

La fianza aseguradora

EDUARDO ESTRADA ALONSO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Clases de fianza aseguradora.*—III. *La naturaleza de la fianza aseguradora:* Caracteres. 1. Gratuidad. 2. La falta de intervención y control público y de profesionalidad de quien asegura el perjuicio. 3. La personalidad de los otros partícipes en la relación plurilateral. 4. La funcionalidad. 5. El carácter principal de la obligación. 6. Carácter aleatorio.—IV. *Analogías y diferencias con el seguro.*—V. *Diferencias del seguro de caución y la fianza ordinaria a efectos de diferenciarlas de la fianza aseguradora.*—VI. *Diferencias de la fianza aseguradora con el seguro de caución como garantía.* VII. *Analogías y diferencias con los negocios intercisorios, de garantía y con la fianza civil ordinaria:* 1. El marco de las garantías personales. 2. Diferencias y similitudes con la fianza ordinaria del Código Civil. 3. Los negocios jurídicos intercisorios de garantía.—VIII. *Otras figuras afines a la fianza aseguradora:* 1. El contrato autónomo de garantía. 2. El aval en sentido amplio. 3. La fianza *omnibus*. 4. La fianza *indemnitas*. 5. El mandato de crédito. 6. Las cartas de patrocinio. 7. La comisión de garantía. 8. El contrato a favor de tercero. 9. La promesa de hecho de tercero.—IX. *Régimen jurídico de la fianza aseguradora:* A) La eficacia de la fianza aseguradora en el Derecho español. 1. La causa como elemento de control. 2. Justificación de la fianza aseguradora. Aplicación de la causa de la fianza ordinaria por analogía. 3. La causa en los negocios jurídicos de garantía. B) El derecho de reembolso. C) Régimen de excepciones: 1. Relaciones entre el fiado asegurado y fiador asegurador. 2. Relaciones entre el asegurador y el causante del daño.

I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista general, toda cobertura de riesgos que puedan correr personas, cosas o derechos, ante la posibilidad de que les afecte la realización de determinados eventos dañosos futuros e inciertos, es un seguro.

Sin embargo, la etapa romántica de los primeros seguros descrita por Vivante ¹ —en la que los aseguradores se reunían en los puertos marítimos para informarse recíprocamente de los viajes de cada buque objeto del seguro sin conseguir cubrir el fondo necesario para hacer frente a los siniestros, de modo que el asegurador corría con grandes riesgos personales— en poco se parece al seguro actual.

Conviene destacar, sin embargo, que ni siquiera en esta primera etapa histórica el seguro tenía carácter gratuito, sino que se formalizaba mediante un préstamo a la gruesa, en la que el prestamista arriesgaba su dinero en función del éxito o del fracaso de la expedición marítima con un evidente ánimo de lucro.

El seguro privado actual está fundamentado en la reunión de gran número de operaciones que se realizan por las empresas aseguradoras para neutralizar el riesgo, repartiéndolo entre una masa de operaciones uniformes, mediante el pago de una prima fija.

Es cierto que la verdadera naturaleza y la idea madre del seguro, estriba en la repartición de los riesgos entre un gran número de personas y que para que un seguro funcione es preciso suponer no un asegurado único en presencia de un riesgo de realización muy incierta, sino un gran número de personas expuestas al mismo riesgo; es preciso suponer, además, que este riesgo es de realización frecuente y que los siniestros que causa anualmente se producen con una regularidad casi constante, con oscilaciones alrededor de una cifra media. En estas condiciones todas esas personas tienen interés evidente en concertarse para repetir entre ellas la pérdida total resultante de los siniestros anuales; por este medio, cada una de ellas deja de estar expuesta a un riesgo enorme, susceptible de realizarse de tarde en tarde, pero capaz de arruinarla o empobrecerla gravemente si llega a producirse; en lugar de este peligro cada una soporta de una manera casi fija un ligero sacrificio pecuniario, casi insensible para ciertos riesgos, pero que basta para hacer frente a las pérdidas anuales de conjunto del grupo. En otros términos: los siniestros, en lugar de ser soportados individualmente, lo son colectivamente por vía de cotización o abono, y la pérdida pecuniaria que causen, en lugar de producirse accidentalmente para algunos, se produce para todos de un modo continuo y muy atenuado. El riesgo o *alea* queda así suprimido, y el contrato merece su nombre de seguro. Pero se ve que desde el punto de vista económico, si no desde el punto de vista jurídico, el seguro funciona entre todos los asegurados bajo la forma de una garantía recíproca, más bien que

¹ Cfr. VIVANTE, *Trattato*, IV, p. 334.

bajo la forma de operaciones aisladas entre la compañía de seguros y cada asegurado².

Lo dicho sobre el seguro no coincide en todo con la figura que aquí se trata, que generalmente se constituye de forma gratuita o por mera liberalidad del asegurador y en la que no se produce la socialización o reciprocidad del riesgo (sino que éste se asume individualmente o a cargo de muy pocas personas).

La formulación de la fianza caucional podría ser del tenor literal que a continuación se recoge:

La sociedad M. garantiza personalmente y de forma solidaria, que la obligación (explotación, actividad etc.) que asume la sociedad R. no le producirá ninguna clase de pérdidas, por lo que si alguna se produjera, será compensada por M., mediante el mecanismo económico que proceda y sea lícito en Derecho.

II. CLASES DE FIANZA ASEGURADORA

La formulación que acaba de realizarse es una de las muchas posibles y puede ir variando (dependiendo de la extensión que quiera dársele al riesgo) dependiendo, como en los seguros, del riesgo cubierto.

Atendiendo a la clasificación de los riesgos, la fianza aseguradora se centra en los daños sobre cosas y créditos. La más habitual es la que cubre el riesgo derivado para el asegurado de tener que cumplir una obligación y el perjuicio que se derive de su incumplimiento, y también el que se deriva de no poder hacer cumplir o cobrar una obligación.

La denominada fianza aseguradora consiste en que una persona no promete responder por el cumplimiento de la deuda, sino eliminar el riesgo del incumplimiento de una obligación reparando el perjuicio que de ello se deriva, no sólo frente al acreedor, sino frente a quien puede resultar deudor de una obligación o acreedor sin posibilidad de cobro.

Pese a lo dicho, los supuestos a los que se asimila pueden ser muy variados y no se limitan todos exclusivamente al riesgo que se deriva del incumplimiento de una obligación como en la fianza.

Otros ejemplos se presentan cuando se encomienda a alguien que realice una determinada actividad o entable una relación jurídi-

² PLANIOL, *Traité élémentaire*, 10.ª ed., núm. 2143, 1926, p. 720.

ca a cambio de una ganancia, o que inicie un litigio prometiéndole indemnidad del resultado adverso, las fianzas judiciales o los avales de ejecución de obra o cuando un autor promete a un editor —asumiendo aquél el riesgo— que venderá un número determinado de ejemplares.

Subjetivamente, la relación jurídica se establece entre un fiador asegurador que cubre el riesgo y un fiado asegurado que no debe pagar prima ni cuota.

En la fianza aseguradora que se propone, se promete indemnizar frente a un riesgo que, de una manera u otra, está representado por la conducta o el cumplimiento de una obligación indemnizatoria por el fiador asegurador, pero la especialidad de la fianza aseguradora se encuentra fundamentalmente en la inexistencia de la obligación de pagar primas por parte del asegurado afianzado.

Pese a lo dicho, no siempre estará exenta de onerosidad porque mediante la fianza aseguradora, una de las partes asegura un resultado económico a la otra teniendo, la primera generalmente, interés en la celebración de un negocio jurídico distinto entre el asegurado y un tercero. Para animar al asegurado a la constitución de la relación obligatoria le ofrece la seguridad de que no va a sufrir pérdida y perjuicio alguno. El resultado se garantiza con mayor o menor independencia de cualquier suceso y de ahí dependerá su abstracción o sustantividad.

De esta característica podemos distinguir dos clases de fianza aseguradora, no existiendo en ninguna la obligación de pagar cuotas o primas:

a) Una, totalmente gratuita o de pura beneficencia. El beneficiado de la liberalidad se enriquece y no viene obligado a realizar una prestación impuesta por el fiador que actúa con pleno *animus donandi*.

b) Otra, gratuita en cuanto al pago de primas, pero en la que existe un interés patrimonial por el fiador asegurador que no se traduce en el cobro de primas periódicas, sino en otro diverso (a la que denominamos parcialmente onerosa). En este caso, el fiado-asegurado además de recibir una liberalidad (consistente en que le serán reparados los perjuicios que sufra) viene obligado a realizar una prestación impuesta por el donante (que consiste en desarrollar una actividad o empresa que consiste en aparecer como sujeto pasivo de una obligación de la que puede resultar deudor), identificándose en mucho con una donación modal regulada en el artículo 619 Cci. A la motivación de beneficencia se añade otra que no se identifica siempre con una motivación subjetiva relevante del donante, sino

que tiene cierta importancia jurídica y obligacional para el beneficiado. La actividad o empresa que inicia o ya ha iniciado el asegurado (modo o carga) no se identifica con la causa del negocio en la donación que sigue siendo la liberalidad.

En cambio, esta actividad o empresa que inicia o ya ha iniciado el asegurado en la fianza aseguradora, en algunos casos se impondrá como causa de la fianza aseguradora y en otros casos no³, cuestión que habrá de ser tenida muy en cuenta para calificar el negocio.

III. LA NATURALEZA DE LA FIANZA ASEGURADORA

Una lectura apresurada de una cláusula de este estilo nos hará concluir que estamos en presencia de un seguro. En apariencia, la fianza aseguradora tiene la forma de un seguro aislado, gratuito y formalizado entre particulares.

Como en el seguro, el beneficiario de esta cláusula tiene cubierto un riesgo o una necesidad fortuita producida por un cierto suceso previsto y tasable; también con ella se pretenden evitar las consecuencias perjudiciales que determinados sucesos fortuitos e imprevisos puedan tener para el patrimonio de una persona.

Sin embargo, una declaración de voluntad en este sentido no puede generar un seguro, porque en la fianza aseguradora el asegurado no tiene obligación de pagar cuotas y no hay seguros gratis.

Tampoco en el ejemplo del formulario transcrito, la sociedad R. contribuye en nada a favor de la sociedad M.; no existe entre ellas mutualidad ni reciprocidad de ningún genero. El asegurado es sólo uno, siendo el asegurador quien responde con su propio patrimonio aisladamente.

El que denominamos asegurado, salvo pacto en contrario, no pagará cuotas o primas, sino que, como en la fianza, recibe un beneficio sin contraprestación. Sin embargo, como en el seguro, en caso de que sufra el quebranto previsto el asegurador tiene la obligación de reponérselo.

Se trata de un negocio de cobertura indemnizatoria en el cual el beneficiario goza de un derecho de seguir manteniendo su estado actual como si el daño no se hubiera producido⁴.

³ Cfr. PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1998, p. 173; BARASSI, *La teoría general delle obbligazioni*, vol. II, 2.^a ed., Milano, 1948, p. 260; la causa no está en el modo, está en el intento de liberalidad.

