

**EL CONTRATO DE FIANZA EN LOS ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS ITALIANO Y ESPAÑOL**

Por ISIDORO CASANUEVA SÁNCHEZ

La fianza es un instituto que se regula, en Derecho italiano dentro del Título tercero del Libro cuarto del Código civil, dedicado a los contratos nominados, en su Capítulo XXII: encuadramiento criticado por la doctrina de aquel país. De modo similar, en nuestro Código civil la encontramos en el Libro cuarto, de las obligaciones y contratos, pero dedicándosele un título completo, como al resto de los principales contrato nominados, concretamente el XIV, dividido en cuatro capítulos, el segundo de ellos dividido en tres secciones, comprendiendo los arts. 1.822 a 1.856.

La fianza es una garantía de la obligación ajena, mediante la cual se trata de asegurar la satisfacción del interés perseguido por el acreedor de la obligación principal al constituirse ésta¹. Así, la fianza refuerza objetivamente la seguridad del acreedor en un doble sentido: primero, porque mediante la obligación del garante, cuya causa es distinta a la de la principal, la probabilidad de satisfacción del interés del acreedor se acrecienta al existir dos vínculos obligatorios (puesto que el garantizado se mantiene sin alteración), cuya finalidad es solventar el mismo interés; segundo, porque a través de la obligación accesoria de garantía el patrimonio deudor de la misma queda sometido a la eventual ejecución del acreedor si el titular no cumple aquella². Sánchez Román define la fianza como un contrato consensual, accesorio, unilateral, lucrativo u oneroso, por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, toma sobre sí el cumplimiento subsidiario de una obligación principal sin producir novación³. Para Castán es la garantía personal que se presta asumiendo un tercero el compromiso de cumplir la obligación si no lo hace el deudor principal⁴.

Generalmente se admite hoy que cualquier tipo de obligación, fungible o no, de hacer o de no hacer, resulta susceptible de ser garantizada mediante fianza, si bien, como resulta obvio, el juego de ésta para la satisfacción subsidiaria del interés del acreedor será distinto en cada caso⁵. Frecuentemente, la fianza asegurará una obligación dineraria, en cuyo caso su contenido será como máximo el importe de la obligación principal, pero ello no impide la fianza de otro tipo de obligaciones⁶, en cuyo caso, el contenido de la obligación del fiador, su prestación, a diferencia de la que corresponde al deudor principal, es una cantidad

¹ Guilarte, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigido por Manuel Albadalejo, tomo XXIII, pág. 4.

² Messineo, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, tomo II, vol. 2.º, Milano, 1953, págs. 134 y ss.

³ *Estudios de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1889, pág. 911.

⁴ *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1969, pág. 682.

⁵ Guilarte, *op. cit.*, pág. 12.

⁶ Guilarte, *Ibidem*.

de dinero determinada por el equivalente, como máximo, de la prestación que, por su infungibilidad, no podrá realizar el fiador.

El legislador de la República de Italia, en el art. 1.936 del Código civil italiano (en adelante Cci.) siguiendo la estela del art. 2.011 del *Code Napoleon*, dice que «el fiador es aquél que, obligándose personalmente frente el acreedor, garantiza el cumplimiento de una obligación de otro⁷». No parece que con tal disposición se esté refiriendo específicamente al contrato (o incluso al negocio) de fianza; parece que a lo que se refiere es a la función que realiza éste en la esfera jurídica. La definición del contrato de fianza, pues, la establece la doctrina. Ravazzoni⁸ lo hace, en función del párrafo primero del art. 1.936 Cci., como aquél con el cual se asume una obligación de fianza; Fragali⁹ lo hace como aquella relación por la cual el fiador es compelido a cumplir una obligación cuando el deudor garantizado no ha cumplido la prestación por la cual ha surgido la garantía de fianza o cuando, siendo la obligación principal nula por incapacidad, viene a menos la posibilidad de una realización del interés del acreedor mediante la prestación garantizada; Rotondi¹⁰ haciendo una definición en la que podemos encasillar las medidas de garantía en general dice que es un medio de prevención para el incumplimiento de una obligación, una institución cautelar, o, en definitiva, una medida de refuerzo de la sanción. El Código civil español (en adelante Cc.) equivalentemente establece en su art. 1.822 párrafo primero que «por la fianza se obliga uno a pagar o a cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste». Este carácter de ser de grado inmediato o mediatamente sucesiva a otra obligación le confiere a la relación de fianza la calificación de subsidiaria¹¹ (y también de accesoriedad, a la cual nos referiremos más adelante), pues la acompaña inseparablemente, cualquiera que sea la fórmula utilizada por el Derecho positivo con relación al beneficio de excusión¹², adquiriendo tal nota especial relevancia práctica en el momento de realizarse la garantía que esencialmente supone responsabilidad subsidiaria y de segundo grado¹³ mientras que la accesoriedad se manifiesta en todo momento y produce consecuencias en cualquier momento de la vida del entramado de las dos obligaciones que integran la relación de fianza.

⁷ Dice en su idioma original el citado artículo de la siguiente manera: «È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di una obbligazione altrui».

⁸ Cfr. *Novissimo Digesto italiano. La fideiussione, Diritto civile*, tomo V, pág. 275.

⁹ *La fideiussione. Comentario al Codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, págs. 74-5.

¹⁰ *Istituzioni di Diritto Privato*, Pavia, 1952, pág. 107.

¹¹ En la doctrina italiana, si bien es pacífica esta afirmación (aunque no falte quien la niega, como B.O.), una parte de ella como Messineo o Barassi, afirman que la subsidiariedad es nota únicamente de la fianza simple.

La doctrina española en su mayoría (Albadalejo, Guilarte, Puig...) considerando que la subsidiariedad caracteriza a la fianza, afirmando con exactitud que el fiador sólo debe cumplir su obligación si el deudor no cumple la suya, concluyendo (implícita o explícitamente) que el beneficio de excusión es la manifestación de la subsidiariedad en la fianza.

¹² Fragali, *op. cit.*, pág. 74 y ss.

¹³ Guilarte, *op. cit.*, pág. 19.

El contenido de la obligación de la relación de fianza no es pacífico entre la doctrina italiana¹⁴ sobre si es idéntico para el deudor principal y para el fiador. El anterior Cci. en su art. 1.898 establecía la igualdad de ambas; pero el Cci. actual cambia la dicción para afirmar que no lo son. La realización del interés del acreedor puede alcanzarse por dos medios: por el cumplimiento del deudor principal o por el del fiador; cada una de ellas es un medio distinto de realizar una misma utilidad, pero cada prestación corresponde a una obligación diferente aunque las dos obligaciones podrán tener en común el objeto de la prestación: el vigente código une al medio técnico de la garantía el contenido de la obligación de la relación de fianza¹⁵, lo que es más adecuado a la realidad jurídica. En principio, sólo puede ser objeto de garantía por una fianza una obligación pecuniaria, pero al no especificarlo el art. 1.936 Cci., queda abierta la puerta a ciertas consideraciones sobre la admisibilidad de otro tipo de obligaciones. Así se pueden admitir éstas si el acreedor no tiene interés en que el deudor cumpla personalmente la prestación debida, o sea, no siendo un hacer personalísimo, y que sea cuantificable en dinero (evacuándose el cumplimiento por el fiador en dinero si el deudor principal no cumple lo que comprometió a cumplir), siempre teniendo en cuenta la influencia que tiene el art. 1.941 Cci. al afirmar que la fianza puede establecerse por una parte de la obligación principal y en condiciones diferentes, y por tanto menos onerosas también si así se desea, por los contratantes. Incluso es aceptable la hipótesis de que el objeto de la obligación no sea determinado¹⁶ siempre que esta determinación no sea imposible. Es de retener, en este sentido, que la causa de la relación de fianza se encuentra separada y diferenciada de aquella del negocio garantizado: la causa de la garantía permanece inmutable cualquiera que sea la del negocio garantizado¹⁷, pues el negocio garantizado se encuentra adosado y no contenido en la relación de fianza, no confundiendo ambas esferas (como veremos que se admite la posibilidad de una fianza gratuita de una obligación onerosa y, también viceversa, una fianza onerosa de una obligación gratuita deduciéndose que esto no sería posible si ambos negocios, el garantizado y el que garantiza, tuviesen la misma causa).

