pero si la fianza no puede ser más *extensa* que la obligación principal, se admite, en cambio, por la doctrina que pueda ser más *intensa*, es decir; que constituya un vínculo más fuerte, por ir acompañada de garantías, como prenda o hipoteca, de que carezca la deuda principal. La fianza contraída en más que la obligación del deudor principal no es nula, sino reducible, pues ha de ser reducida a los límites de esta última (art. 1.826. II).

5. EXTINCIÓN DE LA FIANZA

La fianza es una obligación accesorio, y, por tanto, se extinguirá cuando se extinga la obligación principal; pero también es una obligación en sí misma que se extinguirá por las causas generales de extinción de las obligaciones. Castán

⁴⁴ Alventosa del Río, J., *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988, págs. 29 y ss.

distingue entre modos directos y modos indirectos de extinción⁴⁵. El art. 1.847 del Código civil se refiere a ambos cuando dice que «*la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones*».

- A) *Modos indirectos de extinción* (como consecuencia de la extinción o modificación de la obligación principal):
- *Pago* de la obligación principal, u ofrecimiento seguido de consignación aceptada por el acreedor, y aunque éste autorice al deudor para retirar la cosa, los fiadores quedan libres (art. 1.181).
 - *Novación* de la obligación principal.–Sólo subsistirá la obligación accesoria cuando aproveche a un tercero que no haya intervenido en la renovación (art. 1.207). Si se trata de novación modificativa subsiste la fianza en los términos convenidos.
 - *Dación en pago*: libera al fiador si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción (art. 1849).
 - *Condonación* de la deuda principal: según el art. 1.190, ésta extingue las obligaciones accesorias.
 - *Confusión*, que puede recaer en la persona del deudor o en la del acreedor principal (art. 1.193).
 - *Compensación*, ya que el fiador puede obtener ésta respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal (art. 1.197).
 - *Prórroga* de la obligación principal: El art. 1.851 la recoge como causa de extinción cuando se concede al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador⁴⁶. Deberá ser expresa, ya que la mera circunstancia de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación inmediatamente de que ésta venza, o que se retrase el ejercicio de la acción no revela la intención de conceder al deudor prórroga alguna; cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, el fiador puede proceder contra el deudor principal aun antes de haber pagado (S.S.T.S. de 22 de marzo de 1901 y 3 de noviembre de 1955).
 - *Hechos del acreedor obstativos a la subrogación del fiador*: El art. 1.852 dice que «*los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo*». El acreedor no debe poder, por su voluntad, empeo-

⁴⁵ *Op. cit.*, págs. 782 y ss.

⁴⁶ Supondría una injusticia que el acreedor, arbitrariamente, pudiera alterar las condiciones de la responsabilidad del fiador, exponiendo a éste a una eventual insolvencia del deudor durante la prórroga, impidiendo al fiador el ejercicio del derecho de reintegro. Esta regla se justifica, según la S.T.S. de 31 de enero de 1980 en la mayor onerosidad que afectaría a la obligación del fiador como consecuencia de la prolongación temporal y, en el juego de los principios generales, en orden a los límites subjetivos de la eficacia de los pactos.

rar la condición del fiador, ya que éste no se habría obligado si no contase con la facilidad del reintegro que supone la subrogación en los derechos del acreedor⁴⁷.

B) *Modos de extinción directos* (por causas derivadas del Derecho común de las obligaciones). La fianza se extingue por las formas ordinarias de extinción de las obligaciones, pero algunas de esas formas se modifican en cuanto al régimen jurídico de la fianza:

- *Confusión*.—Según el art. 1.848, «*la confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador, cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador*». Ello se justifica porque el deudor no puede ser fiador de sí mismo, pero en relación al subfiador no hay ningún obstáculo para cumplir la obligación fideiusoria.
- *Liberación o perdón de la fianza a algunos de los cofiadores sin el consentimiento de los demás*.—Se establece en el art. 1.850, de gran semejanza con los arts. 1.146 en relación con el 1.143 y significa que la obligación de garantía se extingue en la parte representada por la cantidad remitida al cofiador liberado. Así, para Lacruz, vale el perdón particular como tal, y con efectos sólo para el perdonado, en cuanto que éste, en la relación individual, deja de deber la correspondiente cantidad; pero en la relación de grupo disminuye la deuda global en igual importe⁴⁸.

III. DERECHO INTERREGIONAL. LA FIANZA EN LAS LEGISLACIONES FORALES

I. ARAGÓN

Hemos de distinguir dos etapas distintas en la regulación de la fianza de esta región. En la legislación vigente, el contrato de fianza se rige por el Código civil. La Compilación de 1967 no contiene ninguna regla sobre el mismo, y ni siquiera ha pasado a ella la expresa proclamación que hacía el art. 52 del derogado Apéndice de que la mujer puede obligarse junto con su marido y ser fiadora de éste⁴⁹.

En la legislación anterior, sin embargo, se conocían en Aragón diversas clases de fianzas: la *cablevadora* (sería la equivalente a la judicial), *de cruz*, *de salvedad* y *de indemnidad*. No existía el beneficio de orden o excusión a favor del fiador y la mujer podía ser fiadora en contrato, ya que la prohibición del Senado consulto Veleyano no fue recibida en Aragón; aunque sí le estaba vedado, bajo pena de nulidad, otorgar fianza judicial (*cablevadora*). La mujer casada era considerada capaz para ser fiadora, al contrario que en otros ordenamientos.