⁴ La figura es tratada en Alemania por Hadding-Hause-Werlter, p. 683; CANARIS, *Bankvertragsrecht...*, p. 748; PECHER, *Münchener Kommentar BGB* (1986), Vorb. & 765 ss., núm. 3; BOETIUS, *Der Garantievertrag* (1966), pp. 38 y ss. Se trata de un contrato atípico con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, que consiste en una cobertura

Pensemos por ejemplo en una relación jurídica trilateral establecida para salvar la mala situación económica de unos productores de leche. Éstos se obligan a vendérsela a un intermediario (generalmente una institución pública que le asegura un precio por litro de leche) y éste, a su vez, debe transmitirla a un distribuidor (que pagará un precio más alto). Formalizan un contrato entre el productor y el intermediario y otro contrato entre el intermediario y el distribuidor (que le puede interesar tener centralizada la recogida en un solo punto). Este último, el distribuidor, asume y garantiza a favor del intermediario que, del resultado de esta operación, *no debe tener ninguna clase de pérdidas*.

Al distribuidor le interesa comercializar la leche y garantiza al intermediario (que le sirve de mero instrumento de intermediación) prometiéndole una absoluta indemnidad del resultado adverso. Se trataría de un negocio de cobertura indemnizatoria en el cual el intermediario goza de la seguridad de que, en caso de que surjan problemas económicos (como la falta de pago del suministro por él realizado al distribuidor, lo que le impedirá a su vez realizar su pago al productor resultando deudor) va a mantener una situación equivalente a la que existiría si el daño no hubiera acontecido.

Esta pretensión se entiende como de carácter indemnizatorio, ya que el garante no se obliga a procurar el cumplimiento de la obligación básica frente al acreedor, sino a cubrir todo tipo de pérdidas al que resulta deudor.

Con esta descripción se presenta la duda sobre la eficacia y naturaleza de una cláusula de mera liberalidad de esta naturaleza en el mundo de los negocios jurídicos, aunque en muchos casos el motivo del asegurador para otorgar esta fianza no está exento de la intención de obtener algo a cambio aunque no sea siempre una ventaja patrimonial, por lo que la gratuidad quedará en evidencia.

Retomando la diferencia entre la fianza aseguradora por mera liberalidad y la que se produce acompañada de un modo o carga, surge la cuestión de determinar el grado de influencia que tenga la carga sobre la naturaleza de la donación y cómo se armoniza la obligatoriedad del modo con la naturaleza del negocio en que se inserta.

El fiado asegurado tendrá el deber jurídico de cumplir con el objeto de la fianza aseguradora (onerosa), produciéndose en caso

indemnizatoria, en el cual el beneficiario goza de una *Ausgleichsanspruch* para el caso de que ocurra un suceso o que se mantenga un estado actual, de forma tal que el garante queda obligado a mantener al beneficiario en una situación equivalente a la que existiría si el daño no hubiera acontecido.

contrario un enriquecimiento sin causa a su favor. Si la ejecución del modo se entiende como contravalor de lo recibido en concepto de donación, por ser la carga igual o superior al valor de lo garantizado gratuitamente, se produciría una alteración del negocio que pasaría de ser gratuito y se incluiría entre aquellos en los que la atribución patrimonial a la que se obliga una de las partes no supone una pérdida, sino que se compensa con el equivalente de lo que, a cambio, recibirá de la otra parte.

Se habla en estos casos de contrato de cambio⁵ y se utiliza para asimilar la donación modal con la prevista en el artículo 622 Cci⁶.

La onerosidad en estos casos será difícil de disimular, aunque por algunos autores trate de negarse⁷, cuando el modo impone una obligación en beneficio de un tercero, identificando la donación onerosa con el *negotium mixtum cum donationem*, en el que la donación ocupa un lugar paralelo al del negocio de cambio, formándose un contrato único con una causa compleja⁸.

En la fianza aseguradora que calificamos de onerosa, la liberalidad del fiador comprende una contraprestación vinculada a una atribución recibida, en términos de interdependencia, por lo que incluso puede ir más allá del concepto de modo en las donaciones y acercarse al elemento accidental de la condición.

A juicio de algunos autores, nos encontraríamos ante figuras contractuales válidas, pero distintas del juego y la apuesta, que serían verdaderas donaciones condicionadas a la producción del evento de que se trate⁹.

⁵ Cfr. PÉREZ CONESA, C., *ob. cit.*, p. 375; DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 351, entiende que «si el artículo 619 conceptúa como donación aquella en que el valor de las cargas fuese inferior, quiere decir que si es superior ya no hay donación, sino contrato de cambio. No hay donación porque para el Código Civil hay una transformación de la causa, de liberal pasa a onerosa».

⁶ Cfr. PUIG PEÑA, «Donación», *NEJ*, p. 804; NÚÑEZ LAGOS, «Pago de lo indebido sin error», en *RGLJ*, 1946, p. 590; LÓPEZ PALOP, «La donación remuneratoria y el artículo 622 del Código Civil», en *AAMN*, 1959, p. 53 y ss.

⁷ Cfr. ROCA SASTRE, «La donación remuneratoria», en *RDP*, 1947, p. 841; BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, p. 947; TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956, p. 44, si el donante es el destinatario de la prestación puede apreciarse alguna confusión entre la donación modal y la donación mixta.

⁸ BALBI, *La donazione, Trattato di diritto civile diretto da Grosso e Santoro-Passarelli*, vol. II, Milano, 1964, p. 70, construye la figura manifestando que «la obligación asumida por el donatario como equivalente de una parte de aquello que recibe daría lugar a un negocio mixto, oneroso en la parte en que las recíprocas prestaciones son equivalentes, y gratuito en la parte que excede, pero se debe excluir la idea de que la construcción del *negotium mixtum* sea siempre idónea para explicar la donación modal».

⁹ Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, T., *Los contratos de juego y apuesta*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 93; DÍEZ PICAZO Y GULLO BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, vol II, p. 484; COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 565 y 566; LETE DEL RÍO, *Derecho de Obligaciones*, vol. III, Tecnos, 2.ª ed. Madrid, 1995, p. 248.

Se trataría de un contrato condicional consensuado, en el que el *aleas* o la condición se convierte en elemento esencial por de la voluntad de las partes ¹⁰.

Ello nos obliga a salirnos de la disciplina aplicable a la donación en lo que de oneroso tenga la fianza aseguradora. De modo que, en la medida en que el acto gratuito permanece y no se desvirtúa con la carga modal, se regirá por las reglas propias establecidas para toda donación en la parte que exceda del valor de la carga impuesta, ya que en esta parte la donación es ciertamente acto de liberalidad, y procederá la aplicación de las normas que regulan los contratos hasta la concurrencia del gravamen y cuando éste iguale o supera el valor del bien donado ¹¹.

La liberalidad podrá ser revocada cuando el donatario-fiado haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que le impuso el fiador-asegurador (art. 647 Cci). El precepto excluye la necesidad de pacto entre fiador y fiado para dar lugar a la revocación.

El objetivo de este trabajo es examinar si esta garantía en un contrato (aunque su extensión de contenido puede ser diferente) puede salir inmune de ineficacia en nuestro Ordenamiento Jurídico.

CARACTERES

1. Gratuidad

La gratuidad de la fianza aseguradora se desarrolla en dos principios que pueden ser modificados por voluntad de las partes, uno es la falta de cuotas y otro es la falta de subrogación o reembolso.

La diferencia fundamental de la fianza aseguradora con el seguro y con la fianza ordinaria es que en la primera no necesariamente habrá prestaciones recíprocas ni mediará precio (prima fija). Si mediaren cuotas, sería nula por contradecir las normas imperativas del seguro.

Así como la fianza del Código Civil generalmente no es retribuida en el seguro media siempre una prima.

Pero también el artículo 1823 Cci permite la fianza onerosa. Esto ha hecho que algunos autores la hayan considerado como un seguro cuando la compensación del riesgo que asume no vaya

¹⁰ Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XXII, 1.º, Edersa, Madrid, 1992, p. 328.

¹¹ Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo VIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1986, pp. 68 y 69.

acompañada de la posibilidad de reintegrarse de lo que pague por el deudor principal.

La fianza aseguradora es gratuita entendiendo la gratuidad en el sentido de que no debe pagarse precio ni realizarse contraprestación alguna.

Cuando en la fianza civil onerosa el que paga su precio es el acreedor, la situación se asemeja mucho con el seguro de crédito. En el seguro de crédito se está pagando una prima al asegurador por haberle trasladado el riesgo de un siniestro y, además, una vez satisfecha la indemnización, en la hipótesis que acontezca el siniestro, puede subrogarse en los derechos y acciones que correspondan al asegurado contra las causantes del daño para resarcirse de lo pagado (arts. 43 y 82 LCS).

En la fianza aseguradora podríamos decir, de la forma más gráfica posible, que el asegurador garante embarca en una aventura a una persona que puede resultarle perjudicial, mitigándole previamente la preocupación, porque, de resultar deudor o perjudicado, el garante le asegura que le repondrá todos los perjuicios.

De su naturaleza gratuita se deriva que no exista derecho de subrogación para quien cubre el perjuicio frente al fiado asegurado, o, incluso, salvo que se pacte lo contrario, frente al responsable del perjuicio, salvo en los casos de dolo o enriquecimiento sin causa.

Circunstancia que no se presenta en la fianza ordinaria siendo éste el motivo de que la jurisprudencia haya descartado el carácter gratuito de la fianza, ya que el fiador tiene acciones contra el deudor para recuperar lo que ha pagado (derecho de subrogación, derecho de reembolso), de modo que el fiador se puede convertir en un acreedor potencial del deudor (cfr. SS de 11 de abril de 1972 y de 14 de mayo de 1984).

Pero esto puede no ocurrir y no ocurrirá en la mayoría de los casos, salvo que se pacte en contrario, con la fianza aseguradora, donde el garante-asegurador asume todo el perjuicio sin poder repercutirlo; bien porque actúe por beneficencia o bien porque es el más interesado en establecer la relación plurilateral.

El fiador asegurador puede constituir la fianza en un acto de mera liberalidad a favor del asegurado, siendo la consecuencia principal el empobrecimiento del fiador si se produce el evento dañoso. El asegurado no se empobrece nunca porque no paga prima alguna.

Pero, en otros casos, la fianza aseguradora tendrá muchas de las características de la donación modal. El asegurador realiza un acto de disposición con el propósito de obtener un resultado, traducándose en un enriquecimiento del donatario y una imposición al mismo de una obligación.

2. La falta de intervención y control público y de profesionalidad de quien asegura el perjuicio

La fianza aseguradora, es un contrato privado nacido de la autonomía de la voluntad de los particulares y sometido exclusivamente a los límites del artículo 1255 Cci. Todo el componente de normas administrativas o de Derecho público que acompañan a los seguros no deben incidir en la fianza aseguradora entre privados, cuya fuente de derechos y obligaciones es exclusivamente el contrato.

El contrato de seguro, en cambio, se caracteriza actualmente por la intervención del Estado en su preparación y ejecución, para proteger el interés de los asegurados, que se traduce en el denominado Derecho de inspección del Estado de las empresas aseguradoras.

Este control está presente en España desde la Ley de Presupuestos de 5 de agosto de 1893 y se formula sistemáticamente en la Ley Especial de 14 de mayo de 1908, sobre inspección y registro de las sociedades aseguradoras y en su reglamento de 2 de febrero de 1912.

La fianza aseguradora es un contrato que se puede celebrar entre particulares; en cambio, el seguro no se concibe ya fuera de la explotación de una empresa aseguradora.

