

DE LA *FIDEIUSSIO* ROMANO-JUSTINIANEA A LA FIANZA¹

M.^a DOLORES FLORÍA HIDALGO*

SUMARIO: 1. DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO AL DERECHO JUSTINIANO.— 2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO.— 3. REGULACIÓN LEGAL: CONCEPTO Y CARACTERES.— 4. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES.— 5. FIANZA DE OBLIGACIÓN FUTURA.— 6. ACCIÓN DE COBERTURA Y DE REEMBOLSO.— 7. EXTINCIÓN DE LA FIANZA.

1. DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO AL DERECHO JUSTINIANO

Las formas originarias de garantía personal en el derecho clásico son la *sponsio* y la *fidepromissio*. La primera es la antigua forma de obligarse civilmente que se aplica sólo a los ciudadanos romanos. Según el testimonio de Gayo, 3. 115-117, el *sponsor* viene interrogado con la pregunta: «¿Prometes dar lo mismo?». La *fidepromissio* como promesa basada en la *fides* puede ser usada también por peregrinos y extranjeros, y la pregunta sería: «¿Prometes, por tu fe, lo mismo?». Por esta nueva promesa se crea una situación de solidaridad

¹ Comunicación presentada en el Congreso ARISTEC, celebrado en Salzburgo, en septiembre de 2001.

* Profesora Titular de la UNED.

pasiva y el acreedor estipulante puede elegir entre accionar contra el deudor principal o contra el garante² al existir dos obligaciones independientes con el mismo contenido. El cumplimiento, o la *litis contestatio* celebrada por uno de ellos, extinguía la obligación. Cada deudor o garante está obligado a pagar la deuda completa y cuando lo hace extingue la obligación también para los otros garantes. Justiniano, en CI. 8. 40. 28, establece que la *litis contestatio* no extingue las obligaciones solidarias y la extinción se hace depender de la voluntad de las partes o de la ley.

La forma de garantía personal más utilizada y de más larga vida, ya que permanece hasta los modernos Códigos Civiles, es la *fideiussio*. Consiste en un acto oral en el que el garante promete cumplir la misma prestación principal: «¿empeñas fielmente tu palabra por la misma cosa debida por el deudor principal?». Al no tratarse de una estipulación no se producen los efectos novatorios de la obligación principal y ésta continua existiendo. Las diferencias con las otras dos formas clásicas, *sponsio-fidepromissio*, consisten según Gayo, 3, 118-120 en lo siguiente:

- Mientras que las primeras sólo pueden garantizar obligaciones verbales, en la *fideiussio* se garantiza toda clase de obligaciones civiles o naturales, cualquiera que sea el contrato originario verbal, literal, real o consensual.
- El heredero del *fideiussor* sigue obligado en la garantía asumida por el causante.
- No prescribe.
- Como la *fideiussio* es un negocio de derecho de gentes puede ser realizada por los peregrinos al igual que la *fidepromissio*.
- El garante debe responder de todo cuanto puede pedirse al deudor principal. La *litis contestatio* realizada entre el garante y el deudor principal extingue la obligación. Para evitar este inconveniente, se limita la garantía a lo que el acreedor no haya obtenido del deudor (*fideiussio indemnitis*).

² GAYO, 3. 121, 121.^a; 8 ed. Prov. D. 46. 1, 26; PAULO, 25 ed. D. 46. 1, 28. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, ed. 2001, pág. 482; A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 7.^a ed., 1989, págs. 522 y ss.

- Al no disponer el garante de la acción de regreso contra el deudor principal, la jurisprudencia admite que pueda ejercitar la *actio mandati* si ha recibido encargo del deudor para que pague, o en otro caso, la *actio negotiorum gestorum*.
- Una constitución de Adriano extendió a la *fideiussio* el beneficio de división, por el que el garante puede oponer al acreedor una *exceptio* para dividir la deuda entre todos los fideiussores solventes.

En derecho justiniano, permanece vigente sólo la *fideiussio*, con la que los compiladores sustituyen las referencias a las otras dos formas.

Se conceden al *fideiussor* los siguientes beneficios:

- *Beneficium excusionis*: el acreedor debe demandar primero al deudor principal y el garante puede oponer esta excepción negándose al pago si el deudor es solvente y puede responder con sus bienes.
- *Beneficium divisionis*: el acreedor debe accionar pro parte, es decir, dividir la deuda entre los garantes que sean solventes en el tiempo de la sentencia.
- *Beneficium cedendarum actionum*: el garante que ha pagado la deuda puede reclamar del acreedor que le ceda la acción contra el deudor principal, como acción de regreso.