Podemos diferenciar la fianza de otras figuras consideradas relacionadas con ella. Así con respecto al aval, diremos que la cláusula «por aval», u otra equivalente a él, hace aparecer una relación de garantía, refiriéndonos esencialmente al ámbito de la relación cambiaria¹⁸, pero no tiene la capacidad de crear una obligación de fianza¹⁹. Así se demuestra que el aval es independiente de la fian-

¹⁴ Se inclinan a favor de la igualdad los autores más clásicos como Pacifici-Mazzoni, Campogrande, Ferrini y en contra la doctrina más relevante en la materia como Fragali y Ravazzoni.

¹⁵ Fragali, *op. cit.*, pág. 95.

¹⁶ Campogrande sostiene la validez de esta afirmación apoyándose en las Sentencias de la Corte Suprema de casación italiana de 23 de febrero de 1935 y 7 de junio de 1937 en su obra *Trattato de la fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902.

¹⁷ Campogrande, *op. cit.*, pág. 53.

¹⁸ Arts. 15 y ss. de la Ley cambiaria y arts. 28 y ss. de la Ley del cheque, ambas de aquél estado.

¹⁹ Campogrande, *op. cit.*, pág. 168.

za, aunque los dos sirvan a una función de garantía, la última lo hace con una estructura de obligación principal y autónoma, pues el aval se da objetivamente para la relación cambiaria y no para cada una de las obligaciones resultantes del título²⁰ como la fianza; se diferencian también en que, mientras en aval permanece válido a pesar de que sobrevenga la invalidez de la obligación del avalado, en la fianza la validez de la primera depende de la validez de la obligación principal, según indica expresamente el art. 1.939 Cci. (con la excepción de la incapacidad, como veremos en su momento). Se diferencia del denominado seguro de crédito (que persigue idéntico fin: eliminar el riesgo de la insolvencia del deudor mediante el desenvolvimiento de una función de garantía entendida en sentido amplio²¹) en primer lugar por la causa: que para éste es la eliminación del daño consistente en la disminución patrimonial definitiva ocasionada por la pérdida, total o parcial, del valor de un crédito como consecuencia de la insolvencia definitiva del deudor, mientras que en la fianza es la garantía de la satisfacción del interés sobre el deudor, aunque no se llegue a producir el incumplimiento de éste, mediante la asunción de una obligación propia por el deudor. En segundo lugar se diferencian porque la fianza es accesoria mientras que el contrato de seguro es una obligación de carácter principal; finalmente se diferencian por su naturaleza diversa (indemnizatoria frente a garantizadora) como observa Von Thur²², ya que el asegurador no promete responder del cumplimiento de la deuda como lo hace el fiador, sino reparar el perjuicio que provoca su insolvencia²³.

Diferenciamos la fianza del mandato de crédito (en el Cci. contrato nominado de los arts. 1.958 y 1.959, mientras que en España carece de una regulación directa legal que la configure autónomamente, si bien se ha reconocido por la jurisprudencia su constitución válida al amparo del principio de autonomía de la voluntad²⁴), si bien ambos contratos tienden a la consecución de resul-

²⁰ Campogrande, *op. cit.*, pág. 171, apoyándose en el art. 35 Párrafo primero de la Ley cambiaria y en el art. 28 Párrafo primero de la Ley del cheque italianas.

²¹ Guilarte, *op. cit.*, pág. 41.

²² *Derecho civil*, Trad. Esp., Buenos Aires, 1946, pág. 206.

²³ La S.T.S. de 8 de julio de 1977 analiza las diferencias entre la fianza y el seguro de crédito, añadiendo a lo dicho que para que en el segundo entre en juego la obligación indemnizatoria del asegurador sea presupuesto fundamental la insolvencia del deudor asegurado, debiendo suponer la pérdida definitiva del crédito, sin que sea necesario para apreciar ésta la excusión previa de aquél y sin que sea preciso tampoco acreditar la diligencia del acreedor; antes del evento de la pérdida del crédito, ninguna relación existe entre el deudor y el asegurador quien no puede instar su liberación frente a aquél por su presumible insolvencia, lo que resultaría contrario a la esencia misma del contrato y a su finalidad; por el contrario, tratándose de la fianza, cualquiera que sea su modalidad, no es la insolvencia del deudor, sino el vencimiento de la obligación principal lo que permite al acreedor dirigirse contra el fiador, incluso gozando éste del beneficio de excusión, que en ningún caso impide el ejercicio de la acción; por otra parte, la falta de diligencia del acreedor puede dar lugar a la pérdida o extinción de la obligación del garante y, finalmente, éste puede pedir la relevación de la fianza antes de haber pagado.

²⁴ Véanse principalmente las S.T.S. de 8 de octubre de 1927 y la muy clara de 22 de diciembre de 1941.

tado práctico idéntico porque los dos intentan conseguir un reforzamiento de una obligación y ayudar al deudor a agilizar su consecución de financiación, el mandato de crédito nace antes que la obligación, mientras que la fianza es coetánea o posterior al nacimiento de esa obligación garantizada; y que el primero es una relación de carácter principal, mientras que una de las características de la fianza es su accesoriadad *ex art. 1.939 Cci. y art. 1.822 y otros*, como veremos, del Cc. Es también figura afín para concluir, la prestación de garantía de tipo real por la deuda de un tercero, pero se diferencian, en que el coincidente de la garantía es responsable, mientras que el fiador es deudor²⁵; de la misma manera ocurre con la responsabilidad del tercero adquirente, quedando fuera del negocio de la constitución de la garantía y por tanto independiente del concedente de la garantía²⁶.

El Párrafo segundo del art. 1.822 Cc., en conexión con el 1.831 Párrafo segundo y el 1.852, el Cc. establece la posibilidad de que el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, ordenando tal artículo que se aplique lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo tercero, título primero del libro cuarto, esto es, arts. 1.137 y ss., que reza «de las obligaciones mancomunadas y de las solidarias». De esta manera, el Cc. admite que la fianza pueda ser solidaria si el fiador así lo desea y lo haga constar expresamente, pues la fianza, como hemos visto, no es una institución en la que la solidaridad sea obligatoria, *ex art. 1.822.2 Cc.*; y el art. 1.137 Cc. obliga a que la solidaridad sea expresa, bien por el carácter de la obligación, bien por la voluntad de la o las partes. Pero no se deben confundir deudor solidario y fiador solidario en una misma figura, pues éste sigue siendo un fiador al que se le aplican determinadas reglas de la solidaridad en sustitución de otras específicas del régimen propio de las obligaciones de garantía que hubieran entrado en juego de no mediar el acuerdo autorizado por la ley, puesto que si el fiador se ha obligado como tal no lo hace como deudor principal, en cuyo caso no habría fianza, sino obligación principal solidaria. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia²⁷ afirmen que, no obstante obligarse solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada, sino que se produce como único efecto la aplicación de las reglas propias de la obligación solidaria a las relaciones entre fiador y acreedor, en tanto que las relaciones del deudor principal con el fiador se seguirán rigiendo por las normas y principios de la fianza²⁸.