Cabría plantear, como cuestión de orden público económico, la preocupación que para el Estado puede suponer la extensión de otorgamientos de seguros entre privados no solventes. La Administración es lógico que no vea con buenos ojos el desvío de una actividad aseguradora fuera de sus controles, que podría defraudar las garantías públicas que cubren la actividad aseguradora (normas imperativas, inspecciones, sistema constitutivo, reaseguro, solvencia de las aseguradoras, régimen de responsabilidad, sanciones, etc.) obligando a una reciente modificación practicada con la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

El ramo del seguro se caracteriza, especialmente desde la Ley de 8 de octubre de 1980, por la preocupación de protección al asegurado mediante normas de carácter imperativo, las cuales sólo podrán ser superadas por cláusulas contractuales cuando éstas sean más beneficiosas para aquél. Se produce una tendencia consistente en reducir al mínimo las normas de Derecho dispositivo para proteger al asegurado, como parte más débil e ignorante, contra las cláusulas que agravan su situación, facilitando la exoneración de la empresa y que fueron suscritas sin leerlas o sin comprender su alcance (arts. 1285 y 1288 Cci, 57 Cco y 2 y 3 LCS).

Sin embargo, la preocupación en la fianza aseguradora se desvanece cuando, como hemos dicho, no hay contraprestación mone-

taria por ninguna de las partes, pudiendo calificarse de mera liberalidad, alejándose por tanto el fiado asegurado del concepto de consumidor de seguros.

En realidad, la misma dinámica de este tipo de contratos y de quienes intervienen en ellos hace pensar en su escasa difusión, debido a que nadie asegurará sin contraprestación por encima de lo que no pueda responder.

Por tanto, no puede calificarse el contrato como seguro ni como contrario al orden público, debiendo encontrar acomodo en el principio de autonomía de la voluntad como un híbrido entre la fianza y el seguro.

Derivado del anterior, otro importante inconveniente para incardinar la fianza caucional en el ramo o modalidad aseguradora (recogido en la clasificación de la Orden ministerial de 29 de julio de 1982), y, por tanto, en el ámbito de las diferentes normas sobre ordenación de los seguros privados, es la exigencia de la profesionalidad en el asegurador (art. 6 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados 30/1995, de 8 de noviembre).

Este requisito viene actualmente exigido en los artículos 6 y 48 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados 30/1995, de 8 de noviembre, donde se prevén graves sanciones para quien desarrolle actividades reservadas a las entidades aseguradoras. También el artículo 6 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, faculta a la Dirección General de Seguros para requerir a cualquier persona física o jurídica que, sin haber obtenido la preceptiva autorización, realice operaciones de seguros para que cese inmediatamente en el ejercicio de dicha actividad, y acordar la publicidad que considere necesaria para información del público.

Profesionalidad que no puede exigirse en la fianza aseguradora, porque no es un seguro, ni está sometida al régimen del seguro.

Pese a todo, los dos preceptos citados sobre seguros se refieren en plural a varias operaciones, pareciendo exigir cierta continuidad y no a una operación aislada de seguro. Además, no se sanciona la falta de profesionalidad, en ninguno, de ellos con la nulidad, sin perjuicio de que pudiera conseguirse con la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil.

Ésta es otra separación importante entre ambos contratos, al exigirse que el seguro tiene que estipularlo un asegurador bajo sanción de nulidad. En cambio, la fianza aseguradora de carácter gratuito ni es seguro ni tiene que realizarse por un profesional del seguro.

Aplicar a la fianza aseguradora los elementos de todo seguro no tendría mucho sentido cuando se formalice entre privados, pero ello no impide que algunos preceptos puedan ser utilizados por analogía.

Esta profesionalidad ha querido disculparse con base en el artículo 1823 Cci, que permite la fianza onerosa entre particulares no dedicados al ramo del seguro. Sin embargo, no debemos confundir la onerosidad con la profesionalidad y demás requisitos que exige el artículo 6 LOSSP para alcanzar la autorización administrativa en el ramo del seguro.

Por todo ello, nada debe impedir un pacto entre privados, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad (1255 Cci), de una figura similar a un seguro civil aislado y gratuito, ajeno a cualquier empresa aseguradora, con el que no se compromete el patrimonio de un gran número de personas, como ocurre en el seguro con todos los asegurados.

3. La personalidad de los otros partícipes en la relación plurilateral

Otra diferencia con el seguro es que la fianza de caución, no acompañándole los rígidos esquemas del seguro, no es un contrato en el que se designe al tercero beneficiado, sino un contrato entre dos partes, en la que una garantiza a la otra del resultado de una relación jurídica con terceros o de cualquier otro evento. Estos terceros, si así puede llamárseles, pueden ser acreedores del asegurado o incluso deudores que no le pagan, o simplemente personas que le causan cualquier tipo de daño. Todos ellos, sin embargo, resultarán beneficiados por la fianza aseguradora.

En la fianza aseguradora no es como la fianza civil, en la que es acreedor el que contrata, o mejor dicho tiene obligación de contratar, sino que es el fiador quien tiene interés en asegurar a otra persona que no va sufrir ningún perjuicio.

Como veremos, es una figura distinta a la fianza, porque tiene naturaleza reparadora. Sin embargo, no cabe duda de que, cuando va destinada a reparar las consecuencias derivadas de que el asegurado no pueda cumplir una obligación, en cierto modo se asegura a la otra parte de la relación principal que el deudor asegurado tendrá patrimonio debido a que no puede sufrir ningún tipo de perjuicio, enmarcándose generalmente en una relación jurídica más amplia (aunque puede ser una sola obligación de crédito). Este perjuicio

puede resultar de la responsabilidad patrimonial universal del asegurado (art. 1911 Cci).

Esta figura garantiza el buen fin de una operación generalmente compleja y plurilateral. Al fiador asegurador y a otra persona (física o jurídica) les conviene mantener de intermediaria otra persona, que probablemente sirva de árbitro o se comprometa a destinar ciertos fondos a pagar determinadas deudas o cualquier otra función, para cuyo desarrollo exige salir indemne.

Por tal motivo, lo normal es que el fiador caucional no tenga derecho de reembolso o repetición contra el fiado asegurado una vez que éste le reclame los perjuicios que ha sufrido a consecuencia de la relación jurídica con el tercero, e incluso pueda pactarse la falta de reembolso frente al que cause el perjuicio, como veremos.

4. La funcionalidad

En el seguro y en la fianza aseguradora existe una incertidumbre sobre si el hecho dañoso que hace surgir una necesidad patrimonial va a producirse o no.

Como con el seguro, se cubren con esta cláusula todo tipo de acontecimientos dañosos, si bien se parece especialmente al seguro de crédito y caución, limitándose a los daños a cosas, créditos y relaciones jurídicas.

Tanto en el *seguro de crédito* como en la fianza aseguradora no se transmite todo el riesgo del incumplimiento del contrato a un tercero. En ambos, es posible que el deudor afianzado deba pechar en primer lugar con las consecuencias del contrato y luego repercutir contra el garante o asegurador.

La diferencia se encuentra en que en la fianza aseguradora el asegurador puede no ser un profesional del seguro ni entidad financiera, de modo que el deudor afianzado deberá de responder definitiva e íntegramente cuando el fiador resulte insolvente, situación que raramente ocurrirá en el sistema de seguros en el que se previene la cobertura en caso de insolvencia o quiebra de la compañía aseguradora.

El *seguro de crédito* no asegura el incumplimiento, sino las pérdidas finales que experimente el asegurado a consecuencia de la insolvencia de sus deudores, y lo mismo pretende la fianza aseguradora, que también puede ir destinada a cubrir el supuesto en que el asegurado resulte deudor de una relación obligatoria.

El *seguro de caución* es un seguro de daños, cuyo interés asegurado es el que tiene el acreedor asegurado en el cumplimiento pun-

tual de las obligaciones contraídas por el tomador del seguro y cuyo riesgo es el hecho del no cumplimiento puntual.

Ambos son abstractos en el sentido de ser independientes del contrato inicial entre el garantizado (tomador del seguro) y el beneficiario de la garantía (el asegurado)¹².

El asegurado no está obligado a probar el incumplimiento del tomador. Por lo que su estructura contractual es similar a la de un contrato de fianza a primera demanda, ya que, a pesar de la defectuosa redacción del artículo 68 LCS, el asegurador se obliga a pagar ante el mero «no cumplimiento» (junto a la demanda o requerimiento del acreedor asegurado). Sin que pueda alegar que no ha habido «incumplimiento», fuerza mayor o caso fortuito, etc.

Esta posibilidad se permite por el legislador y no en función de que las partes lo hayan pactado. En estas pólizas de seguro es frecuente el pacto en el que las entidades aseguradoras se obligan a satisfacer la suma asegurada al acreedor-asegurado por la simple declaración de éste, indicativa de la producción del siniestro (identificado nominalmente con el incumplimiento de la obligación garantizada). La presencia de estas cláusulas, que configuran el seguro de caución, aparentemente como un ejemplo de las garantías a primer requerimiento o primera solicitud, viene exigida primariamente por la función que el mencionado seguro pretende cumplir, esto es, sustituir, con efectos equivalentes, a la entrega de una caución real.

En la fianza *aseguradora* —contrariamente a la fianza ordinaria— la fuente de su obligación está en el daño que se constituye en su condición. En el momento de firmar el contrato, el garante asegurador no sabe si va a tener que pagar, ni cuánto tendrá que pagar, hasta que no se produzca el evento dañoso. El daño forma parte del supuesto de hecho de la obligación del garante.

Es indemnitaria en el sentido de que es una garantía dirigida a evitar al acreedor un determinado perjuicio económico, bien porque cubra una obligación dineraria, o bien por que tratándose de otro tipo de obligación (dar, hacer o no hacer) se tenga que cumplir por equivalente.

En esto se parece a los seguros contra daños, y su similitud con el seguro de crédito y caución ha de llevarnos a aplicar analógicamente sus normas en muchos casos, donde es elemento económico el interés, o sea la relación por cuya virtud alguien sufre un daño patrimonial por efecto de un hecho determinado.

¹² Cfr. Sentencia del TS de 14 de noviembre de 1989 (Arz. 7878). No entenderlo así, dice la sentencia, quebranta la buena fe y la lealtad mercantil y los artículos 1258 CC y 57 Ccom.

La doctrina del interés se estudia al tratar del seguro contra daños, donde el objeto del contrato no es propiamente la cosa asegurada, sino el interés que en ella tenga el contratante. El asegurado es propietario de una casa con valor de cincuenta millones de pesetas, pero su interés por ella es de treinta millones, y esto es lo que asegura.

5. El carácter principal de la obligación

El seguro es un pacto autónomo y sustantivo distinto de todo otro negocio jurídico. También la fianza aseguradora es principal, pero será tanto más principal cuanto más gratuita sea y no se condicione al cumplimiento de una condición o carga del fiado-donatario.

En la fianza aseguradora el garante-asegurador garantiza a otra persona a la que anima e indica que establezca una relación obligatoria con otra (por muy distintas razones, todas de interés para dicho asegurador-garante) con la condición de que no va a sufrir ningún tipo de perjuicio. Aquel perjuicio que sufra este mero intermediario embarcado en una relación jurídica será asumido por el asegurador-garante que podrá reembolsarse del causante del daño, salvo que se haya pactado lo contrario y en supuestos especiales de enriquecimiento sin causa, fraude, mala fe, etc.

En la fianza aseguradora el garante no sólo puede obligarse sin el consentimiento del acreedor de una relación jurídica, sino que tampoco se compromete exclusivamente a satisfacer el interés del acreedor. Lo normal es que cubra el riesgo de alguien que puede resultar deudor por haber sido parte de un negocio o relación jurídica y ello indirectamente puede repercutir beneficiosamente en el acreedor. Al no tener acción un tercero para exigir el cumplimiento, concluimos que la fianza aseguradora no es un contrato a favor de tercero.