En virtud de estos beneficios, la *fideiussio* se considera como una obligación accesoria y subordinada a la obligación principal.

2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

El Derecho romano justiniano se recibe en España en el siglo XIII por las Leyes de *Las Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio. Se sitúa entre la Glosa, algunas de cuyas enseñanzas sigue, así como de los canonistas (*de los dichos de los sabios y de los santos...*), y los Doctores comentaristas y autores del Derecho Común. La regulación de las *fiaduras* en las Partidas constituye una de las más completas exposiciones sobre garantías personales de la Edad Media.

Con anterioridad a Las Partidas, el Fuero Viejo, IV, 1, Ley 9.^a, trata de los «fiadores de saneamiento» que debían intervenir en las ventas de las heredades de los fijosdalgos. El Título VI del Libro III contiene siete leyes sobre las fiaduras. En los Fueros municipales también aparecen disposiciones sobre las fianzas de las mujeres casadas. El Fuero Real de Castilla, frente al Derecho de Las Partidas, presume la solidaridad, no obstante, menciona el pacto de excusión.

En el completo tratado sobre las fiaduras, en Las Partidas, se tratan la mayoría de las cuestiones reguladas en el Código civil:

Partida V, Título XII:

Ley 1: Que quiere dezir fiadura, e a que tiene pro, e quien puede ser fiador, e quien non.

Ley 2: Quales no puedan ser fiadores.

Ley 3: Por quales razones pueden las mujeres ser fiadoras por otri..

Ley 4: De los omes que fian a los moços que son de menor edad.

Ley 5: Sobre que cosas e pleytos pueden ser dados fiadores.

Ley 6: En que manera deue ser fecha la fiadura.

Ley 7: Como el fiador non se deue obligar a mas de lo que deue el principal.

Ley 8: Que fuerça ha la fiadura que muchos omes fazen en uno.

Ley 9: Como la debda deue ser demandada primeramente al principal debdor que al que fió.

Ley 10: Como quando dos omes se fazen fiadores principales por una debda, la deuen pagar.

Ley 11: Como aquel que rescibe la paga de algunos de los fiadores, le deue otorgar poder para demandar a los otros.

Ley 12: Como el debdor principal es tenuto de dar al fiador lo que pago por el.

Ley 13: Como el que mandasse a uno que entrasse fiador por otro tercero, le due pechar el daño que le viniere por aquella fiadura.

Ley 14: Porque razones se desata la fiadura, e puede el fiador salir della.

Ley 15: Como los fiadores deuen poner defensiones en juyzio si las ouieren ellos, o aquellos que los metieron en la fiadura contra los que les fazen la demanda.

Ley 16: Como la fiadura no se desata por muerte del fiador.

Ley 17: Quantos plazos deue auer aquel que fio a algund ome de fazerle estar a derecho para aduzirlo.

Ley 18: Como el fiador puede defender en juyzio a aquel que fio para aduzirlo a derecho.

Ley 19: Como se desata la fiadura muriendo aquel a quien auian fiado para aduzirlo a derecho, e que pena meresce el fiador si es biuo e no los trae a los plazos que lo deuiera traer.

La comparación de estas leyes de Partidas con el actual articulado del Código Civil demuestra hasta que punto tienen relevancia las cuestiones tratadas. En la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1804 (X,11) encontramos los siguientes epígrafes:

Ley 2: La mujer no sea obligada ni presa por fianzas ni deudas del marido.

Ley 3: La mujer no se pueda obligar por fiadora del marido, ni de mancomun, sino en los casos que se expresan.

Ley 6: Los dueños de tierras sean preferidos por sus rentas, y los labradores no puedan renunciar su fuero, ni obligarse por ellos.

Ley 7: No hagan fianzas ni sumisiones los labradores para el pago de sus deudas; ni puedan renunciar esta ley ni la anterior.

Ley 8: Valgan las fianzas hechas por los labradores para segurar los intereses de la Real Hacienda³.

3. REGULACIÓN LEGAL: CONCEPTO Y CARACTERES

La fianza aparece regulada en el Código Civil, Código de Comercio, nueva Ley de Enjuiciamiento civil y en numerosas leyes especiales (Ley cambiaria, Ley del seguro, Ley de Arrendamientos

³ Vid. GUTIÉRREZ, B., *Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. V, 1. 4, cap. II.