⁴⁷ El hecho del acreedor ha de ser personal, directo y de carácter positivo, excluyéndose la mera posibilidad o falta de diligencia (S.S.T.S. de 31 de marzo de 1927, 7 de octubre de 1933 y 9 de octubre de 1962).

⁴⁸ Guilarte Zapatero, *Cuadernos...*, pág. 88.

⁴⁹ Castán, *op. cit.*, págs. 797 y ss.

2. CATALUÑA

El contrato de fianza se fundamentaba en el Derecho romano, con algunas disposiciones del Derecho canónico y las especialidades del Derecho indígena contenidas en el Código de Tortosa y, principalmente, en los capítulos VIII y IX del *Recognoverunt Proceres*, que regían en Barcelona y otras localidades que gozaban de sus privilegios. Las especialidades de este Derecho se referían a la capacidad de la mujer para otorgar fianza y a los beneficios de excusión, de división y de cesión de acciones. Sin embargo, la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, aprobada por ley de 21 de julio de 1960, conservó, como única especialidad, la referente a la intercesión de la mujer (libro IV, título I, capítulo I, arts. 321 y 322).

Según el art. 321 de la Compilación, la mujer no quedará obligada en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indebido lo que hubiere pagado o cumplido por ello. De este beneficio, renunciable en todo momento, no gozarán las mujeres que afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación proporcionada u obrando con dolo, las que ejercieren el comercio y las que, después del afianzamiento, llegaren a ser deudoras principales de la obligación.

El art. 322.I establece que será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma, y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión. A modo de suplemento de esta nulidad de pleno derecho los párrafos II y III del art. 322 fijan dos reglas: 1.^a) cuando marido y mujer se obliguen conjuntamente, ésta, aunque participasen otras personas, responderá con carácter mancomunado simple; y 2.^a) serán válidas las hipotecas constituidas conjuntamente por marido y mujer, solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada.

Con la proclamación de la Constitución Española de 1978 estos preceptos de la Compilación catalana resultaron opuestos a los principios constitucionales, ya que suponían una discriminación por razón de sexo y estado civil⁵⁰.

Esto ha venido a ser resuelto por la Ley de 20 de marzo de 1984, del Parlamento de Cataluña que ha introducido importantes modificaciones a la Compilación para adaptarla a los principios constitucionales. De este modo se ha suprimido la prohibición de la fianza o intercesión de la mujer. Por lo tanto, la fianza ha quedado sometida plenamente al régimen del Código civil, sin ninguna restricción que afecte a la mujer, soltera o casada para celebrar este contrato en favor de su marido o de cualquier otra persona.

⁵⁰ Algunas sentencias de la Audiencia de Barcelona (de 11 y 15 de octubre de 1982) estimaron que los arts. 321 y 322 habían dejado de ser aplicables en función de lo establecido en los arts. 14 y 32.1 de la Constitución que proclaman, respectivamente, la igualdad de los españoles ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, y la plena igualdad de los cónyuges.

3. NAVARRA

La Compilación del Derecho civil foral de Navarra, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973, regula la fianza en el libro III, título IX, capítulo II, leyes 525 a 531⁵¹. En cuanto a la capacidad, la mujer necesita licencia del marido para afianzar, tanto en favor del marido como de otra persona. No pueden ser fiadores los religiosos profesos que, por razón de sus votos, carezcan notoriamente de patrimonio. Cuando la Ley exija la presentación de fiadores y el acreedor no estime solventes los que el deudor presente, el juez decidirá acerca de la solvencia de los fiadores.

Sobre los efectos no existen grandes diferencias con el Código civil: el fiador goza de los beneficios de excusión y división, salvo pacto en contrario, así como de acción de regreso contra el deudor principal a quien hubiere liberado. El fiador podrá solicitar por vía judicial que se impida la enajenación o gravamen de bienes del deudor y que se practique en el Registro la correspondiente anotación preventiva, a no ser que aquél le de fianza de su eventual obligación de reembolso. La obligación del fiador se transmite a sus herederos. Estos podrán solicitar la revisión judicial de la obligación, si la responsabilidad derivada de la fianza les resultase extraordinariamente onerosa.

4. BALEARES

El art. 4.º de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, aprobada por Ley de 19 de abril de 1961, es la única referencia que en este Derecho se ofrece de la fianza, diciendo que la mujer casada puede ser fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él.

IV. LA FIANZA EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

1. CONFLICTO DE JURISDICCIONES

La función jurisdiccional es una potestad emanada de la soberanía del Estado. El art. 117.3.º de la Constitución Española establece que *«el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»*. En principio, pues, la jurisdicción es una función de Estado que no queda afectada por la existencia de elementos extranjeros en el proceso. Ahora bien, si los Tribunales españoles conociesen de determinados litigios que no presentan una vinculación suficiente con nuestro territorio o con nuestro ordenamiento, la decisión que al efecto dictasen podría encontrar grandes dificultades fácticas para su ejecución.

⁵¹ En el Derecho antiguo de Navarra existían numerosas variedades de fianzas: de *rendida*, de *abonimiento*, *negada* y de *suelta*, de *crédito* y de *censales*; que fueron cayendo en desuso por estar relacionadas con el procedimiento o por ser incompatibles con la evolución jurídica.