Característica de su régimen es que el compromiso puede ser global y universal. No se reduce por consiguiente a la responsabilidad contractual, sino que puede incluir a la extracontractual. No se refiere sólo a las obligaciones unilaterales en beneficio del acreedor, sino que generalmente se pacta en obligaciones recíprocas, bilaterales o plurilaterales en las que el garantizado puede ser acreedor de unas y deudor de otras, garantizándole que *no va a sufrir ningún perjuicio*. Esta reparación de perjuicios redundará en beneficio de la otra parte de la obligación principal, porque supondrá que cuando se indemnice, su interés tiene mayores posibilidades de ser satisfecho.

6. Carácter aleatorio

El seguro tiene carácter aleatorio. También la fianza aseguradora puede considerarse aleatoria.

Hay quien duda de que los contratos gratuitos puedan ser aleatorios¹³, si bien la mayoría de la doctrina reconoce contratos aleatorios a título gratuito como la apuesta unilateral y la renta vitalicia a título gratuito (art. 1807 Cci)¹⁴.

Como en todo contrato aleatorio el riesgo es un elemento esencial del contrato, convirtiéndose en su causa. Pero se trata de un riesgo unilateral o exclusivo para el asegurador.

Pero la fianza aseguradora se aparta también del seguro por su extensión en cuanto a la incertidumbre y el azar. Así como en el seguro la cuantía del daño y la duración del siniestro suelen estar limitadas, en la fianza aseguradora puede estarlo o no (al menos directamente).

Esta aleatoriedad se pierde en el carácter moderno y técnico del seguro como contrato basado en la mutualidad¹⁵, debido a que ambas partes se obligan a prestaciones ciertas y determinadas: el asegurado con el importe exacto de su prima, y el asegurador con el límite de la suma asegurada, por lo que ambas partes saben exactamente de antemano a lo que se comprometen y el límite máximo de sus prestaciones, y, por lo tanto, del interés pecuniario de las mismas.

Desde este punto de vista podría incluso discutirse si la fianza aseguradora es un contrato más aleatorio que el seguro. En la fianza aseguradora la realización del hecho temido, normalmente, depende más de la voluntad de la persona interpuesta (que puede verse perjudicada por el incumplimiento de una obligación) que en el seguro. No parece lógico en la fianza aseguradora (como tampoco es posible en el seguro) que el fiador responda cuando el incumplimiento de la obligación se ha producido por voluntad del garantizado (dependiendo siempre de la abstracción con que se haya pactado), pero la responsabilidad del fiador-asegurador es más extensa

¹³ Cfr. SCALFI, G., «Considerazioni sui contratti aleatori», en *Riv. Dr. Civ.*, VI, núm. 2, 1960, p. 142; VALSECCHI, «Il giuoco e la scommessa», *La Transazione*, en *Tratato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXXVII, tomo 2.º, 2.ª ed., Milano, 1986, p. 38.

¹⁴ Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, «Los contratos aleatorios», en *ADC*, 1968, p. 610.

¹⁵ Cfr. BENÍTEZ DE LUGO, *ob. cit.*, p. 23 «El contrato de seguro tal y como aparece hoy regulado, si alguna vez pudo tener carácter de aleatorio al contemplar un solo contrato de seguro con un asegurador y un asegurado, tal imagen resulta hoy históricamente borrosa y de actualidad inadmisibile por haber abandonado totalmente dicho carácter, y ni teórica ni prácticamente puede ser calificado de contrato aleatorio y sí de conmutativo».

debiendo responder en los términos que se hayan pactado y si nada se pacta en contrario, en los casos de hechos fortuitos ordinarios, extraordinarios, así como en los de culpa del afianzado, tanto la culpa leve como la grave.

El criterio para diferenciar los contratos condicionales de los contratos aleatorios se centra en la función y efectos que el evento asume en ellos. En el contrato condicional es su misma eficacia lo que depende de la producción del acontecimiento en que consiste la condición, en cambio el contrato aleatorio es eficaz desde el mismo momento en que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes, subordinándose a la verificación del acontecimiento futuro e incierto la realización o cuantía de la prestación de cada una de las partes y, en definitiva, la pérdida o ganancia que éstas han de obtener del contrato.

Desde este punto de vista, pese a los poco claros límites de unos y otros negocios ¹⁶, podría afirmarse que la fianza aseguradora es aleatoria y eficaz desde el momento en que se perfecciona, independientemente de que ocurra o no ocurra el evento.

Para una mayor precisión, concluimos diciendo que la fianza aseguradora es un contrato condicional y no una obligación condicional aislada, como puede ser el pago de la indemnización en el contrato de seguro que no es un contrato condicional, porque produce otros efectos desde su perfeccionamiento. La fianza aseguradora, en cambio no tiene más efectos reflejos que el de animar al asegurado a realizar alguna actividad o empresa, pero hasta que no produzca el evento no produce, por su carácter gratuito, otro tipo de efectos.

Por todas estas razones se puede excluir la fianza aseguradora del régimen del seguro actual, porque no presenta miméticamente sus caracteres propios.

IV. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL SEGURO

Como se ha dicho, superados los primeros pasos de la institución del seguro, en la modernidad se va concibiendo económicamente conforme a un plan de explotación, en el que se constituye

¹⁶ Algunos autores, aun admitiendo que el contrato aleatorio es, en su conjunto, puro y simple y, por tanto, no está sometido a condición, estiman que puede albergar una o varias obligaciones condicionales, ya que, siendo posible subordinar la eficacia del negocio a la realización del evento futuro e incierto, debería admitirse también la posibilidad de hacer depender del mismo la validez y eficacia de la singular obligación. Cfr., en este sentido, VON THUR, A., Tratado de las Obligaciones, tomo II, 1.ª ed., Reus, Madrid, 1934, p. 213, sostiene que la condición pactada en un contrato puede referirse a toda la relación obligatoria o a un determinado crédito, dentro de la obligación (así, por ejemplo, en un contrato de seguros no condicional, el crédito de indemnización se halla condicionado al hecho de que el daño se produzca).

una garantía recíproca entre varias economías privadas amenazadas por los mismos riesgos (principio de la homogeneidad del riesgo). El seguro requiere un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos que se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero ¹⁷.

Las legislaciones tardaron en incorporar el contrato de seguros debido a que en el Derecho romano ignoraba este contrato. Cuando esta regulación se afronta se plantean los problemas sobre qué extensión debe contemplar, si deben establecerse distinciones de régimen jurídico entre las distintas ramas, la naturaleza de las normas (imperativa o dispositiva, general o particular para cada rama). También se plantea un concepto más o menos restringido del seguro.

A finales del pasado siglo, surge la denominada *teoría de la prestación* ¹⁸, que encuentra la esencia del seguro en la prestación que el asegurador tiene que abonar el asegurado, sin preocuparse del carácter de mutualidad que finalmente ha triunfado en la institución. Para el concepto jurídico del seguro, no es esencial el dato de la explotación por una empresa aseguradora en masa, porque las relaciones jurídicas derivadas del contrato no resultan afectadas por el hecho de que el asegurador haya celebrado un solo contrato o muchos semejantes ¹⁹.

Para algunos autores americanos de principios de siglo como Riegel y Loman ²⁰, «El seguro puede definirse como una institución social por medio de la cual una persona puede cerrar contrato con otra que se compromete a correr con determinados riesgos que amenazan a la primera, a cambio de una remuneración a que se da el nombre de prima».

Esta concepción del seguro surge del mundo jurídico frente a las corrientes economicistas que tratan de monopolizar la institución concibiéndola como la relación jurídica onerosa, en que una de las partes, con el fin de ponerse a cubierto de una futura necesidad de fondos de dinero, hace que la otra, especializada en la celebración sistemática y en gran escala de estas relaciones, le prometa una prestación, la cual deberá hacer efectiva tan pronto como se

¹⁷ Cfr. MANES, A, *Teoría General del Seguro*, Logos, Madrid, 1930, p. 2.

¹⁸ Cfr. BRÄMER, *Handbuch der Wirtschaftslunde*, tomo IV, Leipzig, 1904, p. 140; KARUP, *Handbuch der Lebensversicherung*, 2.^a ed. Leipzig, 1885.

¹⁹ Cfr. GARRIGUES, J., *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.^a ed., Madrid, 1983, p. 19. Desde el punto de vista jurídico, no hay diferencia esencial entre el seguro y otros contratos similares que no suelen celebrarse conforme a plan, sino aisladamente (renta vitalicia, fianza); en contra, Vivante sostuvo que la empresa era concepto inherente al de contrato de seguro.

²⁰ Cfr. RIEGEL Y LOMAN, *Insurance Principles and Practice*, 3.^a ed., Nueva York. 1923.

produzca fortuitamente un suceso determinado o llegue un determinado momento²¹.

La teoría jurídica abarca una serie de actos económicos que nada tienen que ver con el seguro actual y vienen a confundirse con los contratos de garantía, en los que no se supone una distribución del riesgo entre una colectividad de personas (asegurados), ni el asegurador calcula aproximadamente la probabilidad de riesgo.

En esta fase histórica del seguro quizá hubiera sido posible un seguro entre privados sin ambiciones mutualistas; sin embargo, hoy en día una cláusula entre privados como la que se presenta es más difícil de defender como seguro.

Ya la Ley alemana de 12 de mayo de 1901, sobre empresas privadas de seguros, somete a la inspección del Estado toda clase de empresas de esta naturaleza, excluyéndose el empresario individual de seguros a causa del enorme riesgo que la explotación de este negocio implica, necesitando poner en movimiento grandes capitales y dotar a la empresa de una gran estabilidad.

En los artículos 1791 a 1797 Cci, el seguro fue concebido desde la corriente jurídica de una forma amplia, pudiendo prescindirse del carácter esencial de la mutualidad o asociación de asegurados.

El seguro civil –antes de ser derogados los arts. 1791 a 1797 Cci– se definía como «un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso y aleatorio, por el cual una de las partes se compromete a indemnizar a la otra de las consecuencias dañosas o perjudiciales que ciertos riesgos, procedentes de caso fortuito, a que se hallan expuestas las cosas y las personas, pueden ocasionarle, mediante un precio, prima o cantidad que la otra ha de satisfacer por dicha garantía»²².

En el Código Civil se permitía la celebración de un contrato de seguro sin reciprocidad entre los asegurados (art. 1791) y otro en el que los asegurados pueden asegurarse mutuamente (art. 1792).

Este concepto de seguro civil sólo se apartaría de la fianza aseguradora por el pago de un precio, prima o cantidad, que en esta última no es elemento esencial. En el Código Civil, que respondía a la ideología liberal, se distinguía el seguro sin reciprocidad de riesgos y el seguro mutuo (con pago de prima en ambos casos).

²¹ Cfr. HUPKA, «Der Begriff des Versicherungsvertrags», en *Ztschr. F.d.ges. Handelsrecht*, tomo LXVI, Stugart, 1910, p. 546,

²² Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil*, tomo IV, p. 802; CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV. Derecho de Obligaciones, Reus, Madrid, 1969, p. 650, lo definía como el contrato por el que una de las partes, el asegurador, se obliga a pagar algo (una indemnización o una suma) al asegurado o a un tercero, en el caso de que ocurra un riesgo o acontecimiento incierto a la persona o cosa que se asegura a cambio de una prima o dividendo.

En su origen vemos pues que la agrupación de los asegurados en mutualidad y el cálculo de probabilidades no eran elementos esenciales del seguro civil y tampoco lo era el elemento de empresa²³. De modo que los contratos concluidos aislada y ocasionalmente entre dos personas eran entonces válidos y propiamente contratos de seguro.