Urbanos, etc.). También es objeto de regulación en las legislaciones forales⁴.

De la fianza civil tratan 34 artículos: del 1.822 al 1.856, que siguen la tradición romanística de Las Partidas al considerarla un contrato accesorio y subordinado a la obligación principal.

De la fianza mercantil trata el Código de Comercio de 1929, en los artículos 439 a 442. Sólo los Códigos de Comercio español, argentino y chileno dedican artículos al contrato de afianzamiento mercantil. El artículo 439 dispone que «será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aunque el fiador no sea comerciante». Se sigue por tanto el criterio objetivo del acto o contrato garantizado y se destaca el carácter accesorio de la fianza respecto a la obligación principal. Se exige la forma escrita y se establece la presunción de la gratuidad del afianzamiento. En la doctrina se destacan los caracteres de este contrato que se considera accesorio, consensual y unilateral. El contrato permanece en vigor mientras exista la obligación a garantizar. Contra la doctrina tradicional que defendía el criterio de la solidaridad entre deudor y garante, el Tribunal Supremo afirma su carácter subsidiario y aplica el beneficio de excusión⁵ como en la fianza civil que es la más citada incluso cuando se trata de contratos bancarios.

El artículo 1.822 dispone: «Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste». El párrafo segundo se ocupa de la obligación solidaria del fiador con el deudor principal, remitiéndolo a los preceptos sobre esta clase de obligaciones solidarias.

⁴ En el derecho foral de Cataluña y Navarra las especialidades se referían en su mayor parte a la prohibición a la mujer de interceder por otro del Senadoconsulto Veleyano, abolidas hoy por la igualdad entre los sexos proclamada por la Constitución de 1978. Siguen vigentes algunas regulaciones especiales, como en Navarra, la exigencia del conocimiento de la fianza por el deudor y la exigencia a la mujer de afianzar con bienes propios. *Vid.* OLIVER SOLÁ, *Las garantías personales en el Fuero Nuevo de Navarra* (en prensa).

⁵ *Vid.* ÁLVAREZ DEL MANZANO, BONILLA Y MIÑANA, *Tratado de Derecho Mercantil Español comparado con el extranjero*, 1.^a ed. Madrid 1916, págs. 462 y ss., y los manuales de Derecho Mercantil citados después.

Sigue el Código el criterio tradicional romanista del carácter subsidiario de la fianza acogido en las Partidas (V. 12. 1): «Fiador tanto quiere dezir como ome que da su fe, e promete a otro de dar, o de fazer alguna cosa, o por mandado, o por ruego de aquel que le mete en la fiadura». P. VII. 33. 10: «fiador es aquel que se obliga a pagar cosa o debda por otro, fiandose en el, aquel que lo recibe».

En la doctrina del Tribunal Supremo, la sentencia de 23 de marzo de 1988 define la fianza como «contrato consensual que se perfecciona con el concurso de la oferta y la aceptación, y con anterioridad a ésta por el acreedor, haya intervenido o no el deudor». «...cuando se habla de unilateralidad se hace referencia no a su nacimiento (es consensual) sino a que de él nacen obligaciones para una sola de las partes, pero siempre y cuando se haya perfeccionado... para lo que se requiere la conjunción de voluntades...». La sentencia de 4 de mayo de 1993 afirma que la fianza es un contrato subordinado que existe en tanto en cuanto hay una obligación principal que otro debe cumplir y que el fiador se obliga a pagar en caso de no hacerlo aquél.

El artículo 1.830 afirma que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor, estableciéndose en el artículo 1.831 los casos en que la excusión no tiene lugar, que se concretan en el pacto de solidaridad, concurso, quiebra o ausencia del deudor. El Tribunal Supremo afirma la incompatibilidad entre subsidiariedad y solidaridad (sentencias de 7 de febrero de 1963 y de 28 de septiembre de 1977) al considerar que la subsidiariedad y el beneficio de excusión son una misma cosa. Una parte de la doctrina civilista afirma que mientras la subsidiariedad acompaña inseparablemente a la fianza, el beneficio de excusión puede ejercitarse o no⁶.