Los Tribunales españoles no tienen por misión imponer nuestros propios puntos de vista y nuestras respuestas jurídicas cuando se trate de supuestos con elementos extranjeros jurídicamente relevantes, ya que los vínculos que tales supuestos presenten con el ordenamiento español pueden bastar para justificar la jurisdicción de nuestros Tribunales, pero sin que ello entrañe, de modo automático, la aplicación de nuestro Derecho.

Así, la S.T.S. de 5 de abril de 1966 afirma, en uno de sus considerandos, que *si se llevara a sus últimas consecuencias el principio de la soberanía territorial del Estado, nunca surgiría la posibilidad de aplicar en él leyes promulgadas en otros Estados, o de ejecutar o dar eficacia a sentencias no dictadas por sus Tribunales; mas como esto se opone a las exigencias de la realidad y vendría a suprimir el comercio jurídico internacional y las relaciones jurídicas entre súbditos de distintos países, surgió la necesidad de que el extranjero no sea sustraído a sus propias leyes en determinadas materias*⁵².

Por ello, razones prácticas y de efectividad y el respeto a los principios esenciales de un ordenamiento jurídico aconsejan que los sistemas jurídicos limiten el volumen de supuestos internacionales en que va a ejercerse la potestad jurisdiccional; o bien los Estados se inclinen por la celebración de Tratados internacionales que establezcan reglas comunes de competencia judicial internacional. El conjunto normativo resultante, interno, convencional e institucional (el que tiene su origen en una institución, v.g. la Comunidad Europea) integra el régimen jurídico de la *competencia judicial internacional*. Estas normas tienen como finalidad una distribución de los ámbitos de actuación jurisdiccional de los distintos Estados (competencia judicial convencional e institucional), limitándose, cuando su origen es interno, a establecer si dicho Estado puede insertar un litigio concreto en el ámbito de actuación de sus propios Tribunales, considerados en su conjunto⁵³. El régimen estatal de regulación de la competencia judicial internacional está recogido en los arts. 21 a 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en el ámbito convencional el peso específico se encuentra en el *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, sin perjuicio de otros convenios internacionales que puedan resultar aplicables a determinadas materias.

Entrando ya en el tema de las garantías, vemos que éstas reciben su regulación fundamental en el contrato, dentro de lo legalmente posible y siempre bajo la interpretación de los usos y costumbres de la *lex mercatoria* internacional. El Código civil, en su art. 1.828, establece que *«el fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse»*. Sin embargo, las *Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para Garantías Contractuales* centran, para la determinación de la competencia judicial, toda su atención en el lugar del establecimiento del garante.

⁵² Carrillo Salcedo, J. A., *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, 1976, pág. 21.

⁵³ Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1994, págs. 247 y ss.

El tema que estamos analizando, conflicto de jurisdicciones, está incardinado con el problema de la ley aplicable y el de la solución de conflictos, que deberemos examinar previamente para averiguar qué Tribunales serán competentes para solucionar las controversias que se susciten en un contrato de fianza internacional.

2. DERECHO APLICABLE

A) La ley rectora de la fianza

Las garantías contractuales suponen, dentro del comercio exterior, la intervención de elementos reales y personales conectados con diferentes legislaciones. Así, el obligado principal, el garante, el contragarante (en su caso) y el beneficiario pueden tener distinta nacionalidad o residencia y el lugar de celebración del contrato o los eventuales pagos que se derivasen de éste también pueden no coincidir con el de la nacionalidad o residencia de las partes involucradas.

La primera cuestión que habrá que solventar ante tanta diversidad de puntos de conexión será determinar por qué ley o leyes se regirán las relaciones jurídicas que se deriven del contrato, ya que las partes, sobre todo el garante, y por evidentes cuestiones de seguridad jurídica, querrán saber cuál será el ordenamiento jurídico que regulará sus derechos y obligaciones.

Para determinar la ley aplicable, el art. 10.5 del Código civil establece que «*se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato*». Consagra, así, el principio de la autonomía de la voluntad en el plano contractual, pero con dos limitaciones: que la sumisión a un ordenamiento concreto se haga expresamente; y que la ley escogida tenga alguna conexión con el negocio de que se trate.

En cuanto al *sometimiento expreso*, se plantean dos cuestiones: 1.^a) si debe incluirse en el contrato una cláusula específica designando la ley o si ese sometimiento podrá hacerse en relación a una o varias disposiciones legales de un ordenamiento concreto; y 2.^a) si es posible una sumisión *a posteriori*. Ambas cuestiones se resuelven afirmativamente, permitiendo ambas cosas en su mayor amplitud.

La segunda limitación, necesidad de alguna *conexión entre la ley elegida y el contrato*, hace referencia al vínculo que debe existir entre la norma y la realidad social que debe regular. Así, serán puntos de conexión la nacionalidad o residencia de las partes, el lugar de celebración del contrato o el de la ejecución de las prestaciones, etc. En este aspecto, cabría la posibilidad de un «contrato sin ley» al ponerse en él todas las vicisitudes o por regirse exclusivamente por la *lex mercatoria*. Sin embargo, las partes contratantes, para no dejar ningún cabo suelto, siempre designan un ordenamiento supletorio, que, en caso de que surjan controversias, interprete las cláusulas del contrato y determine su validez. También es posible

una sumisión múltiple, es decir, la posibilidad de elegir varias leyes como aplicables a las distintas porciones de un contrato determinado. Otras veces se incluye en la cláusula de sujeción a una ley concreta que dicha sujeción se hace respecto a las leyes de ese país en vigor *en el momento de la conclusión del contrato* y no a las que posteriormente se pudieran promulgar durante la duración del contrato, para evitar, de este modo, sorpresas derivadas de un cambio de legislación.