En contra, Garrigues²⁴ entendió que la esencia del seguro— cualquiera que sea su forma de explotación— es siempre la mutualidad y planteó la distinción del Código Civil entre seguro de mutuo y seguro lucrativo de modo diverso. Advirtió que si todo seguro implica una relación entre un grupo de personas sometidas a los mismos riesgos y, por tanto, todo seguro es una mutualidad, ¿por qué distinguir dos formas de explotación y llamar sólo a una de ellas «asociación de seguros mutuos»? La distinción la justifica en la forma de explotación, bien se haga con ánimo de lucro (la sociedad anónima) bien sin ánimo de lucro (la mutualidad) y califica el seguro en que no hayan mediado más que dos personas contratantes como una apuesta o un juego de azar.

En realidad, la fianza aseguradora no tiene ninguna *causa ludendi*, sino de obligación y negocio jurídico cuyo *aleas* tiene contenido patrimonial no dependiendo de un juego sino de la realización de un daño. En la fianza aseguradora puede que no exista ánimo alguno de enriquecerse o ganar, elemento fundamental en la apuesta y en el juego.

Sin embargo, la figura no se adapta bien a la apuesta o al juego de azar, porque en la que denominamos fianza aseguradora el azar no decide quién será el deudor y el acreedor, sino que los dos están fijados previamente y tan sólo es aleatoria la producción o no del hecho.

La validez de seguros civiles entre particulares parecía confirmarse con la redacción de los artículos 380 y siguiente del Código de Comercio, en los que sí se exigía, como requisito esencial, la condición de comerciante en el asegurador.

En la comparación del Código de Comercio y el Código Civil latía la idea del seguro como acto de empresa frente a la idea de un seguro como operación aislada, realizada esporádicamente por particulares no aseguradores.

Esta primera fase de la evolución del seguro es superada, y actualmente tampoco en España el seguro entre particulares es válido.

²³ Cfr. TRAVIESAS, «Sobre contrato de seguro terrestre», en *RDP*, 1933, pp. 311 ss.

²⁴ Cfr. GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, p. 20.

El artículo 1255 del Código Civil prohibiría un pacto o contrato de seguro entre particulares por contrariar normas imperativas.

El artículo 1 de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 16 de diciembre de 1954 declaraba que las operaciones de seguro sólo podrán realizarse por sociedades anónimas o asociaciones mutuas que se hallen constituidas legalmente.

Esta disposición supone un cambio sustancial en la forma de concebir el seguro en nuestro Ordenamiento, impidiendo el contrato aislado de seguro y considerándolo como un contrato de masa que requiere una forma de explotación recíproca.

La evolución posterior del seguro supuso el triunfo de la teoría económica y la corriente universal que se preocupa de establecer un conjunto de normas imperativas tendentes a la protección del asegurado, de las cuales se ocupa la Ley de 8 de octubre de 1980, como se hace constar en la exposición de motivos de su proyecto.

Ya no se regula el seguro aislado y siempre se exige la presencia, como elemento esencial, de la agrupación de los asegurados en mutualidad y el cálculo de probabilidades²⁵.

Se secuestra la reglamentación del seguro por el Derecho mercantil, derogándose los artículos del Código Civil que lo contemplaban defectuosamente y se impone como principio la protección del asegurado mediante normas de carácter imperativo, las cuales sólo podrán ser superadas por cláusulas contractuales cuando éstas sean más beneficiosas para aquél.

La característica esencial del seguro, desde el punto de vista económico, residiría en su mutualidad que significa la atención de uno para todos y todos para uno.

Esta asociación de organismos económicos (asociaciones de seguros mutuos, sociedades anónimas, etc.) semejante a la que forman las cooperativas, no acompaña a la que denominaremos fianza aseguradora, que generalmente tendrá carácter gratuito para una de las partes que nada tiene que aportar.

La fianza aseguradora es un contrato que se puede celebrar entre particulares, en cambio el seguro no se concibe ya fuera de la explotación de una empresa aseguradora.

Este es uno de los inconvenientes para incardinar la fianza causal en el ramo o modalidad aseguradora (recogido en la clasificación de la Orden ministerial de 29 de julio de 1982) y por tanto, en el ámbito de las diferentes normas sobre ordenación de los seguros privados, es la exigencia de la profesionalidad (art. 6 de la Ley

²⁵ Cfr. COLIN Y CAPITANT; BENITEZ DE LUGO, *Tratado de seguros*, vol. I, Madrid, 1955, p. 11.

de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados 30/1995, de 8 de noviembre).

El artículo 48 de esta Ley 30/1995 prevé graves sanciones para quien desarrolle actividades reservadas a las entidades aseguradoras. También el artículo 6 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, faculta a la Dirección General de Seguros para requerir a cualquier persona física o jurídica que, sin haber obtenido la preceptiva autorización, realice operaciones de seguros para que cese inmediatamente en el ejercicio de dicha actividad, y acordar la publicidad que considere necesaria para información del público.

Los dos preceptos se refieren en plural a varias operaciones, pareciendo exigir cierta continuidad y no a una operación aislada de seguro. Además no se sanciona en ninguno de los preceptos con la nulidad, sin perjuicio de que pudiera conseguirse con la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil.

Esta es otra separación importante entre ambos contratos, al exigirse que el seguro de caución tiene que estipularlo un asegurador bajo sanción de nulidad²⁶.

La Administración es lógico que no vea con buenos ojos el desvío de una actividad aseguradora fuera de sus controles, que podría defraudar las garantías públicas que cubren la actividad aseguradora (normas imperativas, inspecciones, sistema constitutivo, reaseguro, solvencia de las aseguradoras, régimen de responsabilidad, sanciones, etc.).

Con la derogación de los artículos 1791 a 1797 Cci es difícil plantear la vigencia del seguro civil en cuanto operación aislada y apartada de todo acto de empresa organizado sobre una base técnica.

Si esta conclusión es válida, ¿qué naturaleza tendrá la declaración de un particular asegurando a otro que no sufrirá ningún tipo de perjuicio en una determinada empresa?; sí el negocio es oneroso será nulo por contrariar normas imperativas.

Pero si se trata de un negocio gratuito o de mera liberalidad, no contraría en absoluto ninguna norma imperativa, ni el orden público. La fianza aseguradora que se presenta no tiene porqué contrariar los límites del artículo 1255 Cci, porque en ella no existe la

²⁶ Cfr. VICENT CHULIA, *ob. cit.*, su explotación exige cumplir los presupuestos técnicos de explotación del contrato de seguro. El asegurador no promete ni garantiza, sino que asegura. Un contrato de seguro de caución otorgado por quien no sea entidad aseguradora es nulo. Son distintos por ello tanto el régimen de su explotación empresarial como el de perfeccionamiento e interpretación, el de cumplimiento y liquidación de los deberes del acreedor garantizado y del garante (comunicación del siniestro, peritación del daño, si bien sólo necesaria en caso de seguro de caución de obligaciones de hacer).

obligación de pagar cuotas o primas haciendo imposible su identificación con el seguro.

De modo que no se podrá pactar y resucitar con plena validez el seguro sin reciprocidad, pero sí la fianza aseguradora sin onerosidad.

Si esta conclusión es exacta, y en principio la fianza aseguradora es gratuita para una de las partes, salta la duda sobre su naturaleza aseguradora o de garantía.

La fianza aseguradora se caracteriza por su similitud con los seguros (finalidad reparadora o indemnizatoria). Tiene finalidad aseguradora en función del tipo de riesgo asegurado ²⁷ y del modo en que el beneficiario está legitimado para hacer valer la garantía.

La fianza aseguradora, como el seguro, genera una obligación de indemnizar que no es consecuencia secundaria de otro contrato, ni del incumplimiento de obligaciones contractuales. Es una obligación de indemnizar que nace de un contrato concertado precisamente para eso, entre dos partes, y que sólo puede producir frente a terceros efectos reflejos, pero no derechos subjetivos.

Es similar aunque no igual al seguro civil aislado o sin mutualidad, porque no existe el pago de cuotas, ni se hace a favor de tercero. Consiste en una garantía en la que uno de los elementos que juega es el interés que el asegurado tenga en prevenirse de un posible riesgo, mediante el desplazamiento al patrimonio del garante-asegurador del daño que por el siniestro pueda sobrevenir en el patrimonio del garantizado-asegurado.

En principio todo interés se considera asegurable, si no va en contra de las buenas costumbres o implique un abuso de la idea aseguradora. Ni el seguro ni la fianza aseguradora pueden amparar, naturalmente, los daños materiales que nacen de la contravención de los preceptos del Estado ni la responsabilidad proveniente de actos dolosos.

Al igual que en el seguro, en la fianza caucional el riesgo que asume el asegurador no es el mismo riesgo que pesa sobre el asegurado, sino que el garante asume las consecuencias económicamente perjudiciales para el asegurado derivadas de la conversión del riesgo en siniestro (la responsabilidad por impago de una deuda o cualquier otro).

Pero la fianza aseguradora tiene de especialidad que es gratuita y de formalización y ejecución aislada y no sucesiva o de adhesión

²⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, habla de la garantía que un tercero mantendrá los términos de una oferta contractual (*tender guarantee, Ausbietungsgarantie*); de garantía de que un tercero pagará una cantidad de dinero de la que es deudor (*Zahlungsgarantie*); de garantía del cumplimiento por un tercero de su obligación de restitución (*Auszahlungsgarantie*).

como el seguro mercantil. Se otorga por alguien que no es profesional del seguro. Pero se trata de una garantía personal que no contiene como elemento esencial el pago de una prima fija y que es asumida por quien no es una entidad aseguradora y por tanto no emite una póliza de seguro sino un contrato civil que nace del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Cci).

La finalidad es similar al seguro, dado que las dos instituciones pretenden eliminar el riesgo (de insolvencia o cualquier otro) del asegurado mediante el desenvolvimiento de una función de garantía, entendida ésta en un sentido amplio.

En la fianza aseguradora que se propone se promete indemnizar frente a un riesgo que, de una manera u otra, está representado por la conducta o el cumplimiento de una obligación indemnizatoria por el fiador asegurador.

Pese a lo dicho, no siempre estará exenta de patrimonialidad porque mediante la fianza aseguradora, una de las partes asegura un resultado económico a la otra, teniendo la primera, generalmente, interés en la celebración de un negocio jurídico distinto entre el asegurado y un tercero.

Para animar al asegurado a la constitución de la relación obligatoria le ofrece la seguridad de que no va a sufrir pérdida y perjuicio alguno. El resultado se garantiza con mayor o menor independencia de cualquier suceso.

Se asemeja al seguro de crédito y caución, pero el siniestro puede consistir en una obligación incumplida y la responsabilidad que de ellos se deriva u otro tipo de siniestro, pero además de diferenciarse por la falta de prima o precio, también lo hace por la intención de quien asegura. La fianza aseguradora también es un anticuerpo del riesgo de perder un bien o derecho patrimonial y se constituye para dar seguridad contra ese riesgo. Se traslada el riesgo a otra persona que lo asume, quien se obliga a sustituir o reemplazar el valor perdido. Pero así como en el seguro de daños la reparación se realiza mediante la distribución del daño en un gran número de patrimonios sometidos al mismo riesgo, en la fianza aseguradora es una sola persona o un grupo reducido de ellas la que sufre las consecuencias económicas de la realización del hecho del incumplimiento de la obligación (siniestro).

Al seguro que más se asimila es al de crédito y caución en el que el acreedor se asegura contra la insolvencia de sus deudores y de sus acreedores por los créditos derivados de la actividad de quien concluye el contrato con el asegurador y en este sentido también surgen, como en este tipo de seguros, problemas para distinguirlo de la fianza ordinaria.