El Cci., en cambio, en su art. 1.944 establece que el fiador se obliga solidariamente con el deudor al pago de la deuda²⁹; esta regla obliga a la solidaridad³⁰

²⁵ Messineo, *op. cit.*, págs. 135-6.

²⁶ Fragali, *op. cit.*, pág. 165.

²⁷ S.T.S., 16 de junio de 1970.

²⁸ Guilarte, *op. cit.*, pág. 29.

²⁹ *Il fideiussore é obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito.*

³⁰ La naturaleza de este tipo de solidaridad es muy discutido por la doctrina italiana. La posición prevalente estima que es una forma atípica de solidaridad (Campobasso, Fragali, Rasazzoni),

de la relación de fianza en todo caso donde no determinen la Ley³¹, el juez o las partes que deba ser de otra manera, o que la solidaridad sea incompatible con el propio objeto de la garantía (como es el caso de la fianza de indemnización), haciendo de ésta una característica inherente a la propia obligación. Ésta es una diferencia esencial respecto a la fianza entre ambos ordenamientos, aunque no siempre ha sido así, pues en el anterior Código civil italiano de 1865 (el actual, permítasenos recordar, es original de 1942, aunque si bien es cierto que ha sido exhaustivamente reformado con posterioridad) no establecía tal obligatoriedad según se establecía en su art. 1.907³².

Pero esta solidaridad es criticada por la doctrina italiana en una doble vertiente. En primer lugar por ser anómala o imperfecta, porque según hace constar Fragali³³, si fuese la solidaridad típica, la fianza solidaria se resolvería como una coobligación asumida en el exclusivo interés de deudor afianzado, resultando un interés unisubjetivo, pues resulta que el que garantiza y el que queda garantizado no resultan estar en posición de paridad³⁴. Y en segundo lugar porque la posibilidad de excluir la solidaridad en la relación de fianza, hace pensar que ésta es no esencialmente solidaria y que no siempre la exclusión de la solidaridad conduce al beneficio de excusión.

El art. 1.944 Párrafo segundo del Cci. introduce una segunda hipótesis de fianza, que actúa como excepción³⁵ al principio de obligatoriedad de solidaridad en la fianza y que debe ser convenida expresamente por las partes o así lo ordene expresamente el juez: es el beneficio de excusión, que en España es, al contrario que en Italia, la regla y la solidaridad la excepción, de acuerdo con el art. 1.831 Párrafo segundo Cc. Según este principio, si el acreedor requiere de pago al fiador, éste tiene la facultad de obligarle a que persiga primero todos los bien-

denominándola desde solidaridad accesoria de solidaridad a solidaridad desigual; aunque hay quien, en cambio y a pesar de las particularidades, la considera solidaridad propia (Biscontini).

Su particularidad parte de que el fiador no tiene un interés igual que el del deudor garantizado, así las respectivas situaciones subjetivas son desiguales: la solidaridad en la fianza crea un vínculo de orden sucesivo y la exigibilidad del crédito del fiador no caduca junto al la obligación garantizada, sino que es sucesiva al incumplimiento de ésta (lo que da lugar a un *beneficium ordinis* sobre la base del cual el acreedor debe reclamar el cumplimiento primero al deudor y luego al fiador) (vid. Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, tomo IV, Torino, 1980, pág. 1423).

³¹ Arts. 1.948 y 1.944 Cci.: que se corresponden con los casos de doble fianza y obligación legal de excusión preventiva.

³² La disciplina en el Código de 1865 era la inversa a la actual, pues se disponía que el fiador no estaba obligado a pagar sino tras el incumplimiento del deudor principal, otorgándose un beneficio legal de excusión.

Es también cierto que el Cci. de 1865 ponía el acento en el contenido de la obligación de fianza, evitando ningún referimiento expreso al contrato, de acuerdo con el art. 1.898 del citado Código.

³³ Cfr. *Enciclopedia del Diritto*, tomo XVIII, pág. 360. También *op. cit.*, pág. 275.

³⁴ Di Majo, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, pág. 308.

³⁵ La doctrina italiana afirma que este beneficio no contradice el régimen de la solidaridad puesto que no va a incidir sobre la exigibilidad de la prestación (cfr. Perlingieri, *op. cit.*, pág. 1423).

es del deudor principal antes de poder exigirle a él el pago³⁶. Este caso de fianza es el denominado fianza simple, frente a la fianza solidaria, que no debe considerarse de ninguna manera por ello ni obligación subsidiaria ni condicional.

La fianza puede ser de tres tipos, legal, voluntaria y judicial. El Cc. las reconoce así en su art. 1.823 Párrafo primero, dedicándole a la fianza legal y judicial un Capítulo dentro del Título referido a la fianza, el IV con normas específicas, y un artículo dentro de él, el 1.856, concretamente a la fianza judicial, estableciendo la exclusión de la excusión de bienes para el fiador (respecto del deudor principal) y el subfiador (respecto del deudor principal y del fiador) judiciales. En el Cci., en cambio, no aparece ninguna enumeración de las clases de fianza; así es la doctrina quien la elabora³⁷. Esta hace la misma clasificación que el Cc. sobre la base del derogado Cci. de 1.865 en voluntaria, legal y judicial. El actual Cci. reconoce expresamente las dos primeras: la voluntaria es el típico ejemplo de fianza contractual, que puede nacer también de un contrato a favor de tercero³⁸, de una promesa unilateral (reconocido por el art. 1.987 Cci. y Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 31 de mayo de 1946) y, por tanto, de un testamento; de la segunda se encuentran ejemplos en el ordenamiento italiano, a cargo de entes privados (aunque es cierto que también existen algunas a cargo de entes públicos): como el cedente de un crédito que está obligado a garantizar la existencia del crédito (art. 1.410 Párrafo 1.º Cci.), el vendedor que lo está a garantizar por la evicción (art. 1.483 y ss. Cci.), por los vicios (art. 1.490 y ss. Cci.) y el buen funcionamiento (art. 1512 Cci.) de la cosa vendida o el mediador que se convierte en fiador si no comunica a uno de los contratantes el nombre el otro (arts. 1.762 y 1.763 Cci.). Pero no está prevista el último caso de fianza, la judicial, en él, a diferencia del anterior Cci., que sí lo hacía en el art. 1.921, aunque realmente sí existe este tipo de fianza en el ordenamiento jurídico italiano, como se desprende por ejemplo de los arts. 119 y 86 del *Codice de procedura civile* (c.p.c. en adelante), equivalente a nuestra Ley de enjuiciamiento civil, por los cuales el juez puede imponer a una parte un aseguramiento que puede ser del tipo de fianza para casos como la ejecución provisional (arts. 282, 642, 648 y 674 c.p.c.) y también en normas de tipo penal, como la que prevé la concesión de la libertad provisional al reo tras la prestación de caución consistente en la obligación de pagar una suma de dinero con el concurso de uno o más fiadores solidarios (art. 282 *Codice di procedura penale*, equivalente a nuestra Ley de enjuiciamiento penal)³⁹. Podemos deducir de lo dicho que la fianza cumple un objetivo claramente económico⁴⁰. Es de retener que en el derecho español, a diferencia del italiano, donde no existen separa-

³⁶ El art. 1.831 Cc. contiene las excepciones que se pueden presentar a tal beneficio.