La Ley elegida regulará todo lo referente a la perfección, efectos jurídicos, interpretación, cumplimiento y extinción del contrato. Pero quedan excluidas las cuestiones relativas a la capacidad de las partes, que se regirán por la ley nacional (art. 9.1 Cc.); las formales, que atenderán a los criterios establecidos en el art. 11.1 Cc.; las normas de aplicación inmediata, que se rigen por el principio de la territorialidad (art. 10.10 Cc.) y las que atenten contra el orden público⁵⁴. Analicemos ahora el impacto que el orden público puede producir en la aplicación de la ley elegida por las partes.

Todos los ordenamientos jurídicos han establecido mecanismos de defensa para impedir o amortiguar los efectos derivados de la aplicación de leyes extranjeras. El orden público es, ante todo, una excepción a la aplicación del Derecho extranjero reclamado por una norma de conflicto para regular una relación o situación extranacional. Representa, en este sentido, un medio de asegurar la preeminencia del punto de vista nacional en la concurrencia de ordenamientos, un cauce mediante el que el Derecho del foro impone sus propios conceptos frente a los del Derecho extranjero, sus valoraciones de justicia material frente a las de mejor localización de un supuesto de tráfico externo expresadas en sus reglas de conflicto. Para el profesor Aguilar Navarro, la norma de conflicto supone un salto en el vacío, la invocación de un sistema normativo extranjero cuyas disposiciones no se conocen perfectamente y que pueden cambiar para sujetarse a principios y criterios de inspiración en modo alguno compatibles con los que dominan en el Derecho del foro. Ello lleva a preguntarse en qué condiciones y dentro de qué límites puede realizarse la cooperación y combinación entre el Derecho extranjero declarado aplicable y el del foro. El orden público representa una dinámica de la norma de conflicto y debe ser valorado y comprendido como un instrumento al servicio de la cohesión del ordenamiento del foro⁵⁵.

La definición de orden público del art. 12.3 C.c. (*«en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público»*) y su posible alcance han suscitado severas críticas, ya que no distingue entre orden público nacional y orden público internacional; y porque algunos Convenios de la Haya ratificados por España excluyen la aplicación del Derecho extranjero «notoria o manifiestamente contrario al orden público», mientras que el 12.3 exceptúa la ley extranjera simplemente «contraria al orden público».

⁵⁴ Aramendía, F. J., «Ley aplicable y orden público», en AA.VV., *Régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional*, Madrid, 1981, págs. 147 y ss.

⁵⁵ Carrillo Salcedo, *op. cit.*, págs. 273 y ss.

Centrándonos en el contrato de fianza, se plantea la cuestión de hasta qué punto los órganos jurisdiccionales españoles invocarían la defensa del orden público para impedir o desvirtuar aspectos o consecuencias derivados de tal sumisión a una ley extranjera. El punto más conflictivo se presenta respecto a la accesoriedad de la fianza, que, con las debidas reservas, viene siendo tratado con flexibilidad en los países de nuestro entorno y que no sería considerado en España como de orden público internacional. No obstante, el orden público podría invocarse en casos muy específicos en que la fianza sirva a fines antijurídicos que atenten contra los principios básicos del orden social español.

En otro orden de cosas, el art. 8 a) de las *Reglas Uniformes de la C.C.I. para Fianzas Contractuales* establece que la legislación aplicable será la del país que las partes elijan para regir la operación de Fianza. En caso de que las partes no hayan sometido expresamente la Fianza a una determinada legislación, establecen las Reglas, con buen criterio, que será de aplicación la que rige el Contrato subyacente. Ciertamente, parece lógico que, si las partes no han dicho lo contrario, Fianza y Contrato garantizado se rijan por la misma legislación, evitando así que, como consecuencia de la aplicación de ordenamientos distintos, pudiera resultar que la responsabilidad de afianzado y garante fuera también distinta⁵⁶.

B) Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional

a) Antecedentes

La internacionalización del tráfico jurídico y las divergencias entre las distintas regulaciones nacionales de las garantías han provocado que las dos instituciones internacionales que tienen como objetivo la unificación del Derecho mercantil —la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.), y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (U.N.C.I.T.R.A.L.)—, con la colaboración de otros organismos como la Asociación Panamericana de Fianzas, el Comité Europeo de Seguros, la Asociación Internacional de Seguros de Crédito, etc. hayan abordado la tarea de desarrollar una regulación uniforme de los distintos contratos de garantía.

La primera vez que la C.C.I. presta atención al tema de las garantías es en 1964, cuando se crea un grupo de trabajo para redactar unas reglas en las que se tengan en cuenta los intereses de los afianzadores, afianzados y beneficiarios, estableciendo los derechos de las partes y dotando de mecanismos de defensa a los afianzadores (bancos y entidades de crédito) ante las reclamaciones abusivas de sus clientes. Como consecuencia de ello, se publican en 1978 las *Reglas Uniformes relativas a las Garantías Contractuales* (R.U.G.C), que muy pronto demostrarían su intolerancia al haber sido elaboradas bajo una fuerte presión de los

⁵⁶ Camacho De Los Ríos, J., «Reglas Uniformes de la CCI para Fianzas Contractuales», *Revista Española de Seguros. Publicación Doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, n.º 79, julio/septiembre de 1994, pág. 36.