V. DIFERENCIAS DEL SEGURO DE CAUCIÓN Y LA FIANZA ORDINARIA A EFECTOS DE DIFERENCIARLAS DE LA FIANZA ASEGURADORA

La doctrina ha distinguido claramente el seguro de la fianza del Código Civil. Así se dice que el seguro, en general, se presenta como principal, oneroso y aleatorio y la fianza puede ser onerosa o gratuita, accesoria y alejada de cualquier idea de aleatoriedad.

En la doctrina italiana, en cambio, se ha calificado mayoritariamente el seguro de caución como una garantía personal. Fragali²⁸ estima que no existe garantía propiamente dicha cuando se transfiere el riesgo del incumplimiento del contrato a un tercero, por medio del sistema de los seguros, porque si se considerara que, con la formalización de un seguro, nos encontramos ante un sistema de garantías, lo que existiría en realidad es una fianza prestada por tercero, el asegurador.

Las diferencias de estas dos instituciones típicas, son en algunos casos muy sutiles²⁹ y en otros muy patentes y si queremos establecer el régimen de la fianza aseguradora, debemos examinarlas.

Desde un punto de vista económico, la nota distinta con la fianza ordinaria se fija en que, en el seguro de crédito, la función principal es eliminar el riesgo de la insolvencia, en tanto que la función de facilitar el crédito es puramente accesoria. Por el contrario, la finalidad de facilitar el crédito es principal en la fianza, mientras que la eliminación del riesgo de la insolvencia es puramente instrumental respecto de aquélla³⁰.

²⁸ Cfr. FRAGALI, en *Enciclopedia del Diritto*, 1969, t. XVIII, pp. 348 y 367, contradice la opinión de Planiol que veía en la fianza retribuida un seguro de crédito.

²⁹ Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 200. Garantizar obligaciones ajenas se revela como incompatible con el funcionamiento del sinalagma del seguro; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, p. 100: «... justo es reconocer que la instrumentación técnica del seguro está llegando a supuestos en los que palidece la valoración objetiva del daño o la incertidumbre en el sí y el cuándo del evento. Bien conocidas son en este sentido las dudas y discusiones doctrinales acerca de la fuerza o de la quiebra –según se quiera ver– del principio indemnizatorio en algunas modalidades del seguro en franco desarrollo, como sucede con el seguro de beneficio esperado, el seguro de valor convencional (póliza estimada), y especialmente en el seguro de valor a nuevo, en el que la aproximación a un seguro de amortización de bienes que se insinúa en algunos supuestos hace desaparecer prácticamente la nota de incertidumbre, y con ella, la idea de riesgo. En otros casos, como sucede con el seguro de caución contemplado ahora en el artículo 68 de nuestra ley, es muy dudosa la existencia de un daño en sentido propio, hasta el punto de que una buena parte de la doctrina viene defendiendo que, tanto por su función económica como por su finalidad práctica, se trata, más que de un contrato de seguro, de un contrato de fianza.

³⁰ Cfr. DONATI, «L'assicurazione del credito», en *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.* (1935), pp. 37 y ss; MORTETTI, «Fideiussione», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino (1968), p. 63.

Esta función económica se identifica con el concepto de causa que defendemos y en ella se puede ver perfectamente la diferencia entre la fianza y el seguro de crédito y entre la fianza y la garantía aseguradora que proponemos.

La causa de la fianza es la garantía de la satisfacción del interés del acreedor, mediante la asunción de una obligación propia por el fiador para cumplir la obligación de otro subsidiaria o solidariamente si se pacta. Por el contrario, la causa de la figura en análisis y del seguro de crédito 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.

Estas figuras tienen por tanto una naturaleza indemnizatoria, aunque la teoría indemnitaria tiene adeptos en la doctrina del seguro y en la doctrina de la fianza. Sin embargo, el objeto del seguro de crédito y de la fianza aseguradora puede ser el mismo o puede ser distinto. El seguro moderno puede tener naturaleza indemnitaria (el de daños) o puede consistir en pagar una determinada suma pactada. El seguro de crédito asegura al acreedor y la fianza aseguradora a cualquiera que pueda sufrir un perjuicio por lo que su objeto puede ser más extenso.

El objeto del seguro de crédito es transmitir el riesgo de un crédito irrecuperable que, frente a un tercero, corresponde a una de las partes del contrato de seguro; consiste en una obligación de resarcimiento por el incumplimiento de una obligación ajena.

En cambio, el objeto de la fianza aseguradora es más extenso y rígido, asumiendo el fiador todos los daños, pudiendo incluso verse privado de repercutirlos si así se pacta; ni siquiera reembolsarlos de quien ha sido causante del incumplimiento y del daño del asegurado, aunque generalmente debe presumirse el reembolso, bien porque se pacte o bien para evitar los supuestos de enriquecimiento sin causa.

Quien asegura que reparará todos los perjuicios que se deriven del incumplimiento de una obligación asume un riesgo mucho mayor que el del seguro ya que soportará todos los daños que de ello se derive, salvo aquéllos que sean producto del fraude o de mala fe.

La amplitud de la fianza aseguradora sería similar a la de un seguro, sin embargo entendemos que el verdadero sentido entre particulares será su aplicación como garantía de las obligaciones. Con esta figura pretenden resarcirse las consecuencias de la falta de pago de un crédito por incumplimiento del deudor, así como los que se derivan para una persona por constituirse o resultar deudora

en una actividad o empresa en la que se le ha animado a participar, garantizándola que no va a sufrir ningún tipo de perjuicio. Se constituye pues para responder de los perjuicios que se derivan no sólo frente al acreedor, sino también frente a quien pueda resultar deudor o perjudicado (seguro de caución) por el riesgo previsto en este caso que será el incumplimiento de una obligación.

En ella no se distinguen como en el seguro, las razones del incumplimiento –mero incumplimiento del deudor en sus obligaciones legales o contractuales (seguro de caución, art. 68 LCS³¹) o insolvencia (seguro de crédito, art. 69 LCS³²)– sino que todo perjuicio o daño para el fiado está protegido y debe ser reparado e indemnizado por el fiador. Sin embargo, el daño estará generalmente representado por las consecuencias de no cumplir una obligación (*id quod interest*).

Pese a esta amplitud de contenidos, la que hemos denominado aquí fianza aseguradora, queremos perfilarla aún más, dejando abierto el resto de posibilidades para futuros análisis. En concreto creemos que la genuina fianza aseguradora no se garantiza nunca a un tercero por lo que nunca tiene naturaleza intercesoria, sino que se garantiza de forma bilateral y consensuada a una persona a la que hemos animado a entrar en una relación jurídica, actividad o empresa y que, a consecuencia de ello, puede resultar deudora en una obligación.

Cierto que podría garantizarse también al acreedor como en la fianza onerosa (1823 del Código Civil) o como en el seguro de caución. Pero así como en la fianza y en el seguro de caución se asegura al acreedor aunque el tomador del seguro pueda ser el deudor, en la fianza aseguradora no se garantiza a un tercero, ni tiene naturaleza intercesoria, sino que se garantiza exclusivamente al que pueda resultar deudor o perjudicado de algún modo.

De este modo queda establecido el contorno de la fianza aseguradora a la que nos referimos en este trabajo.

El fiador, en este caso, no utiliza la ley de los grandes números para calcular la frecuencia con que se producen los siniestros ni tampoco es requisito esencial de la fianza aseguradora la existencia de prima que se calcula según la probabilidad estadística. No hay

³¹ Artículo 68: «Por el seguro de caución, el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador debe serle reembolsado por el tomador del seguro».

³² Artículo 69: «Por el seguro de crédito, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores».

tampoco en la fianza aseguradora, salvo que se pacte, una agrupación de riesgos de análoga naturaleza.

En la fianza aseguradora se asegura sin pagar prima, consiguiendo resultados parecidos a los de la fianza gratuita. Además, no cabe organizar un seguro en que uno de los miembros de la organización o relación jurídica no aporte nada.

La nota de la mutualidad para la satisfacción de necesidades de dinero predica ya el carácter oneroso del seguro. En cambio en la fianza aseguradora ni hay mutualidad ni existe onerosidad entendida como el pago de una cuota o prima. Ni siquiera se identifica la fianza aseguradora con las expresiones de «seguro gratis» o «pólizas gratis» utilizadas en los grandes almacenes, en las que el vendedor incluye la prima de algún modo en el precio de la mercancía, o consigue de este modo aumentar su venta, logrando mayores ganancias y cubriendo con una parte de ellas los gastos del seguro.

De todos modos no podemos decir que el fiador asegurador en la figura en estudio no saque nunca ningún provecho, sino que en la mayoría de los casos la presencia del asegurado en la empresa o actividad que le asegura de algún modo interesará al asegurador salvo que lo haga por pura beneficencia.

De cualquier forma lo cierto es que los recursos necesarios para hacer frente al riesgo no salen en la fianza aseguradora de un conjunto de aportaciones de varios asegurados, sino exclusivamente del patrimonio del fiador asegurador.

En este aspecto recuerda también la fianza aseguradora a un juego de azar, aunque en principio falte para el asegurador la existencia de un premio aunque puede estar enmascarado.

La denominación de fianza aseguradora trae su razón de ser en que la figura también se asemeja a la fianza civil, debido a que quien asegura tiene intención de afianzar padeciendo las consecuencias de un seguro. Quien formaliza una fianza aseguradora lo hace siempre aisladamente, para una operación muy concreta, y estableciendo o tasando el daño que aleatoriamente pueda producirse en el futuro. Su vocación y causa es la de un fiador (algún interés tiene) que se convierte en asegurador, pero no propia y directamente del acreedor (que puede resultar beneficiado), sino del que puede resultar deudor de una obligación y sólo frente a él.

La afinidad de la fianza aseguradora con la fianza ordinaria viene de la mano de la gratuidad de ambas, sin perjuicio de que esté admitida en nuestro Ordenamiento la fianza onerosa que nunca coincidiría con el concepto de fianza aseguradora.

En la otra parte de la relación de fianza aseguradora se encuentra el deudor de una obligación principal, que es animado a ella por

el que dice ser su fiador. Aquél desea prevenir, como en el seguro de daños, el posible riesgo futuro que amenace su patrimonio. Desde este punto de vista podría decirse que tiene más naturaleza asegurativa que el propio seguro de crédito³³.

La fianza aseguradora puede ser muy extensa y no sólo constituirse para proteger al titular de un determinado derecho subjetivo de crédito ante un hipotético daño patrimonial, para garantizar un resultado económico, como la fianza. Pero habiéndola delimitado al riesgo derivado del incumplimiento de una obligación principal y no a cualquier otro peligro fortuito, no tiene propiamente carácter intercesorio, sino directo con el asegurado. Tampoco goza de la relación estructural a que se someten los distintos negocios de garantía, cuya característica estructural se basa en la constitución de una «relación jurídica triangular», en la que intervienen el acreedor, el deudor y el garante³⁴.

Para separarla de otras garantías, la fianza aseguradora se presenta con los tintes de un seguro y, por tanto, como una obligación indemnitaria.

Ante las limitaciones de orden público que plantea la nueva regulación de los seguros, y la amplitud del concepto de garantía, surgen dudas sobre el encaje que pudiera tener la figura descrita.