³⁷ Desde la más clásica literatura de aquél país se viene haciendo tal clasificación con mínimas diferencias, como son ejemplos Aru, Brugi, De Ruggiero, Bo, Pacifici-Mazzoni, Campogrande, Corisi, Candian, etcétera.

³⁸ De Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, tomo II, Nápoles, 1919, vol. III, pág. 418.

³⁹ Bozzi, en *Trattato di diritto privato* dirigido por Rescigno, Turín, 1985, tomo XIII, págs. 207-8.

⁴⁰ Messineo, *op. cit.*, tomo 2.º, vol. II, págs. 534-5.

dos Códigos civil y mercantil, pues es uno sólo, se diferencia la fianza civil de la mercantil; el Código de comercio en sus arts. 2.^o y 50.^o⁴¹ remiten expresamente al Cc. todo aquello no regulado en el Código de comercio. Se diferencian ambas esencialmente en por la exigencia de la forma escrita en la mercantil (art. 440 Código de comercio) y la ausencia de beneficio de excusión y división en su caso⁴².

El art. 1.943 Párrafo primero Cci., en relación con el 1.179 Cci.⁴³ es el que nos da la base para el comportamiento de quien tiene obligación de prestar fiador, en otras palabras, la idoneidad del fiador mientras que en España se expresa en similares términos el art. 1.828 Cc. Así quien está obligado a presentar fiador, cumple su obligación al hacerlo en quien cumpla los requisitos que enumera el artículo en examen, siendo el primero el que debe demostrar la idoneidad del segundo al acreedor o autoridad judicial o administrativa pertinente. En primer lugar exige la capacidad del fiador⁴⁴, el cual es de orden general exigido inderogablemente para todo negocio jurídico; en segundo lugar se trata de la situación patrimonial de fiador y de su residencia, principios éstos que son de carácter dispositivo para las partes, pudiendo prescindir de ellos si lo desean, pues su objetivo es conferir a la garantía mejor disponibilidad para satisfacer el interés que la obligación o la carga intenta apagar⁴⁵. Por ello el fiador debe ser solvente y ser propietario de bienes y derechos suficientes para garantizar la obligación y tener su domicilio en la jurisdicción de la «Corte de Apelación» (equivalente a nuestra Audiencia Territorial) en la que se va a prestar la fianza, con el objetivo de no hacer difícil la excusión⁴⁶. Nada se opone a que las personas jurídicas puedan afianzar siempre que cumplan los requisitos establecidos y actúe de acuerdo con las normas que la rigen⁴⁷.

El Párrafo segundo del 1.943 Cci. (correspondiente al art. 1.829 Cc.) contempla la hipótesis de que sobreviniera la inidoneidad del fiador tras la asunción de la garantía, regulando expresamente la insolvencia sobrevenida, refi-

⁴¹ Confirmado reiteradamente por la Jurisprudencia en S.T.S. tan antiguas como la de 16 de noviembre de 1900 a otras más recientes como la de 7 de abril de 1975, lo que sin duda deja a la fianza mercantil como una subespecie de la civil.

⁴² Guilarte, *op. cit.*, pág. 49.

⁴³ Este artículo dice que aquél que está obligado a prestar garantía sin que esté determinado el modo y la forma, puede hacerlo eligiendo una que sea idónea de tipo real, personal o de otro tipo que sea suficiente.

⁴⁴ Puede ser éste un menor emancipado de acuerdo con la S.T.S. de 27 de junio de 1941 y de 28 de septiembre de 1968, aunque una parte de nuestra doctrina no se muestra de acuerdo y lo niega, principalmente Castro, pero seguido por Díez-Picazo y Albadalejo, entre otros.

⁴⁵ Fragali, *op. cit.*, pág. 253.

⁴⁶ Aunque parece una regla bastante rigurosa a nuestro modo de ver, viene sin embargo a aliviar la situación que establecía el anterior Código de 1865 en su art. 1904, que obligaba a quien prestaba fianza a tener el domicilio real en la jurisdicción, mientras que el actual permite que sea un domicilio elegido y que no haya necesariamente de coincidir con el real (cfr. Campogrande, *op. cit.*, pág. 262).

⁴⁷ Guilarte, *op. cit.*, págs. 118-9.

riéndose a la insuficiencia de la garantía personal (pues en otro caso estaríamos ante un alzamiento de bienes), ordenando que sea sustituido por otro que pueda hacer frente a la parte de la obligación que el primero no puede afrontar, quiere esto decir que el primer fiador no es relevado (lo que sería injusto), sino que el segundo fiador se adiciona a la relación respondiendo por la parte de la deuda que el primero no puede patrimonialmente garantizar; siempre exceptuando que el fiador fuera nombrado por el acreedor, en cuyo caso lo antes expuesto no tendría relevancia alguna, pues el art. 1.829 Cc. así lo establece y la doctrina italiana lo ha afirmado⁴⁸. Si la inidoneidad sobreviene a causa de un cambio de domicilio, la doctrina estima que se debe equiparar a la insolvencia sobrevinida, debiendo el fiador ser sustituido⁴⁹. Si es la incapacidad lo que sobreviene, ésta no tiene ninguna relevancia sobre la garantía ya concedida, como en cualquier otro negocio, excepto, naturalmente, que lo fuera con efecto retroactivo, en los casos que la Ley la concede, englobando la fecha de la prestación de la garantía.

Finaliza el Párrafo primero del art. 1.823 Cc. diciendo que la fianza se puede constituir a título oneroso o gratuito. Es posible, pues, deducir que la fianza puede establecerse de forma unilateral, así como mediante contrato, que es realidad la forma más difundida de hacerlo, teniendo como sujetos del contrato al deudor y al afianzador (es en este caso posible que se pacte la fianza a título bien oneroso, bien gratuito). Cuando es unilateral, la relación ha de ser gratuita sobre la base de que las prestaciones han de ser correlativas, con la excepción de que en al acto del pago de la garantía haya sido subordinado el pago al afianzador. No es la onerosidad o gratuidad de la relación de fianza cualidad que sea capaz de constituir duplicidad de tipos contractuales (como sí lo es en el caso de la diferenciación entre arrendamiento y comodato, o entre compraventa o donación).

La onerosidad se presume en el derecho italiano a través del art. 2.901 párrafo tercero que indica que las prestaciones de garantía, incluso aquellas por deudas de un tercero, se consideran de tipo oneroso cuando son contextuales del crédito garantizado⁵⁰ y también porque cuando se trata de afirmar o establecer la presunción de la gratuidad de un contrato, los Códigos de ambos países lo hacen expresamente⁵¹, como en los arts. 1.767 y 1.803 Cci. y los arts. 1.740 y

⁴⁸ Fragali, *op. cit.*, pág. 261.

⁴⁹ Campogrande, *op. cit.*, pág. 263. En al misma línea se manifiestan Pacifici-Mazzoni y Fragali.

⁵⁰ Contraria presunción establece Galgano (*vid. Diritto civile e commerciale*, tomo II, Padova, 1990, vol. 2.º, pág. 418) para quien el contrato de fianza es naturalmente gratuito.