Bancos y no regular las llamadas «garantías a demanda» o «a primer requerimiento»⁵⁷.

Además, el art. 9 de las R.U.G.C. establecía un rígido mecanismo de reclamación que exigía al beneficiario una prueba fehaciente del incumplimiento –sentencia, laudo arbitral o la aprobación escrita del ordenante– para poder obtener la indemnización. Ello suponía demoras en el cobro hasta el punto de hacer las garantías inoperables, lo que llevaba a que, en la práctica, se excluía dicho artículo y se incluían cláusulas «a primer requerimiento».

Con este panorama, la C.C.I. procedió a la revisión de las *Reglas*. Al principio se pensó en modificarlas, dando cabida así a las garantías «a demanda», pero las diferencias entre ambos tipos de garantías eran tan fuertes que se optó por dejar inalteradas las R.U.G.C. y elaborar unas nuevas reglas para las garantías «a primer requerimiento».

Tras varios proyectos y revisiones, el 3 de diciembre de 1991 se adoptaron las *Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento* (R.U.G.D.), que pretendieron constituir, junto con las R.U.G.C., que se mantuvieron en vigor, una regulación completa y uniforme de los contratos de garantía.

Esta nueva situación satisfacía plenamente a los Bancos, que utilizaban las garantías «a demanda», pero no a los aseguradores, que se encontraban, por una parte, con que las *Reglas Uniformes de la C.C.I.* habían sido elaboradas a sus espaldas; y por otra, que las mismas no tenían en cuenta sus necesidades ni se adaptaban a su actividad.

Así, los Bancos, a la hora de otorgar una garantía, atienden, fundamentalmente, a la solvencia económica del afianzado u ordenante, prestando menos atención a su capacidad de cumplimiento. Lo que el Banco quiere, en definitiva, es evitar tener que discutir con el beneficiario la procedencia de su reclamación (si hubo o no incumplimiento), y prefiere pagar, sin más, cargando a continuación dicho pago en la cuenta del ordenante. Con ello se consiguen dos cosas: mejorar su imagen de efectividad y seriedad y evitar tener que dotar y mantener un departamento encargado de verificar e investigar las circunstancias del incumplimiento.

Los aseguradores, por el contrario, se fijan más en la capacidad de cumplimiento del afianzado (sin olvidar su solvencia), ya que, aunque se hagan con una finalidad de afianzamiento, las garantías emitidas por las Compañías de Seguros son, en última instancia, contratos de seguro, y por ello, sometidos a la técnica aseguradora. Aquí el riesgo cubierto es el propio incumplimiento. De ahí que los aseguradores de crédito y caución suelen contar con departamentos espe-

⁵⁷ Estas garantías surgieron tras la Segunda Guerra Mundial y se caracterizan por la absoluta independencia de las obligaciones del garante y del ordenante y que no es necesario el incumplimiento del ordenante para que el beneficiario tenga derecho a la reclamación, con lo que el garante queda obligado a satisfacer el importe de la indemnización cuando el beneficiario se lo reclame.

cializados en analizar la capacidad de cumplimiento del ordenante y en determinar si el incumplimiento tuvo o no lugar. Esto explica que los aseguradores prefieran las tradicionales garantías accesorias a las garantías «a demanda», al contrario que los Bancos.

Ante esta situación, la presidencia de la Tokio Marine & Fire Ins. Co. Ltd., propuso, en 1990, a la Comisión de Seguros de la C.C.I. la elaboración de unas nuevas *Reglas Uniformes para garantías condicionales* en las que se tuvieran en cuenta las técnicas y principios aseguradores. Para ello se creó un grupo de trabajo integrado por expertos en garantías y Derecho internacional que, con apoyo de las principales asociaciones de aseguradores, redactó un primer proyecto. La C.C.I. se interesó por este proyecto, al que se sumaron las Comisiones de Práctica y Técnica Bancaria y de Prácticas Internacionales. Como consecuencia de estos trabajos se redactaron las vigentes *Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales*.

b) *Ámbito de aplicación*

El art. 1 a) establece que estas Reglas «se aplicarán a toda Fianza donde se mencione que se aplican estas Reglas, o que incluya estas Reglas haciendo referencia a ellas y, a tales fines, será suficiente con que la Fianza incluya una referencia a estas Reglas y el número de publicación». Es decir, para que estas Reglas sean aplicables podrá incluirse el contenido total de las mismas en la fianza o incluirse, simplemente, una referencia a ellas.

Pero el apartado b) del mismo precepto establece una serie de limitaciones a la aplicación de tales Reglas: 1.^ª) cuando sean incompatibles con lo dispuesto en la fianza y 2.^ª) cuando sean incompatibles con las normas imperativas de la legislación aplicable a la fianza. En estos casos, prevalecerá, para la parte que sea incompatible, lo dispuesto en la fianza o en las disposiciones imperativas de la legislación aplicable, según corresponda.

El que se dé preferencia a lo dispuesto por las partes en la fianza supone que los contratantes pueden acogerse a las Reglas introduciendo modificaciones en las mismas; o lo que es lo mismo, las partes pueden acogerse a las Reglas parcialmente, sin tener que hacerlo en su totalidad.