El carácter accesorio y subordinado de la fianza, mantenido en la doctrina y en la jurisprudencia, no se sigue en otros modernos Códigos civiles que, más acorde con la práctica comercial y bancaria, declaran preferente la solidaridad de deudor y garante, salvo pac-

⁶ CASANOVAS MUSSON, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona 1984, pág. 16, afirma que subsidiariedad y solidaridad no son regímenes incompatibles desde el momento que la solidaridad juega respecto del acreedor y la subsidiariedad se predica frente al deudor afianzado.

to en contrario. Este criterio se sigue por el Código civil italiano de 1942, considerado la más perfecta regulación del derecho de obligaciones, hasta el punto de haberse propuesto como modelo para el futuro Código europeo. El artículo 1.944 establece: «el fideiussore è obbligato in solido con debitore principale al pagamento del debito. Le parti però possono convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale...».

El artículo 1.824 del Código civil español establece que la fianza no puede existir sin una obligación válida y el 1.827 dispone que la fianza no se presume; debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella. El art. 1.826 precisa que 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.

El precedente de estas disposiciones lo encontramos en Las Partidas:

P. V. 12. 7: Por mas de quanto es el debdor principal obligado, non se puede obligar el fiador, e si lo fiziere non vale la fiadura....

9: Como la debda deue fer demandada primeramente al principal debdor que al que la fizo. En el lugar feyendo aquel que fuesse principal debdor, primeramente a el deuen demandar que pague, lo que deue e non a los que entraron fiadores por el...

La accesoriedad y subsidiariedad tradicional de la *fideiussio* se acoge fielmente en el Código civil japonés⁷. En la sección cuarta, De la fianza, Libro III: de las obligaciones, los artículos 446 a 465 tratan de esta forma de garantía personal donde se recogen los principios de la tradición romanística. El artículo 446 establece que el fiador está obligado a cumplir por el deudor principal, cuanto éste no lo haga. El artículo 452 trata del principio de subsidiariedad; el 453 del beneficio de excusión; el 456 del beneficio de división y el 459 del beneficio de regreso. Un precepto que se aparta de la redacción de otros Códigos es el artículo 462 referido a la fianza sin mandato:

⁷ El Código civil japonés fue redactado en 1898, y modificado en varias reformas entre las que destacan: la americanización de 1947 y la más importante y reciente de 1999. Vid. DOMINGO, *Estudio Preliminar al Código civil japonés*, edición de R. Domingo y Nobuo Hayashi, Madrid-Barcelona 2000, págs. 19 y ss.

«1. Si el fiador hubiere prestado fianza sin mandato del deudor principal y hubiere cumplido la obligación mediante pago u otro modo de extinción, el deudor principal deberá reembolsarle, al tiempo de cumplimiento en la medida de su enriquecimiento. 2. El que salga fiador en contra de la voluntad del deudor tendrá derecho al reembolso en la medida del enriquecimiento actual del deudor. Sin embargo, si el deudor alega haber podido oponer una compensación frente al acreedor con anterioridad a la reclamación del reembolso, el fiador podrá exigir del acreedor el cumplimiento de la obligación en la medida en que ésta hubiera podido ser compensada».

El artículo 1.838 del Código civil español, en su párrafo segundo, establece que la «la disposición de este artículo (sobre el reembolso al fiador) tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor». Y el artículo 1.840 dispone que «si el deudor paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá este hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido poner al acreedor al tiempo de hacerse el pago». También, el Código italiano en su artículo 1.950 establece la acción de regreso contra el deudor principal, aunque éste ignorase la fideiussione realizada.

La tradición romanística sobre la necesidad del conocimiento y aprobación del deudor, que acoge el Fuero Nuevo de Navarra y el precepto citado del Código japonés y sus consecuencias, está expresada en las Partidas. La Ley XIII, T. 12, P. 5 disponía:

«Por otro que non estuuiesse delante, entrando algun ome fiador non lo faziendo por su mandado, mas por mandamiento de otro tercero, dezimos que si tal fiador como este pagasse alguna cosa, por a aquel a quien entrasse fiador, que no puede demandar lo que pagó, a aquel a quien fió: mas aquel por cuyo mandado entro fiador. Pero si quando desta manera fiziesse la fiadura, estuuesse delante aquel, a quien fiaua, e no lo contradixesse o entrasse fiador en nome del: maguer non estuuiesse delate, si se torna en pro de aquel, por quien hizo la fiadura, entoce, en su escogencia es, de aquel que entro fiador, de demandar lo que pago, a aquel a quien fio, o al otro tercero, por cuyo mandado hizo la fiadura. E ellos son tenudos de lo pagar.»