Hace también hincapié en la diferenciación entre gratuidad y liberalidad, siendo la segunda como cuando un familiar afianza a otro, resultando un interés no patrimonial; y la primera como cuando un socio garantiza una deuda de la propia sociedad, introduciéndose un interés patrimonial, que es gratuito, pero no una liberalidad (Sentencia del Tribunal de Casación Italiano de 14 de septiembre de 1976).

⁵¹ En contra se expresa Fragali en su comentario al Código Civil, dirigido por Scialoja y Branca, pág. 32, diciendo que tal ausencia de mención no es relevante a los efectos de considerar la natu-

1.760 párrafo segundo Cc.; y más concretamente en el ordenamiento español, si bien no hay precepto legal *ad hoc* para el caso de que no se haya determinado de modo específico, la jurisprudencia tiende a descartar el carácter gratuito de la fianza sobre la base de que el fiador es un potencial acreedor del deudor, ya que, cuando paga, dispone de los derechos de subrogación y reembolso contra éste (S.T.S. 11 de abril de 1978 y S.T.S. 14 de mayo de 1984)⁵².

Coinciden ambos ordenamientos en estas cuestiones y también en que la fianza es válida aún sin el conocimiento del deudor principal según el art. 1.962. 2 Cci. y el 1.923 Cc., que va aún más lejos, declarando que es incluso válida contra la voluntad del deudor o de otro fiador (Sentencias Tribunal Supremo —en adelante S.T.S.— de 14 de noviembre de 1981 y 23 de marzo de 1988). Con relación a este último punto, si bien parte de la doctrina italiana más cualificada en el tema, como Ravazzoni y Fragali coinciden con su adecuación al derecho italiano, puesto que el deudor no puede impedir al acreedor que establezca una garantía sobre su débito de la misma manera que no tiene poder para impedir que un tercero cumpla con el acreedor por él, otra parte de la doctrina, como Barbero⁵³, apoyándose en las sentencias de la Corte de Casación italiana de 4 de febrero de 1943 y 16 de diciembre de 1974, no la admite. Pero se debe retener que la fianza se establece a favor del acreedor sobre la base de la relación interna entre deudor y fiador, por la cual, el segundo se obliga frente al primero al pago⁵⁴, aunque esa relación interna entre ambos sea inoponible al acreedor⁵⁵. Así la relación entre el fiador y el deudor principal queda asemejada a la que

raleza onerosa o no de la fianza, pues la misma omisión se produce con algunos tipos de contratos bancarios (arts. 1.839 y ss. Cci.), y sólo indica que la cuestión no reviste la suficiente importancia como para dedicarle regulación específica o que lo que desea el legislador es el reenvío tácito a lo que las partes hayan podido acordar.

⁵² Guilarte, *Op. cit.*, págs. 61-6, no conforme con esta apreciación, establece tres criterios a seguir en caso duda a este respecto:

1) Observar el negocio sobre el que se proyecta y hace nacer la relación de fianza. La fianza será onerosa siempre que el acreedor, a fin de reforzar el crédito que le corresponde, realice o prometa realizar cualquier prestación o ventaja a favor del fiador o del deudor principal. Por el contrario tendrá carácter gratuito cuando si el acreedor no pacta atribución patrimonial alguna a favor del tercero ni del fiador y aún cuando él reciba, por avenirse a prestar la garantía, una ventaja o beneficio del deudor principal, pues en este caso no cabe estimar una relación de reciprocidad entre las prestaciones, garantía y retribución, pues no nacen del mismo negocio.

2) Otro criterio es atendiendo exclusivamente al carácter que corresponda al negocio u obligación principal que garantiza, siendo la fianza de uno u otro tipo si tal obligación o negocio lo es.

3) Finalmente se puede atender a los motivos que, manifestados en la relación entre fiador y deudor principal, determinen a éste a prestar la garantía, de suerte que con independencia de lo que ésta representa en todos los casos para el acreedor y para el deudor como atribución patrimonial, será onerosa si media ventaja de contenido económico para el fiador, ya se trate de una retribución o de un beneficio distinto, y gratuita si tal circunstancia no se da.

⁵³ *Sistema istituzionale de Diritto privato*, tomo II, Torino, 1955, pág. 657.

⁵⁴ Galgano, *op. cit.*, págs. 415-7 y pág. 422.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Casación Italiana de 3 de septiembre de 1982, en la nota primera.

existe en el mandato si hay conocimiento por parte del deudor de que existe un fiador, y a la gestión de negocio ajeno si no existe ese conocimiento o, si conocido, es contraria a la voluntad del deudor principal⁵⁶.

En cuanto a la voluntad de prestar fianza, ésta debe ser declarada expresamente según el art. 1.937 Cci. y de igual modo en el 1.827 Cc., y debe, por tanto, hacerse constatar sin ambigüedades y con precisión (como ya vimos es únicamente necesaria la del fiador, porque la del deudor principal puede omitirse). De la misma manera se debe hacer constar la voluntad negocial, los límites dentro de los cuales se presta la garantía y cualquier otro elemento necesario para precisar el contenido volitivo⁵⁷, admitiéndose declaraciones tácitas o indirectas⁵⁸. La forma de hacer la declaración es libre (tanto para su validez como para su prueba dentro de los límites generales para la prueba de las obligaciones) admitiéndose incluso por señas mímicas⁵⁹ (lo que no se tutela es la figura de la «fianza por apariencia»⁶⁰). Pero este principio de libertad no es absoluto, pues operan los límites generales que el Cci. establece en el art. 2.721 y también otros particulares, como cuando es testamentaria, que debe resultar de un acto de última voluntad formalmente válido o cuando el precontrato exige la forma escrita (o de otro tipo particular) para la redacción del contrato definitivo. Recíprocamente, el Cc. ordena en el art. 1.827 que la relación de fianza no puede presumirse y ha de ser admitida expresamente, no pudiendo extenderse más allá de lo contenido en la declaración aunque parte de la doctrina patria atenúa esta orden basándose en el régimen general de las presunciones de los arts. 1.249 y ss. del Cc. y aceptando la fianza⁶¹ si del contenido concreto de la declaración de voluntad puede observarse una clara manifestación de voluntad de prestar fianza, aunque no sea estrictamente expresa. El Párrafo segundo del citado artículo establece que la extensión de la fianza debe comprender en primer término el importe de la obligación garantizada y después también de los intereses convencionales si fueron pactados, de los moratorios y del montante de otros daños que deriven de culpa y hayan alterado el importe de la obligación fiada; gene-

⁵⁶ Fragali, *op. cit.*, pág. 90.

⁵⁷ Perlingieri, *op. cit.*, tomo IV, vol. 2.º, pág. 1416.

⁵⁸ Cfr. Fragali, *op. cit.*, pág. 354 apoyándose en la Sentencia de la Corte Suprema de Casación Italiana de 12 de mayo de 1932.

En el mismo sentido Messineo, *op. cit.*, pág. 137.

También en este sentido la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de fecha 26 de Junio de 1962.

⁵⁹ Aru, *Della fideiussione. En Comentario al Codice civile* a cargo de D'Amelio y Finzi, pág. 389. También en este sentido se manifiesta Messineo (*op. cit.*, pág. 468). Y la Sentencia de la Corte Suprema de Casación Italiana de 14 de julio de 1936 indicando que tales gestos han de, sin embargo, ser de los usados comúnmente en la vida práctica y dirigidos a manifestar inmediatamente una voluntad cierta por parte de la persona que los emite.