VI. DIFERENCIAS DE LA FIANZA ASEGURADORA CON EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA

El seguro de caución en origen vino a solventar los inconvenientes de la caución real identificada como prenda irregular³⁵, en la que el deudor entrega cosas muebles en función únicamente de su cantidad, sin haber sido individualizadas o especificadas y el acreedor, en realidad, las hace suyas, viniendo obligado a restituir

³³ Cfr. GARRIGUES, J., *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, 1982, p. 325, la mayoría de los Códigos y leyes especiales del entorno europeo ignoran este seguro. La Ley alemana de 1908 se contenta con mencionar este seguro para declarar que no queda sometida a las restricciones de la libertad contractual que afectan a los demás seguros (art. 187) y la Exposición de Motivos de la Ley francesa de 1930 explica las razones que tuvo en cuenta el legislador para omitir su reglamentación en la ley, y que, a su juicio, justifican la declaración excluyente rotunda que contiene el artículo 1.º «Las operaciones de seguro de crédito no están regidas por los títulos mencionados en el primer párrafo». Por tanto quedará regido por las normas de Derecho mercantil y Derecho civil común.

³⁴ Cfr. BÄR, «Zum Rechtsbegriff der garantie, insbesondere im Bankgeschäft», en *Inaug. Diss.*, Zürich 1963, p. 4.

³⁵ Cfr. la sentencia del TS (sala 1.ª) de 27 de diciembre de 1985 que niega el carácter real de la prenda irregular al establecer que no gozan de la preferencia establecida en el número 2 del artículo 1922 del Código Civil.

el *tantundem* (otro tanto de la misma especie y calidad) en caso de que el deudor cumpla la obligación para cuya adecuada ejecución se constituyó la caución.

La práctica del seguro de caución se remonta al período del seguro de crédito en la primera mitad del siglo XIX. En 1840 se constituyó en Inglaterra la *Guarantee's Society of London*, que lanzó tres tipos de póliza de seguro de caución: la póliza individual de garantía contra el riesgo de infidelidad de los empleados; la póliza individual suscrita por los funcionarios públicos, o tutores, como garantía de su gestión patrimonial, y la póliza suscrita por los concesionarios de obras públicas a favor del Estado, en sustitución de las cauciones reales³⁶.

El seguro de caución adquiere carta de naturaleza en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de octubre, que no ha sido afectado por las reformas de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984 y la última mediante Ley 30/1995, de 8 de noviembre: «*Por el Seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro*»³⁷.

La jurisprudencia en general ha definido el contrato de seguro de daños como aquel en que uno de los elementos que juega es el interés que el asegurado tenga en prevenirse de un posible riesgo en la cosa asegurada, mediante el desplazamiento al patrimonio del asegurador del daño que por el siniestro pueda sobrevenir en el patrimonio del asegurado.

Al igual que en el seguro, en la fianza caucional el riesgo que asume el asegurador no es el mismo riesgo que pesa sobre el asegurado, sino que el garante asume las consecuencias económicamente perjudiciales para el asegurado derivadas de la conversión del riesgo en siniestro (en nuestro caso impago).

En el seguro de caución de obligaciones dinerarias no parece que existan diferencias con otras garantías en punto a la cuantía de la indemnización y en punto a la subrogación, ya que la acción de subrogación general de los seguros de daños del artículo 43 LCS

³⁶ Cfr. KONDER COMPARATO, F., *O seguro de credito*, Sao Paulo, 1968, p. 88; SACERDOTI, *Aspetti delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano*, ASS. I, 1956, p. 278.

³⁷ Cfr. OLIVENCIA, M., «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en ERDERA, E. (ed.), *Comentarios a la ley del contrato de seguro*, I, Madrid 1982, pp. 875 y ss., y en TIRADO SUÁREZ, F. J., *Ley del contrato de seguro*,

aparece sustituida en el artículo 68 LCS por la acción de reembolso contra el tomador-deudor por el importe de la deuda satisfecha por el asegurador más intereses y gastos³⁸.

La diferencia de nuestra fianza ya la hemos apuntado antes. En el seguro de caución se asegura al acreedor aunque el tomador del seguro sea el deudor; en cambio, en la fianza aseguradora no se garantiza a un tercero, ni tiene naturaleza intercisoria, sino que se garantiza exclusivamente al que pueda resultar deudor o perjudicado de algún modo.

VII. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON LOS NEGOCIOS INTERCISORIOS, DE GARANTÍA Y CON LA FIANZA CIVIL ORDINARIA

Garantizar es asegurar a otra persona un resultado económico, si éste no llegara a producirse como consecuencia de ciertos hechos, actividades o contratos³⁹.

Las garantías de la obligación tienen la función de ampliar las posibilidades del acreedor para ver satisfecho su crédito, especialmente en los casos en que el patrimonio del deudor no resulta suficiente (art. 1911 Cci). Bien confiriendo al acreedor un derecho subjetivo que le atribuye un poder directo e inmediato sobre un bien determinado, cuya titularidad corresponde al deudor o a un tercero (1857 y ss. del Cci), o bien atribuyendo al acreedor la posibilidad de que, respecto de la prestación comprometida, responda no sólo el patrimonio del deudor, sino también otros patrimonios (1822 Cci).

³⁸ Cfr. VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., II, Barcelona, pp. 277 a 287, II, pp. 497 y 567-570, destacando que el legislador al admitir este ramo de seguro en concurrencia con las garantías bancarias ha obrado con un criterio de oportunidad, ya que la entidad aseguradora garantiza financieramente la prestación asegurada mediante el cálculo actuarial; TIRADO SÁNCHEZ, *Seguro de caución*, en García Villaverde (director) *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pp. 809 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones*, 17 ed., 1994, II, p. 405.

Las STS de 7 de abril y 5 de junio de 1992 (Arzdi. 3031 y 5002) han rechazado expresamente la aplicación al seguro de caución de las normas de la fianza.

Algunos autores en cambio siguen insistiendo en que entre el seguro de caución y la fianza existe una sustancial coincidencia Cfr. EMBID IRUJO, *El seguro de caución: Régimen jurídico*, «LL» núm. 1950, 1986 y *el seguro de caución como garantía en «Nuevas entidades ...»*, cit, pp. 697 y ss, y CAMACHO DE LOS RÍOS, *Las garantías prestadas por la compañía de seguros de caución*, tesis doctoral, Granada, 1993, Madrid, Mapfre, 1994; y BARRES BENLLOCH, *Seguro de caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?*, en colección «Jurisprudencia práctica», núm. 53, Madrid, 1993.

³⁹ Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo 23, Madrid, 1990, p. 7. La garantía consiste para este autor en la función de aumentar objetivamente la seguridad que un determinado acreedor obtiene de que su interés resultará satisfecho; VON THUR, *Derecho civil*, trad. esp., México, 1949, p. 303.

La pandectística alemana acuñó el concepto general de *Interzession*, refiriéndose a los negocios jurídicos en que un tercero intercede o aparece de alguna manera en el mismo, dejando el término *Garantie* para calificar a uno de los diversos negocios jurídicos de intercesión subsumibles en la categoría general⁴⁰.

En el Ordenamiento jurídico español sólo se utiliza didácticamente el supraconcepto de los «negocios jurídicos de garantía» para referirse a la realidad consistente en que un tercero intercede en la relación obligatoria existente entre acreedor y deudor, reforzando el derecho subjetivo que faculta al acreedor para satisfacer un determinado interés.

Por negocio de garantía entendemos una disposición de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o yuxtaposición la que refuerza al acreedor de que su derecho será satisfecho.

En principio y desde un punto de vista muy general, todo lo que amplía el ámbito de poder jurídico del acreedor debe considerarse garantía⁴¹ y si la fianza aseguradora tuviese por objeto cumplir las obligaciones que tenga que atender el asegurado, en cuanto refuerzo, sería una garantía personal del acreedor.

Sin embargo, la genuina fianza aseguradora que hemos perfilado no se constituye frente al acreedor y como quiera que la garantía se considera desde el punto de vista jurídico como un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que son concedidos al acreedor y simultáneamente se constituye como una nueva obligación del fiador, la fianza aseguradora no es tampoco propiamente una garantía. Quien constituye a favor de alguien una fianza aseguradora lo hace sólo frente a un asegurado que puede resultar perjudicado por no poder cumplir una obligación.

Su constitución a favor del deudor beneficiará indirectamente al acreedor de este deudor. Generalmente, quien asegura el resultado tiene interés en la celebración de un contrato cuyas consecuencias para el acreedor se presentan dudosas, estimulándole a su conclusión mediante el incentivo que supone la seguridad de obtención de concretos beneficios.

⁴⁰ Cfr. MUDGAN, *Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, Berlín, 1899, p. 367. En el Derecho romano en cambio se utilizaba el término intercesión como una asunción de deuda ajena, conceptualmente diferenciada de las denominadas *promissiones indemnitalis*; vid. STAMMLER, «Der Garantievertrag», en AcP, 1886, pp. 52 y 57.

⁴¹ Cfr. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1972, p. 571.

La función de garantía es por sí misma eminentemente abstracta⁴², y en términos generales la fianza aseguradora parece tener suficiente justificación para ser amparada por el Ordenamiento jurídico. Quien garantiza personalmente lo hace movido por una intención que puede ser muy variada que va desde la mera liberalidad a la obtención de algún beneficio o ventaja e incluso quiera beneficiar a un acreedor que sin la fianza aseguradora no podría constituir la obligación por falta de ánimo de quien puede resultar deudor.

1. El marco de las garantías personales

De lo que ha quedado expresado ya podemos deducir que la fianza aseguradora tampoco coincide en su estructura con la fianza civil ordinaria. Sin embargo, por su similitud debemos referirnos a la categoría de las garantías personales (cualquiera que sea su origen), abanderadas por antonomasia desde la Codificación española por la fianza regulada en el Código Civil (art. 1823 Cci).

2. Diferencias y similitudes con la fianza ordinaria del Código Civil

La fianza del Código Civil se presenta como la madre de todas las garantías personales, tratando de extender su influencia, con mayor o menor intensidad, a todos sus hijos.

Sobre la fianza se ha construido gran parte del esquema legal de toda clase de garantías para justificar como dogmas la expansión de sus características (accesoriedad, subsidiariedad) al resto de garantías personales; hasta tal punto de que la palabra fianza se utiliza como sinónimo de garantía (491 Cci)⁴³.

Pero a la fianza aseguradora no le afecta lo que se ha predicado como inherente a las garantías; su carácter subordinado y accesorio a la obligación principal (1212, 1528, 1824 Cci), dependiendo su existencia y subsistencia del derecho principal.

⁴² La garantía es un concepto eminentemente abstracto (*abstrakter Begriff*); BERGSTRÖM/SCHULTZTSZ/KÄSER, *Garantieverträge im Handelsverkehr*, Frankfurt a. M. 1972, p. 8. El concepto abstracto lo utilizamos aquí en las garantías personales en el sentido de que no necesitarían una contrapartida o contraprestación de la otra parte para ser negocios causales. No lo utilizamos en el sentido de que dependan de una obligación principal.

⁴³ Cfr. DUQUE, *Las cartas de patrocinio, en Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero* (1990), p. 730. Así, el Diccionario de la Real Academia Española dice que garantía es el efecto de afianzar lo estipulado, considerando también este término como sinónimo de fianza y prenda.

Se señala como característica de la fianza la de ser subsidiaria respecto de la obligación garantizada. En la doctrina española se ha generalizado la idea de configurar la situación del fiador como la de un deudor subsidiario de la misma obligación existente entre el acreedor y el deudor. De forma que existiría una obligación con dos deudores, de los cuales uno es deudor principal y el otro es deudor subsidiario⁴⁴.