Que prevalezca lo establecido en las disposiciones imperativas de la ley aplicable quiere decir que estas Reglas no constituyen una normativa excluyente de la que sería de aplicación en cada caso; por el contrario, éstas constituyen un modelo de lo que puede ser el contenido de una fianza convencional y, como tal, podrán modificar la legislación aplicable sólo en los aspectos dispositivos de la misma, debiendo ceder en su aplicación ante las normas de carácter imperativo. Corresponderá, entonces, a la doctrina y jurisprudencia españolas determinar qué normas de nuestro ordenamiento en sede de fianza son imperativas.

c) *Estructura de la fianza contemplada*

Concepto.—Según el art. 2, la fianza aquí contemplada englobará «toda Fianza, garantía y otro instrumento escrito, emitido o suscrito por el Garante en favor del Beneficiario, según el cual, en caso de incumplimiento, el Garante se compromete a: i) pagar o satisfacer toda reclamación o derecho al resarcimiento de daños, indemnización u otra forma de pago hasta el importe de la Fianza, o ii) pagar o satisfacer tal reclamación o derecho hasta el importe de la Fianza o, a opción del Garante, cumplir o ejecutar el contrato o cualquier obligación contractual, en ambos casos, cuando la responsabilidad del Garante sea accesorio a la responsabilidad del fiado según el contrato o dicha obligación contractual; tal expresión incluirá, entre otras, las Fianzas de Anticipo, las Fianzas de Mantenimiento, las Fianzas de Cumplimiento, las Fianzas de Retención y las Fianzas de Licitación».

Accesoriedad y subsidiariedad.—Esta fianza es fundamentalmente *accesoria*, porque está estrechamente conectada al contrato afianzado y la responsabilidad del garante está igualmente conectada y no podrá exceder a la responsabilidad del afianzado según el contrato. En esta línea, el art. 3 b) señala que «la responsabilidad del Garante frente al Beneficiario en razón de la Fianza es accesorio a la responsabilidad del Afianzado y surgirá como consecuencia del incumplimiento».

En cambio, no parece tener un carácter *subsidiario*, ya que lo único que se exige para que el beneficiario pueda reclamar es que se haya producido el incumplimiento y que la reclamación se haya hecho con ciertos requisitos, y no que tenga que dirigirse previamente contra el afianzado. No obstante, pueden surgir algunos problemas derivados del carácter naturalmente subsidiario que los arts. 1830 y 1831 del Código civil atribuyen a la fianza en él regulada, y del carácter solidario de la fianza mercantil. Por ello, parece aconsejable que, aun cuando la fianza se sujete a las *Reglas*, se consigne en ella, expresamente, la renuncia al beneficio de excusión⁵⁸.

Forma de la fianza.—En toda fianza habrá de estipularse: el afianzado, el beneficiario, el garante, el contrato, el importe de la fianza, la fecha de inicio de vigencia, la fecha de vencimiento, los nombres, direcciones, números de télex y/o telefax y referencias de contacto del beneficiario, del garante y del afianzado; además de otras disposiciones para que se produzcan o evitar que se produzcan determinados efectos. Tales cláusulas pueden ser las siguientes:

1. Si la fianza quiere hacerse sólo con relación a una parte del contrato, de forma que el garante no sea responsable de cualquier incumplimiento relacionado con el contrato, sino sólo del concerniente a ciertas obligaciones, las partes deberán precisar e identificar claramente la obligación u obligaciones contractuales garantizadas. De no hacerlo así, se inter-

⁵⁸ Esta renuncia es práctica habitual en las garantías prestadas por aseguradores. El hecho de que el garante responda solidariamente con el afianzado hará a las fianzas contractuales mucho más eficaces, ganando en viabilidad y difusión.

- pretará que el garante responde de todas las que deriven o estén relacionadas con el contrato.
2. Si el garante quiere oponer excepciones al beneficiario derivadas de la fianza, aunque las *Reglas* no lo establezcan expresamente, es práctica habitual que se haga constar explícitamente la renuncia del garante al beneficio de excusión.
 3. Si las partes (especialmente el garante) no quieren que la responsabilidad del garante se mantenga inmutable a pesar de las variaciones en la relación subyacente, habrán de excluir expresamente la aplicación del art. 6 a) («*La Fianza se aplicará, sujeta a su monto y fecha de vencimiento, al Contrato, con las enmiendas y modificaciones que el Afianzado y el Beneficiario introduzcan en cualquier momento*»).
 4. Si las partes quieren modificar el importe de la fianza habrán de incluir en la fianza dicha posibilidad y, especialmente, habrán de estipular la forma de reducción de dicho importe (por ejemplo, mediante la emisión de un certificado de mantenimiento, de cumplimiento parcial, etcétera).
 5. Si las partes desean someter la determinación del incumplimiento al certificado de un tercero, habrán de hacerlo constar expresamente, designando a ese tercero y, en su caso, atribuyéndole la facultad de evaluar los daños indemnizables. En caso de no designar a un tercero, y si no desean que el incumplimiento sea fijado por el garante, deberán excluir expresamente la aplicación del art. 7 j) II.
 6. Si las partes quieren otorgar al garante la posibilidad de optar entre indemnizar o cumplir en lugar del afianzado, también deberá hacerse constar expresamente.
 7. Otra cláusula deberá establecer la forma en que se quieran resolver las disputas y diferencias entre beneficiario, afianzado y garante respecto a la fianza, y excluir la aplicación del art. 8 b) si las partes no quieren recurrir al arbitraje para dirimir sus controversias.