A la doctrina del enriquecimiento injusto se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1946: «...Es indiscutible que, interpretada la norma a la luz del enriquecimiento sin causa, debe aplicarse a todas las ocasiones en que pague el fiador en virtud de la obligación de afianzar, y más aún cuando el cobro lo reclama del mismo afianzado al amparo de acciones especiales...».

En la interpretación del Código español, la doctrina del Tribunal Supremo exige en la fianza una manifestación de voluntad expresa por parte del fiador, sin que ello quiera decir que debe constar por escrito, puesto que la ley no impone para su validez forma determinada ni solemnidad alguna (sentencias de 18 de noviembre de 1963 y de 31 de enero de 1977). La fianza, aunque no requiere forma especial, ha de ser contrastada de forma expresa, sin que pueda admitirse ni la presunta ni la tácita, debiendo interpretarse restrictivamente, excluyendo toda posibilidad de extenderla a obligaciones distintas de las comprendidas en ella (sentencia de 5 de febrero de 1992). Aunque la fianza debe ser expresa y no se presume, tampoco cabe desconocer que a través de una ponderada interpretación del documento de fianza puede entenderse que el mismo se refiere no al aspecto formal de dos años del contrato garantizado, sino al préstamo en cuestión al que afecta y en los términos en que el mismo fue concertado (sentencia de 8 de mayo de 1984)⁸.

4. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

La fianza se distingue de la asunción de deuda cumulativa o solidaria porque el asumente es también obligado principal igual que otro deudor, mientras que el fiador es obligado accesorio y subsidiario (artículos 1.137 y ss). También se distingue del contrato de garantía autónoma ya que no es accesorio de la obligación principal, sino independiente, personal, principal y no causal.

La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo otras formas de garantía personal diferentes de la fianza introducidas en el tráfico mercantil y cambiario. El Tribunal de Casación ha introducido la nueva categoría del aval en sentido

⁸ Sobre la fianza civil *vid.* RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil*, Madrid 2000, págs. 1047 y ss.; ALONSO SÁNCHEZ, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988)*, en ADC 1989, págs. 979 y ss.; *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid 1993; CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid 1992; GUILLARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirección de Albaladejo, tomo 23, 2.^a ed. 1990; REYES LÓPEZ BUIGUES, *Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza*, en ADC 1996, págs. 1451 y ss.

amplio, no sometido a la regulación de la fianza ni tampoco del aval cambiario. Varias sentencias (de 21 de marzo de 1980; 11 de julio de 1983; 17 de junio de 1985; 5 de febrero de 1999 y 3 de julio de 1999) afirman que no siempre el aval ha de ser considerado como afianzamiento privativo del contrato de cambio, sino en un sentido más amplio como contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se cree en ese momento, otorgándosele carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, fuera de cuyos supuestos obliga a todo lo que naturalmente derive del acto o convenio avalado⁹.

La Jurisprudencia del Alto Tribunal también trata de las cartas de patrocinio (letter of confort) a las que se recurre en la práctica de las sociedades filiales o de las sucursales de los Bancos. La sentencia de 15 de diciembre de 1985 afirma que «...estas cartas responden al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza, mediante la cual el emisor contrae una obligación accesoria de indemnizar en beneficio del acreedor para el evento de que el deudor principal incumpla lo pactado en sus relaciones con el segundo...» y que «...no existe letter of confort si el emisor no asume obligaciones sobre apoyo financiero de la sociedad matriz a la filial, ni contrae deberes positivos de cooperación a fin de que la compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero...»¹⁰.

Es muy discutida la naturaleza jurídica de estas cartas de patrocinio porque comprenden declaraciones de variado significado que van desde la mera declaración de intenciones a verdaderos afianzamientos (sentencia de 16 de diciembre de 1985)¹¹.

El aval cambiario es una declaración que tiene por objeto garantizar el pago de la letra. El avalista asume su garantía dentro de la

⁹ Cfr. RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial...*, pág. 1048.

¹⁰ Sobre estas sentencias, *vid.* RAGEL, *op. cit.* pág. 1049, y ALONSO SÁNCHEZ, *La jurisprudencia del T. S.*, cit. pág. 983.