⁶⁰ Según la Sentencia del Tribunal de Casación Italiano de 8 de mayo de 1981 el principio de tutela de la apariencia encuentra su límite en la particular relación que es la fianza sobre la base de la necesidad de declaración expresa, aunque si bien sí es cierto que sin el requisito de la forma solemne, que debe resultar sin ambigüedades ni incertidumbre

⁶¹ Guilarte, *op. cit.*, pág. 104.

ralmente se admite que no deberá responder el fiador de las consecuencias de la evicción si el deudor hubiera incurrido en ella (S.T.S. de 3 de marzo de 1947 y de 10 de febrero de 1950); en determinadas circunstancias o mediando ciertos requisitos, como expresamente declara el artículo, responderá también de los gastos del juicio⁶².

No es la relación de fianza una relación rígida e inamovible pues hay posibilidades de modificaciones. En primer lugar hay posibilidad de cambiar los elementos subjetivos sin que varíe la obligación garantizada; es el caso de una transmisión de ella, tanto desde el punto de vista activo como pasivo, pues no es la fianza una obligación nacida naturalmente *intuitu personae*, tanto para el acreedor como para el fiador⁶³, lo que no excluye que así pueda pactarse si así lo desean los contrayentes. Son también posibles las modificaciones subjetivas en la obligación garantizada, esto es, referentes a la cesión del crédito, derivada del art. 1.263 Párrafo primero Cci.⁶⁴: al cederse el crédito garantizado, se transmite automáticamente la fianza que garantiza tal crédito cedido, por las razones expuestas de la imposibilidad de situar en esferas patrimoniales diferentes el crédito de garantía y el crédito garantizado, debido al carácter accesorio que tiene obligatoriamente el crédito de la relación de fianza⁶⁵. Son también posibles otros tipos de modificaciones subjetivas como la delegación activa (que una parte de la doctrina niega estimando que sería necesario un nuevo contrato de fianza mientras que otra parte de ella no lo hace apuntando que la garantía se otorga en consideración a la solvencia del deudor y no influye en ella el acreedor) y la subrogación por pago, que ya preveía el Cci. de 1865 en su art. 1.254 y que el vigente confirma a través de sus arts. 1.204 y 2.871 Párrafo segundo⁶⁶. Finalmente

⁶² Guilarte, *op. cit.*, pág. 108.

⁶³ Fragali, *op. cit.*, pág. 140, basándose en los arts. 1.263 Párrafo primero y, sobre todo, en el 1.204 Párrafo primero.

Aunque para este autor la cesión es sólo posible si la fianza se pactó onerosamente (y en ningún caso puede cederse separadamente el crédito contra el fiador del crédito contra el deudor garantizado por él) pues solamente, dice, son cedibles los contratos con prestaciones correlativas sobre la base del art. 1.406 Cci. y, en todo caso será necesaria la autorización del acreedor de la fianza por el art. 1.407 Cci. *Vid.* Fragali, *op. cit.*, pág. 178.

⁶⁴ Debe advertirse que tal precepto es de tipo dispositivo, pudiendo las partes pactar en contrario si así lo desean.

⁶⁵ El art. 18 de la Ley cambiaria y el art. 18 de la Ley del cheque, ambas de Italia, confirman tal transferencia automática. Vienen estas normas a decir que como efecto del giro, el transferencia de los derechos inherentes al título, refiriéndose no sólo al aval, sino también a la fianza asumida extracambiariamente con referencia al título, sea frente al girante, sea frente al emitente. La cual no debe necesariamente resultar del título, y se transfiere independientemente de él, mientras que no se transfiere con el giro del título la fianza otorgada por el crédito dependiente de la relación subyacente que ha dado lugar a la emisión del título pues esta relación es extraña a la relación cambiaria; tampoco se transmite la fianza prestada por la acción de egreso contra el poseedor anterior, que expresa una voluntad limitada y excluye que la garantía concierna al título en su objetividad. *Vid.* Fragali, *op. cit.*, pág. 142.

⁶⁶ Tal subrogación puede hacerse incluso a favor de otro fiador que haya pagado el acreedor en cumplimiento de una garantía prestada separadamente por un mismo crédito, sin un legamen que revele un interés común. *Vid.* Fragali, *op. cit.*, págs. 146-7.

pueden sufrir mutaciones en su elemento objetivo, como es la extinción parcial o la reducción por equidad de la prestación debida por el deudor al fiador cuando se haya opuesto y admitido la excesiva onerosidad de ésta.

Las modificaciones que sufra la obligación de fianza han de ser compatibles con los límites convencionales y legales de ésta. Normalmente estos límites son aquellos que tienen relevancia en la esfera económica del contrato: deben, por tanto, referirse a simples modalidades de cumplimiento que no hagan más gravosa la obligación de fianza (art. 1.941 Párrafos primero y segundo). Se produce tal agravamiento cuando, por ejemplo, el acreedor y el deudor principal modifican el contrato introduciendo una cláusula que exceda el importe por el que se prestó la fianza o cuando introducen una cláusula resolutoria expresa, pues se agrava en el sentido de que impide al juez poder apreciar la importancia del incumplimiento a los fines de la resolución del contrato⁶⁷. Podemos diferenciar la obligación de fianza limitada (definida o parcial), esto es, aquella cuyo objeto está limitado a una parte de la deuda, de la ilimitada (indefinida o plena), la cual comprende la totalidad de la deuda garantizada, teniéndose al fiador a cumplir por lo que el deudor debe (nunca es en cualquier caso realmente ilimitada, pues queda limitada por el ámbito de la obligación garantizada⁶⁸). Así la doctrina entiende que, en caso de oscuridad, la limitada se emplea únicamente para casos de fianza gratuita, y sólo la fianza constituida a título oneroso podrá ser bien limitada, bien ilimitada según que uno u otro criterio sea más adecuado con la realidad y ajustado a la equidad⁶⁹.

Puede estar la fianza limitada (teniendo en cuenta que toda limitación debe ser originaria, pues son una cualidad de la obligación y toda obligación se caracteriza por las características que tiene en el momento de su nacimiento, no por los que adquiere sucesivamente⁷⁰) a un determinado sujeto, constituyéndose entonces *intuitu personae* refiriéndose al deudor o al acreedor. Es posible limitar en cuanto a la cantidad y también en cuanto a la duración o término de la obligación de fianza. Otra figura consagrada en el art. 1.941, esta vez en su párrafo tercero, es la fianza excedente, definida como aquella que promete una prestación que supera el límite de la prestación debida en la obligación principal. Establece el citado artículo para los casos en que esto ocurra que fianza se reduce a la medida de la obligación garantizada (incluidos los posibles intereses⁷¹), lo que puede ir conectado con el párrafo anterior del mismo artículo, que pone un límite a la autonomía de las partes al prescribir que la obligación de fianza puede ser asumida en condiciones menos onerosas (*in leviores causas*) y no en condiciones más onerosas (*in duriores causas*). De modo similar el art. 1.826 Cc.,

⁶⁷ Fragali, *op. cit.*, pág. 230.

⁶⁸ Campogrande, *op. cit.*, págs. 201-3.

⁶⁹ Messineo, *op. cit.*, 589. También es de interés la crítica que hace Betti en su *Negocio Jurídico*, pág. 356 de este principio, aunque sin negar que su aplicación sea intrínsecamente correcta.

⁷⁰ Fragali, *op. cit.*, pág. 233.