Responsabilidad del garante frente al beneficiario.—Esta responsabilidad se basa en el incumplimiento del afianzado, consecuencia de la accesoriedad como característica principal de la fianza contemplada en las *Reglas*. En esta misma línea, los daños y perjuicios que haya de abonar el garante serán los efectivamente producidos, es decir, los que hubiera debido de satisfacer el propio afianzado.

El contrato es considerado por las *Reglas* como parte integrante de la fianza (art. 3 b)—, de lo que se deduce que la fianza viene referida a todas las obligaciones que del contrato surjan a cargo del afianzado. Las *Reglas* definen «obligación contractual» como «*todo deber, obligación o requisito impuesto mediante una cláusula, párrafo, sección, plazo, condición, disposición o estipulación que conste en un Contrato o licitación o que forme parte de ella*». Pero es perfectamente posible que una fianza se haga con relación a una parte del contrato, de forma que el garante no sea responsable de cualquier incumplimiento relacionado con el contrato,

sino sólo del relativo a la obligación cubierta por la fianza⁵⁹. En estos casos, las partes deben tener especial cuidado al redactar el texto de la fianza e identificar claramente las obligaciones que se quieren garantizar, ya que si no, se entenderá que el garante responde de todas las derivadas del contrato.

Otras circunstancias limitativas de la responsabilidad del garante pueden ser aquéllas que afecten a la responsabilidad del afianzado (al ser el contrato parte integrante de la fianza). Así, el garante podrá oponer al beneficiario todas las excepciones que competen al afianzado según el contrato y las que deriven de la propia fianza. A esta posibilidad se refiere el art. 3 d) cuando dice que corresponderá al garante cualquier defensa, reparación, acción o reconvencción que, según el contrato, correspondería al afianzado contra el beneficiario o con relación al objeto del contrato, además de las defensas estipuladas en la fianza o que surjan de ella. Por otra parte, y aunque las *Reglas* no lo indiquen expresamente, el garante no podrá oponer las excepciones que tuviera el afianzado que fuesen personalísimas, como se desprende del art. 1.853 Cc.⁶⁰.

También es preciso señalar que aun cuando los daños y perjuicios efectivamente sufridos suponen en sí un límite cuantitativo a la responsabilidad del garante, ésta viene igualmente limitada por el importe de la fianza fijada en la misma; importe que no constituye una sanción o multa, sino que es el límite máximo que el garante debe satisfacer. Pero este importe puede verse reducido en tres casos:

- a) Cuando en la fianza o en el contrato se haya previsto la reducción del importe porque el afianzado haya cumplido parcialmente el contrato o alguna de las obligaciones contractuales –art. 3 c)–⁶¹. Pero si la reducción del monto de la fianza no se ha previsto, el cumplimiento parcial del contrato o de alguna de las obligaciones contractuales por parte del afianzado no supondrá la reducción de la responsabilidad del garante, teniendo siempre como límite el importe de la fianza consignado originalmente.
- b) Cuando así lo acuerden el beneficiario, el afianzado y el garante –art. 6 c)–. Dicho acuerdo se hará por escrito y habrá de ir debidamente firmado o formalizado por los representantes autorizados de aquéllos.
- c) Cuando el garante haya efectuado un pago (art. 2). Si el garante atiende una reclamación por una suma inferior al importe total de la fianza, ésta se mantendrá vigente por un importe igual al originario menos el importe del pago efectuado (salvo que las partes hayan acordado la extin-

⁵⁹ Esto suele darse en los contratos complejos, en los que la fianza puede ser requerida únicamente en relación al suministro, construcción o cumplimiento de un componente o una parte de los trabajos.

⁶⁰ Una excepción derivada de la propia fianza sería, por ejemplo, el no haber observado el beneficiario los requisitos previstos por las *Reglas* en cuanto a la forma de la reclamación.

⁶¹ Camacho de los Ríos pone como ejemplo la estipulación, en la emisión de un certificado de mantenimiento, de que si el afianzado incumple parcialmente, el importe de la fianza se reduzca. Entonces, el importe de la fianza será el originariamente consignado con la correspondiente modificación (*op. cit.*, pág. 25).

ción definitiva de la fianza y la liberación del garante). Esta reducción no se considera consecuencia de la accesoriedad, y, por tanto, no constituye una disminución de la responsabilidad del garante.

Tres factores delimitan, en fin, la responsabilidad del garante: los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el beneficiario (indemnización); las circunstancias del contrato o de la fianza susceptibles de excepcionar por el garante contra el beneficiario; y el importe de la fianza como límite máximo que está obligado a satisfacer el garante.

Liberación y extinción de las obligaciones del garante.—Las causas que pueden dar lugar a dicha extinción son tres: llegada de la fecha de vencimiento, liberación autorizada por el beneficiario y pago de la reclamación hecha por el beneficiario. Vamos a analizarlas más detenidamente:

1. *Llegada de la fecha de vencimiento.* Para determinar esta fecha las *Reglas* establecen varios supuestos:
 - a) Que las partes lo hayan previsto en la fianza. Puede hacerse señalando un día determinado o con relación a un hecho concreto.
 - b) Que las partes no la hayan establecido en la fianza. Como norma general, la fecha de vencimiento será de seis meses posteriores a la última fecha para el cumplimiento del contrato o de las obligaciones contractuales pertinentes, según corresponda —art. 4 a)—⁶². El art. 4 b) contiene, además, una serie de reglas especiales para establecer la fecha de vencimiento en determinados tipos de fianzas (fianza de anticipo, fianza de mantenimiento, fianza de retención y fianza de licitación).
 - c) Que el beneficiario, el afianzado y el garante acuerden señalar una fecha o modificar la ya fijada. Así se desprende del art. 6 c), que dice que la modificación habrá de hacerse por escrito y ser firmada por los representantes de las tres partes, como ya dijimos más arriba.