¹¹ LÓPEZ URIEL, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 10, pág. 3320, considera inadmisibles la semejanza que declara el Tribunal ya que sólo coinciden en ser medios de garantía personal. Cfr. ALONSO SÁNCHEZ, *op. cit.* pág. 984.

misma letra respondiendo solidariamente (art. 1, 2 y 57 de la Ley cambiaria). El Tribunal Supremo afirma que se ha realizado una desnaturalización del aval cambiario por diversas causas: 1) El aval deja de ser cambiario cuando se priva a la letra de sus características normales (sentencia de 17 de junio de 1985); por ello considera que la voluntad contractual puede estar dirigida al afianzamiento no de la letra en sí, sino de la obligación preexistente; 2) Las letras de cambio pierden su carácter cambiario para pasar a ser meros documentos probatorios y considera que el afianzamiento no iba dirigido al pago de la letras de cambio sino al de la deuda que motivó su giro (sentencias de 11 de enero de 1983 y de 31 de enero de 1986). 3) Al perder la letra su validez como instrumento de crédito mercantil, al faltarle alguno de los requisitos exigidos por el Código de Comercio, pasa a integrar otra clase de título, siendo una especie de pagaré a favor del tomador y a cargo del librador. Extinguida la acción cambiaria, subsiste una acción civil, incluyendo el supuesto dentro del concepto de aval en sentido amplio (sentencia de 11 de julio de 1983).

De gran importancia en el tráfico mercantil son los avales o garantías bancarias. El Banco presta una garantía a la que se aplican las normas de los artículos 439 y ss. del Código de Comercio. Como el afianzamiento bancario es oneroso, el cliente queda obligado al pago de una comisión¹².

En el comercio internacional se utilizan unas garantías a primera demanda o a primer requerimiento. Se trata de un ordenante que celebra con el Banco un contrato de comisión mercantil por el que el Banco se obliga a concluir un contrato de garantía «a primera demanda del cliente». La garantía pactada es autónoma, independiente y principal (sentencia de 27 de octubre de 1992)¹³.

5. FIANZA DE OBLIGACIÓN FUTURA

El artículo 1.825 admite la posibilidad de afianzar deudas futuras: «Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra

¹² Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid 1998, pág. 322.

¹³ Vid. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.* pág. 70.

el fiador hasta que la deuda sea líquida». La fianza existe en este caso sin que haya nacido la obligación principal. Se trata de contratos con cuantía máxima determinada como ocurre con el descuento bancario. La doctrina civilista califica esta relación como obligación condicional. La vinculación del deudor principal actúa como una condición suspensiva impropia de la fianza. Cumplida la condición, los efectos se retrotraen al día de la constitución de la fianza (sentencias de 29 de marzo de 1979 y 20 de febrero de 1987). Sin embargo, la sentencia de 29 de abril de 1992 decidió que extingue la fianza el fallecimiento del deudor con anterioridad a la liquidez de la deuda. Se exige que la obligación futura sea suficientemente determinada o determinable sin necesidad de nueva declaración del fiador y del acreedor. Numerosas sentencias (17 de febrero de 1962; 29 de marzo de 1979 y 20 de febrero de 1987) exigen que la deuda esté completamente determinada porque, para que el fiador responda, es necesario que la obligación principal esté concretada en su *quantum* y en su exigibilidad y el deudor no la haga efectiva. La sentencia de 7 de febrero de 1963 establece que el concepto de deuda líquida tanto puede aplicarse al débito, cuyo importe se fija *ab initio*, como al fijado en documentos que posteriormente lo precisen, y ello con independencia del medio que se emplee para esa cuantificación, que no ha de ser uno determinado, salvo cuando la ley así lo exige como ocurre a efectos hipotecarios con el contrato de cuenta corriente¹⁴.

6. ACCIÓN DE COBERTURA Y DE REEMBOLSO

Antes del momento del pago, el fiador tiene en determinadas circunstancias la acción de cobertura. Estas circunstancias están mencionadas en el artículo 1843: 1) Cuando se vea demandado judicialmente para el pago. 2) En caso de quiebra, concurso o insolvencia. 3) Cuando el deudor se ha obligado a relevarlo de la fianza en un plazo determinado y este plazo ha vencido. 4) Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse. 5) Al cabo de los diez años cuando la obligación principal no tiene plazo fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal natura-

¹⁴ Vid. RAGEL, *op. cit.* págs. 1053 y 1058 y ss.; ALONSO SÁNCHEZ, *op. cit.* págs. 986 y ss.

leza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años. En todos estos casos, la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y de los peligros de insolvencia en el deudor.