⁷¹ Campogrande, *op. cit.*, pág. 342.

fijando el contenido de la fianza, sanciona que el fiador puede obligarse a más pero no a menos que el deudor principal, durante toda la vida de la garantía, de suerte que las modificaciones proyectadas sobre la obligación garantizada no podrán agravar la situación del fiador⁷². Lo que sí retiene la doctrina que puede hacer el fiador es obligarse con mayor intensidad que el deudor, por ejemplo mediante garantía real o cláusula penal, siempre que se respete la extensión de la deuda. Si se obligare a más, contraviniendo la norma, establece el Párrafo segundo del citado artículo que se deberá reducir tal obligación hasta los límites de la del deudor.

La fianza puede prestarse sobre obligaciones futuras, según el art. 1.938 Cci., no surgidas en el momento de celebración del contrato, aunque retiene la doctrina que el negocio se encuentra en formación mientras falte la concreción de la obligación garantizada (el elemento útil a la producción del efecto), manteniendo su validez hasta que ocurra pero no nace hasta la que lo hace en elemento ausente, y en ese momento lo hace automáticamente. La voluntad dirigida a la utilización del efecto es definitivamente expresa y el vínculo de la relación de fianza existe, pero es necesario el nacimiento efectivo de la obligación garantizada para que se produzcan las consecuencias que el ordenamiento jurídico reconoce. En el entretanto nacen efectos preliminares a cargo del fiador, esencialmente la prohibición de revocar la declaración efectuada y la de operar en ningún modo tendente a impedir que la obligación futura garantizada pueda llegar a nacer. En idénticos términos se expresa el Cc. en su art. 1.825, si bien precisando que no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda no sea líquida, o sea, precisando el contenido inicialmente indeterminado, pero siempre determinable, pues es requisito de validez de la fianza.

Es un caso de fianza sobre obligaciones futuras la *fideiussio indemnitalis*, mediante la cual se garantiza el cumplimiento de obligaciones de resarcimiento de daño que pueda nacer del incumplimiento o inexacta ejecución por parte del deudor principal de obligaciones de hacer o no hacer. Aunque no hay en el Cci. un precepto que la autorice expresamente, la doctrina italiana la admite sin reservas, así como la jurisprudencia en Sentencias de la Corte suprema de Casación de 27 de julio de 1967, 8 de enero de 1974 y 5 de octubre de 1978 entre otras. Es también otro caso de fianza por obligaciones futuras la denominada fianza *omnibus*, ampliamente utilizada en Italia en la praxis bancaria y, consistente en la garantía por el fiador del cumplimiento por parte del deudor, normalmente un empresario, de todas las obligaciones que éste asuma frente a otro sujeto, normalmente un banco, dependientes de una determinada serie de relaciones que se darán entre el deudor principal y el acreedor⁷³.

⁷² Guilarte, *op. cit.*, pág. 92.

⁷³ Aunque el art. 1.956 Cci. pueda poner dudas a la admisibilidad de esta figura al decir que el fiador queda liberado si el acreedor, sin su conocimiento, concede crédito al tercero a sabiendas de que la situación patrimonial de éste se habían deteriorado hasta el punto de poder poner en peli-

El art. 1.938 Cci. también admite que se pueda prestar fianza sobre obligaciones condicionales (así como en Derecho español, según opinión unánime de la doctrina a través del art. 1.825 Cc., aunque en el Cc. no haya ningún precepto que lo autorice expresamente). Muchas de las afirmaciones hechas para con las obligaciones futuras pueden repetirse para con las condicionales: estado de pendencia de la obligación de fianza, irrevocabilidad del vínculo, etc. Pero hay una diferencia esencial, pues en las obligaciones condicionales el estado de pendencia se resuelve, cuando efectivamente lo hace, con efecto retroactivo al advenirse la condición de que dependía la condición principal y convertirse ésta en positiva. De no producirse el completamiento de la segunda obligación, la de fianza, al completarse la primera, la condición, se produciría una situación contradictoria al producirse el efecto sobre la obligación garantizada⁷⁴.

Sobre la base del art. 1.939 Cci. (que repite lo que decía al 1.899 del Cci. de 1895) se afirma por la doctrina⁷⁵ que la fianza tiene carácter accesorio, en consideración al hecho de que no puede nacer ni subsistir sin el fundamento de una obligación principal válida con otro⁷⁶ (art. 1.939 Cci.), conectándose mediante tal vínculo de accesorialidad una obligación que garantiza, la de fianza, con otra garantizada, la principal, que da origen a la de garantía, creándose una estructura unitaria, pero que no perjudica su composición de tipo plural; pero la obligación de fianza tiene su propia individualidad respecto a la obligación garantizada, no solamente porque el deudor garantizado permanece extraño a la relación que la hace nacer, sino también porque aunque este último no tenga noticias de la existencia de la relación de fianza, ésta tiene validez y eficacia de cualquier modo, como ya vimos anteriormente. Así la fianza nace sobre la base de un objetivo perteneciente a otro negocio, pues nunca es fin en sí misma, y no alteran la cualidad de accesoriedad ni la solidaridad natural de la fianza ni la posibilidad de limitar la garantía a una parte de la obligación asumida por el deudor principal y garantizada por el fiador. Incluso puede la prestación debida sobre la base de la relación de fianza no coincidir con aquella que lo es por ende de la relación principal, según el art. 1.941 Párrafo segundo Cci., o subordinarse a otra garantía prestada por un tercero por la misma obligación (art. 1.940 Párrafo segundo Cci.)⁷⁷. En el Cc., el art. 1.824 Párrafo primero establece que «la fianza no puede existir sin una obligación válida», el 1.826 al decir que «el fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal»

gro el resarcimiento del crédito, la Sentencia de la Corte Suprema de Casación Italiana de 31 de agosto de 1984 no impone el límite de que no exista una relación anterior.

⁷⁴ Fragali, *op. cit.*, pág. 195.

⁷⁵ Así lo afirma la doctrina clásica: Campogrande, Stolfi, De Ruggiero, Messineo, Aru, Pacifici-Mazzoni, etcétera.

⁷⁶ Fragali, *op. cit.*, págs. 62 y ss.

Este autor califica el carácter accesorio de la fianza como de tipo natural (que es posible derogar) y no esencial a ella, porque estima que hay situaciones en las que la fianza en cierto modo sobrevive a la obligación principal: *Vid.*, *op. cit.*, pág. 63 PF. 1.º.

⁷⁷ Brugi, *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, Milano, 1907, pág. 557.

o el 1.828 al dictar la sumisión del fiador a «la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación (la fiada) deba cumplirse» entre otros afirman la accesorialidad en el ordenamiento español como nota característica de la obligación del fiador. El Párrafo segundo del art. 1.824 Cc. establece como excepción a lo dicho que «puede recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la del menor de edad». Así Díez-Picazo estima que la fianza de la obligación anulable es válida si no se impugna por el legitimado a ello⁷⁸, exceptuando el propio precepto en el Párrafo tercero la aplicabilidad del Párrafo segundo «al préstamo hecho al hijo de familia», tradicional en nuestro Derecho histórico y en Derecho romano; así si la obligación principal es un préstamo hecho al hijo (obviamente debe entenderse al menor, incluso al emancipado) no entrará en juego lo dispuesto en el apartado segundo del precepto, pudiendo el fiador, por tanto, invocar la excepción personal del principal y obligado y que se declare su invalidez; y si ésta se decreta por iniciativa de los representantes del menor o cuando éste llegue a la mayoría de edad, el garante quedará liberado de la fianza asumida⁷⁹.