Para evitar las complicaciones que puede provocar la no fijación de una fecha de vencimiento, los contratantes han de ser especialmente cuidadosos y concretar en la fianza dicha fecha.

Llegada la fecha de vencimiento, queda extinguida la obligación del garante, independientemente de que el beneficiario devuelva o no la fianza —art. 4 b)—, excepto en los casos en que, antes de la fecha de vencimiento, el beneficiario haga una reclamación con los requisitos y formalidades previstos en las *Reglas*. Ha de señalarse, en este sentido, que, mientras que la fecha de vencimiento supone para el garante la liberación de su obligación, para el beneficiario representa el plazo máximo dentro del cual puede hacer una reclamación válida.

⁶² El problema surge cuando en el contrato no se ha previsto una fecha límite para el cumplimiento de las obligaciones. Entonces, será necesario acudir a la legislación aplicable al contrato, que no resolverá la cuestión de forma pacífica, ya que en algunos ordenamientos el plazo concedido al deudor para cumplir sus obligaciones es amplísimo.

2. *Liberación autorizada por el beneficiario.* La fianza podrá cancelarse en cualquier momento por acuerdo de las partes (garante y beneficiario). Así lo establece el art. 4 e): «No obstante lo dispuesto en el párrafo D de este artículo, la Fianza podrá cancelarse en cualquier momento mediante la devolución de la Fianza en sí al Garante o mediante notificación y entrega o transmisión al Garante de una liberación escrita debidamente firmada por un representante autorizado del Beneficiario, esté o no acompañada de la Fianza y/o de toda enmienda a ella».
3. *Pago de la reclamación hecha por el beneficiario.* Esto, lógicamente, extinguirá la fianza. Pero si el garante hace frente a la reclamación sólo parcialmente, su responsabilidad no se extinguirá, sino que se reducirá el importe de la fianza. En ambos casos, el pago efectuado al beneficiario deberá comunicarse al afianzado.

Liberado el garante de sus obligaciones, habrá de devolverse la fianza al garante (art. 5). La retención o posesión de la fianza con posterioridad a tal liberación o cumplimiento no significará el otorgamiento de ningún derecho o facultad al beneficiario.

d) *Solución de diferencias*

Según el art. 8 b), toda disputa que surja entre las partes en relación con la fianza se resolverá, salvo pacto en contrario, mediante arbitraje, según el Reglamento de la C.C.I. Por lo tanto, si las partes se someten sin más a las *Reglas*, sin establecer un mecanismo para la resolución de sus controversias, éstas se dirimirán a través del arbitraje. El problema estará en que nuestro ordenamiento permita que las partes se sometan a un arbitraje por simple referencia o si deberá constar expresamente.

Si las partes han excluido de forma expresa el arbitraje y no han establecido otra forma de resolución de conflictos, el art. 8 c) señala que «toda disputa entre las partes de la Fianza será dirimida por los tribunales del país que se designa en la Fianza; si no hubiera tal nominación, por el tribunal competente del domicilio comercial principal del Garante o por el tribunal competente del país donde esté ubicada la sucursal del Garante que haya emitido la Fianza, a elección del Beneficiario».

Como formas de solución extrajudicial de conflictos están la transacción, la compensación, la pericia integradora de relaciones jurídicas materiales y el llamado arbitraje informal⁶⁵.

V. BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V., *Régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional*, Madrid, 1981.

⁶⁵ Carreras Llansana, J., «La solución de conflictos», en A.A.V.V., *Régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional*, Madrid, 1981, págs. 319-340.

- Albacar López y Santos Briz, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo VI, título XIV «De la fianza», Madrid, 1991.
- Alventosa del Río, J., *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988.
- Barbero, D., *Sistema del Derecho privado*, tomo IV *Contratos*, Buenos Aires, 1967, trad. esp. Sentis Melendo, S.
- Camacho de los Ríos, J., «Reglas Uniformes de la CC.I. para Fianzas Contractuales», *Revista Española de Seguros. Publicación Doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, n.º 79, julio/septiembre de 1994, págs. 13-49.
- Carrillo Salcedo, J. A., *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, 1976.
- Casanovas Mussons, Anna, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.
- Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 15.ª edición, tomo IV «Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias», Madrid, 1993.
- Delgado Echeverría, «La fianza», en Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, 3.ª ed., Barcelona, 1995.
- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Madrid, 1994.
- Guilarte Zapatero, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXIII, 2.ª ed., Madrid, 1990.
- «Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XVI: *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995.
- Manresa, *Comentarios al Código civil español*, tomo XII, Madrid, 1973.
- Pérez Álvarez, M. Á., *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985.
- Samper, F., *Derecho romano*, Pamplona, 1974.
- Scaevola, M., *Código civil*, tomo XXVIII, Madrid, 1953.