En el momento del pago del fiador al acreedor, el artículo 1.839 le concede una acción de subrogación en la obligación por pago: «El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor». Si el fiador «ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado».

El artículo 1.838 establece que el fiador que haya pagado por el deudor debe ser indemnizado por éste, comprendiendo la indemnización: la cantidad total de la deuda; los intereses legales; los gastos ocasionados al deudor después del requerimiento para el pago, y los daños y perjuicios, cuando procedan. Algunos autores (Albaladejo, Díez Picazo y Gullón, Guilarte) opinan que se concede al fiador dos acciones que no son acumulables: la de reintegro y la de subrogación. Esta doctrina se sigue en las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1988 y 15 de diciembre de 1997. Otros autores (Ragel, Alonso Sánchez, Delgado y Fernández Villa) alegan, basándose en el párrafo segundo del artículo 1.839, que se concede una única acción al fiador que paga: la de reembolso.

7. EXTINCIÓN DE LA FIANZA

En Partidas, V, 14. 12, con el título «*Porque razones fe defata la fiadura, e puede el fiador falir della*», se establecen cinco razones:

«La primera es si el que entra fiador fuere juzgado a pagar toda la deuda, o parte della. La segunda es, si ouiesse estado gra tiempo en la fiança. E este tiepo deue ser determinado segun aluedrio del judgador. La tercera es si quando el que entra fiador entiende que le cumple el plazo aque deuia pagar. E por non caer en la pena el, nin aquel a quien fiaua, a aquel a quien entro fiador, le quiere pagar. e el otro non gelo quiere rescebir por alguna razon, o por auentura non es en el logar. e entoce pone faquello que deue, en fielddad, en alguna eglesia, o monesterio, o en mano de algun ome bueno, ante testigos. La quarta es si quando entro fiador, señalo dia cierto aquel deuiesse sacar de la fiadura, e es passado. La quinta es si aquel a quien fio comiença a desgastar sus bienes. Ca por qualquier dsf-

tas razones sobredichas, se desata la fiadura, e puede apremiar el fiador a aquel a quien fio que le saque della».

El artículo 1.847 de nuestro Código dispone que «la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones». Los artículos que siguen establecen reglas especiales en determinados supuestos: 1) Cuando por algún hecho imputable al acreedor no puede quedar subrogado el fiador en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo (art. 1.852). La sentencia de 3 de julio de 1999 decidió que el acreedor entregó indebidamente a la sociedad afianzada la cantidad prestada al entregar un cheque al administrador que carecía de poderes. 2) Cuando el acreedor concede una prórroga al deudor principal sin el consentimiento del fiador (art. 1.851). 3) Cuando el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros bienes o efectos en pago de la deuda (*datio in solutum*), aunque después los pierda por evicción (art. 1.849). Una vez efectuada la entrega se produce la extinción de la obligación principal y de la fianza accesoria. Otras sentencias del Tribunal Supremo deciden sobre la carga de la prueba que corresponde al fiador de la extinción de la obligación principal (sentencias de 9 de junio de 1986 y de 11 de junio de 1987).

El fundamento del artículo 1.849 sobre la dación en pago, según Guilarte¹⁵, consiste en impedir que el deudor quede vinculado durante un plazo inconcreto en garantía de una obligación que, extinguida definitivamente o no para el deudor principal, llega a tan incierta situación por un hecho debido a la exclusiva voluntad del deudor.

Sobre la cesión de bienes en el convenio de acreedores en el expediente de suspensión de pagos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue entre la cesión de bienes *pro solvendo* y la dación en pago o *pro soluto*. La sentencia de 14 de septiembre de 1987 afirma que la cesión realizada como consecuencia del convenio no es compatible con la transmisión irrevocable, careciendo de los efectos liberatorios o extintivos de la dación en pago. La sentencia de 25 de mayo de 1999 precisa que el precepto se refiere a la entrega de efectos librados contra terceros, lo que no produce el efecto suspensivo previsto en el artículo 1.170 del Código civil, ya que este artículo se refiere a la entrega de efectos pagaderos por el propio deudor.

¹⁵ Vid. GUILARTE, *Comentarios al Código civil...*, pág. 305.