Tratando idéntico asunto establece el art. 1.939 Cci. que la validez⁸⁰ de la obligación de la relación de fianza está subordinada a la validez de aquella garantizada, como consecuencia de la interrelación entre ambas según la cual la segunda es presupuesto de validez respecto a la primera *ex* art. 1.936 Cci. Pero al art. 1.939 reserva una excepción a esta regla general: será válida la fianza cuando se preste sobre la obligación asumida por un incapaz, que es una hipótesis de invalidez por anulabilidad de la obligación garantizada protegida por el art. 1.425 Cci.: esta es la única excepción al principio general que tiene base en una orden legal. Se impide así que el fiador pueda oponer la excepción de invalidez de la obligación principal a causa de la incapacidad del deudor garantizado. La razón por la que esta excepción ha sido asumida por la ley no está clara entre la doctrina. La posición más extendida entiende que aquél que garantiza una deuda sabiéndola afecta a un vicio irrevocable, asume los riesgos de las consecuencias de la anulación⁸¹. Pero esta explicación no convence a otro sector de la doctrina porque presupone que el fiador conoce la situación de incapacidad del deudor principal, mientras que, a veces, tal convicción no existe, y puesto que hay un deber de diligencia a cargo del fiador (y también, no debe olvidarse del acreedor) de conocer la situación del deudor, sólo debería ser válida la fianza en el

⁷⁸ *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 587.

⁷⁹ Guilarte, *op. cit.*, págs. 77-8.

⁸⁰ Válida es la obligación garantizada cuando el negocio que la ha constituido contiene todos los requisitos prescritos por la ley o deseados por las partes cuando ninguno de los elementos del negocio está afectado de vicio y es lícito (según apunta Messineo en su *op. cit.*, pág. 590).

En ella deben entenderse incluidos tanto los casos de nulidad como los de anulabilidad (Messineo, *op. cit.*, pág. 593).

⁸¹ Campogrande, *op. cit.*, pág. 287 y ss. En el mismo sentido se expresa Bo en su comentario a la fianza en *el Nuovo Digesto Italiano*.

caso que examinamos cuando el que la presta fuese conecedor de la incapacidad del deudor⁸². La doctrina también retiene y confirma que cláusulas del contrato de fianza puedan prever que la obligación de fianza sobreviva a la declaración de nulidad o anulabilidad de la obligación garantizada; tales cláusulas no tienen el poder de convertir el negocio nulo ni sanar los vicios del negocio anulable pero si las partes han querido indiscutiblemente que se derive una garantía y, conscientemente prescindido de la nulidad o anulabilidad de la obligación garantizada, de modo que el fiador se ha comprometido a cumplir con la obligación a pesar de las anomalías que le afectan renunciando a las acciones de invalidez e ineficacia de la obligación, sería válido el pacto⁸³.

El art. 1.940 Cci. introduce la tesis del denominado «fiador del fiador» (en italiano *fideiussione del fideiussore* o también *approbazione*) o más precisamente, cofianza. El Cc. también lo prevé específicamente en su art. 1.837 Párrafo primero. Diferente es la denominada subfianza, cuya admisibilidad está fuera de duda según el art. 1.823 Cc. y consistente en la existencia de un fiador que garantiza el cumplimiento de la obligación por el fiador principal, concediéndosele incluso el beneficio de excusión (recordemos que, en Derecho italiano lo que opera automáticamente es la solidaridad, no tal beneficio. Pero en este caso se exige que quien ha recibido una segunda garantía por el propio crédito está obligado a la previa excusión del deudor y del propio fiador si quiere obligar al segundo deudor al cumplimiento de la obligación de garantía⁸⁴ allí donde el beneficio de excusión es convencional en la fianza ordinaria). Esta fianza de segundo grado se constituye, pues, para asegurar la solvencia del primer fiador y no la del deudor principal, pero la relación queda instaurada entre el subfiador y el deudor principal, originándose una situación compleja integrada por la obligación principal y las dos relaciones accesorias de garantía, de distinto grado: de éstas la primera funciona como condición de existencia de la segunda, y en cierta medida determina también su contenido y alcance, que no debe ser superior a la primera por Ley, pues por el exceso será fianza de primer grado y no subfianza⁸⁵.

Este caso que mencionábamos anteriormente, la cofianza, se da cuando el fiador presta su garantía a favor, no a favor del primer fiador, para garantizarle el cumplimiento en vía de regreso, sino a favor del acreedor, para asegurarle la realización de su prestación cuando resultase insuficiente la primera garantía;

⁸² Fragali, *op. cit.*, págs. 208 y ss.

⁸³ Fragali se muestra contrario a la validez de este pacto puesto que equivale a decir que la cláusula comporta una modificación convencional del régimen legal de la obligación de fianza cuya validez se encuentra limitada por el carácter ilícito de la obligación principal, la indeterminación o indeterminabilidad de su objeto y en cualquier otra circunstancia que afecte a tal obligación y pueda repercutir en la de fianza determinando situaciones que la voluntad de las partes no se encuentra en grado de superar (*op. cit.*, pág. 218).

⁸⁴ Fragali, *op. cit.*, pág. 227.

⁸⁵ Guilarte, *op. cit.*, pág. 67.

⁸⁶ *Op. cit.*, pág. 135.

Messineo la califica de fianza de segundo grado⁸⁶: en efecto, porque la primera fianza es obligación principal respecto de la segunda. Se plantea la duda de si es posible una fianza de tercer grado, esto es, una fianza sobre el segundo fiador: una parte de la doctrina afirma que no es posible ya que el art. 1.940 sólo admite las figuras del fiador de la deuda principal y de su fiador, pero otros opinan que el silencio de tal artículo no debe entenderse como una prohibición (además de ser una hipótesis de difícil realización en la práctica)⁸⁷.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Albacar - Santos Briz, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1991.
- Aru, *Della fideiussione* en comentario al *Codice civile* dirigido por D'amelio y Finzi.
- Barbero, *Sistema istituzionale di Diritto privato*, Torino, 1955.
- Betti, *El negocio jurídico*, Trad. Esp., Madrid, 1959.
- Bozzi, en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por P. Rescigno, Torino, 1985.
- Brugi, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Milano, 1907.
- Campogrande, *Trattato della fideiussione nel Diritto odierno*, Torino, 1902.
- Casanovas Mussons, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.
- Castán, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1969.
- DeRuggiero, *Istituzioni di Diritto civile*, Napoli, 1919.
- Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970.
- DiMajo, en *Enciclopedia del diritto*, Tomo XXIX.
- Fragali, *La fideiussione, diritto civile* en *Enciclopedia del diritto*, Tomo XVIII.
- Fragali, *La fideiussione* en *Comentario al Codice civile*, a cargo de Scialoja y Branca.
- Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990.
- Guilarte Zapatero, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. Albadalejo, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXIII, Madrid, 1980.
- Guilarte Zapatero, *Fianza general, fianza solidaria y contratos de comfort*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, Tomo XVI, 1995.
- Martínez-Calcerrada Gómez, *El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *La Ley*, Julio de 1992.
- Messineo, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano, 1953.
- Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Torino, 1980.
- Ravazzoni, *La fideiussione, Diritto civile* en *Novissimo Digesto Italiano*.
- Rotondi, *Istituzioni di Diritto privato*, Pavia, 1953.
- Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1889.
- Von Thur, *Derecho civil*, Trad. Esp., Buenos Aires, 1946.

⁸⁷ Fragali, *op. cit.*, pág. 228.