Esta tradición nos ha venido convenciendo de que la fianza, y por extensión la garantía en general, tienen un carácter auxiliar y no tienen fin en sí mismas. De aquí se concluye que la obligación del fiador no puede nacer ni subsistir sin el fundamento de otra obligación válida, que su contenido no excederá del que corresponda a ésta, que no habrá de ser contraída en condiciones más gravosas y que con la principal se transmite y extingue (1824, 1826, 1828, 1847, 1212)⁴⁵.

No puede negarse que este principio tiene muy importantes excepciones. Tanto de la accesoriedad como de la abstracción, en todos los ordenamientos, se utilizan los conceptos con distintos significados y se establecen grados más o menos extensos⁴⁶. Esto provoca muchas confusiones, ya que se abren muchas posibilidades. Por ejemplo, podemos hablar de una fianza autónoma desde el punto de vista sustancial (arts. 1824 y 1826 Cci) que sea accesoría desde la perspectiva de la cesión del crédito del acreedor (1528 Cci).

El que interesa a los efectos de la fianza aseguradora es el vínculo que condiciona su existencia (arts. 1824 y 1827 Cci) y su consistencia (art. 1826 Cci).

La accesoriedad sustantiva de la fianza elevada a la categoría de dogma es demasiado absoluto incluso para la fianza del Código

⁴⁴ Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, el fiador toma sobre sí el cumplimiento de la obligación principal, sin producir novación; DE DIEGO, el fiador se obliga al cumplimiento de la obligación principal subsidiariamente, es decir, cuando el deudor o el fiador anterior no la cumplen; CASTAN, el fiador asume el compromiso de cumplir la obligación, si no lo hace el deudor principal; FRAGALI entiende que la accesoriedad no es una simple cualidad natural en el sentido de considerarla como un efecto jurídico de posible derogación.

⁴⁵ Cfr. BO, *Contributo alla dottrina dell' o bbligazione fideiussoria*, Milán, 1934, p. 45.

⁴⁶ Con muy buen criterio, CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 131, distingue las siguientes acepciones del término accesoriedad: El concepto histórico de accesoriedad carecía de connotación técnica; la fianza era «accesoria» porque accedía o se sumaba a otra obligación de por sí existente. Una segunda acepción no técnica del término pasa por su consideración nominal: «accesoria» es la fianza porque supone la existencia de otra obligación. La fianza es accesoría en un tercer sentido, admitido como tal en el CC, a saber, la fianza, como activo patrimonial es un crédito accesorio de otro activo patrimonial (otro crédito), lo que explicaría los artículos 1212 y 1528. Y por fin, accesoriedad hace igualmente referencia al modo en que se ordenan las diversas obligaciones que pesan sobre el deudor principal, y que, por lo mismo, se extienden al fiador; nos referimos a los accesorios del artículo 1827-II, como obligación secundaria a la que se extiende la fianza simple.

Civil⁴⁷ y con mayor justificación desmedido para otro tipo de garantías.

Esta afirmación no contradice su función auxiliar en beneficio de otro negocio, que origina consecuencias prácticas importantes.

Frente a la corriente tradicional ha reaccionado la doctrina moderna refiriéndose a la fianza, distinguiendo en ella dos obligaciones o, si se prefiere, dos relaciones obligatorias: la obligación garantizada, que es la que existe entre el acreedor y deudor, y la obligación de garantía, llamada a veces obligación fidusoria, que es una obligación entre fiador y acreedor, creada con función de garantía, pero que es obligación diferente⁴⁸. Esta corriente señala que la relación existente entre fiador y acreedor se encuentra formada por remisión respecto de la obligación del deudor al fiador.

Como bien observa DÍEZ PICAZO⁴⁹, la discusión no tiene un alcance meramente teórico y presenta algunas repercusiones de orden práctico, como es, en especial, la posibilidad de construir, en nuestro Derecho positivo, huérfano de regulación legal, garantías distintas de la fianza típica del Código Civil, que depende en buena parte de la respuesta que al problema ahora planteado se dé.

Es verdad que la fianza legalmente pensada atribuye al acreedor de la relación jurídica principal un nuevo derecho de crédito frente a otras personas con un contenido patrimonial idéntico al que continúa ostentando frente a su deudor en virtud de aquella relación. Es, por tanto, una nueva relación obligatoria creada y organizada en función de refuerzo y garantía de la obligación principal.

En cambio, la fianza aseguradora a favor de un posible deudor es bien distinta, ya que no hace nacer un nuevo crédito a favor del acreedor, sino que supone un sólido abrigo para el que pueda resultar perjudicado por ser obligado a cumplir una obligación o pago.

Es cierto que la fianza del Código Civil está concebida para cumplir una función o servicio a la obligación principal. Pero incluso el Código, en los artículos 1822 y 1826, no contradice la existencia de otras fianzas (solidarias, de obligaciones futuras, de obligaciones anulables, etc.) ni la complejidad de las relaciones que se establecen (acreedor, deudor, fiador).

Para Díez Picazo la fianza no absorbe la totalidad de las posibilidades de las llamadas garantías personales y que es una más den-

⁴⁷ Cfr. Cfr. COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, trad. Esp. Mexico, 1949, p. 303; MESSINEO, *Manuale*, II-2, p. 136; GUILARTE, *ob. cit.*, p. 19, entienden que el concepto de accesoriidad no ofrece un gran valor dogmático al dar lugar a una categoría carente de relieve jurídico sustancial por ser excesivamente lata e indeterminada.

⁴⁸ Cfr. CASANOVAS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.

⁴⁹ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 414 y 417.

tro de ellas. Cree, además, que puede sostenerse la idea de que la regulación de la fianza en el Código Civil opera, en cierta medida, como una suerte de Derecho común de las garantías personales, que no impide, naturalmente, otros tipos u otras construcciones, pero que dota a estas últimas, cuando aparezcan, de una cierta excepcionalidad.

Que la fianza no es el centro controlador de toda garantía personal se justifica en el reconocimiento legal de otras garantías de la misma naturaleza, que obedecen a esquemas distintos, como el aval cambiario (garantía abstracta de la letra de cambio), la pena convencional (que asume el propio deudor y que se considera accesoria en algunos principios y abstracta en otros), el aval en sentido amplio, el derecho de retención (que afecta a cosas concretas y se discute su carácter real), las arras (en cuya constitución tampoco intervienen personas distintas a las partes de la obligación). Contiguas a las más tradicionales en el ámbito de las garantías personales en que nos movemos, tratan de abrirse nuevas garantías personales atípicas, como las pólizas de cobertura de riesgos de operaciones bancarias, el seguro de caución, cartas de *confort*, las cartas de patrocinio, pago a primer requerimiento, la fianza abstracta, la fianza *omnibus*, el mandato de crédito, la adhesión de deuda, la asunción de cumplimiento (o asunción de deuda), la promesa del hecho de un tercero, el aval en sentido amplio, etc.

3. Los negocios jurídicos intercesorios de garantía

Ennecerus definía la intercesión como la asunción de una obligación por otro mediante negocio jurídico con el acreedor⁵⁰.

La definición aparta a la fianza aseguradora que ha quedado precisada (negocio principal e independiente) de los negocios intercesorios, al no tener ésta en principio ninguna relación de dependencia con otra relación jurídica, estando pendiente de que se produzca o no un determinado acontecimiento, que consiste en el incumplimiento de otra obligación.

Las legislaciones tardaron en incorporar el contrato de seguros debido a que el Derecho romano ignoraba este contrato. En este Derecho histórico la forma promisoria consistía en una pregunta solemne hecha por el estipulante a otra persona que responde congruentemente y queda obligada por su promesa. Aunque el acto mismo de la estipulación sea convencional, la obligación es unila-

⁵⁰ Cfr. ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil*, trad. Esp., II, 1, p. 407.

teral y abstracta, por cuanto quien la hace valer no necesita probar la causa de la promesa.

En esta forma de crear obligaciones del Derecho romano nos interesa destacar algunas figuras con fines de garantía con caracteres perfectamente diferenciados.

Los términos *intercedere e intercessio* indican, desde un punto de vista general, la asunción de una garantía. En tal sentido, tanto las garantías personales propiamente dichas, cuanto la novación personal tendente a sustituir el deudor antiguo por otro nuevo —*expromissio*— y la sujeción obligatoria de los deudores solidarios —obligación *in solidum*—, constituyen modalidades de la *intercessio*.

Pero la incorporación de estas figuras u otras como la asunción acumulativa de deudas a nuestro Ordenamiento, en cuanto negocio jurídico que goza de la doble naturaleza de negocio jurídico de intercesión y garantía, no parece que puedan ser utilizados como apoyo doctrinal y jurisprudencial para abrir brecha a la fianza aseguradora.

Debido a su carácter principal e independiente, no tiene la fianza aseguradora ningún atisbo de negocio intercesorio al no responder el fiador asegurador frente a un tercero, sino que sólo lo hace frente al fiado asegurado⁵¹ si resulta deudor.

Ninguna de ellas se parece a la fianza aseguradora en la que se establece una obligación independiente entre el fiador asegurador y el asegurado, en el sentido de que éste no debe sufrir ningún perjuicio⁵².

⁵¹ La responsabilidad del fiador se manifiesta en forma muy variada a lo largo de la historia del Derecho romano. En la época republicano-clásica se conocen tres formas de fianza verbal: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. En la etapa justineana sólo existe la *fideiussio* que acumula a las otras dos.

El *fideiussor* responde de todo cuanto puede reclamarse al deudor principal —*idem debitum*—. En ningún caso puede obligarse a más que el deudor principal, aunque sí a menos —*in levioerem causam*—. La *fideiussio* se diferenciaba de la *adpromissio*. En este Ordenamiento romano, en el que todo lo que modificaba la obligación lo consideraba motivo de su extinción, se permitieron sin embargo estas figuras de refuerzo que mantienen la presencia de la obligación primitiva. Toda modificación esencial se traducía en una novación, que suponía la extinción de la deuda existente mediante constitución de una nueva obligación abstracta que ocupaba el lugar de aquélla. El carácter personal de los vínculos obligacionales se consideraba *intuitu personae*. Presumiendo que para el acreedor no es indiferente tener un deudor más solvente y honrado que otro, y tampoco para el deudor es indiferente tener un acreedor más compasivo, menos riguroso que otro.

A los efectos de lo que estamos tratando es muy importante conocer que mediante la *adpromissio* (sólo utilizable en las promesas estipulatorias) se crea un nuevo deudor de lo mismo. El adpromisor prometía lo mismo que prometió el deudor principal («*id quod Titius promisit*»). El efecto novatorio de la expromisión (que analizaremos después y que consistía en que el antiguo deudor se sustituía por otro nuevo) no se produce en la adpromisión gracias a una distinción formal: el nuevo deudor no promete «lo mismo que se debe», sino «la misma promesa». La *adpromissio* constituía una obligación de garantía por medio de la cual un tercero, denominado *adpromissor*, promete lo mismo que había prometido el deudor principal.

⁵² En la *fideiussio* el fiador prometía el mismo objeto que debía el deudor principal («*id quod Titius debet*») para todo tipo de obligaciones. La *fideiussio* es muy similar a la *adpromissio* pero más ventajosa. No es propiamente una promesa sino una autorización o aval por la propia lealtad y nunca podía ser más gravosa que la obligación principal. Se pro-

Las fórmulas intercisorias no encajan absolutamente con la garantía en estudio, ya que se pueden contraer frente al deudor o frente al acreedor, nos muestran posibles construcciones de garantía en cierto modo abstractas, en las que el garante puede, además, obligarse a cosa distinta que la debida por el deudor principal, o puede obligarse en condiciones más onerosas ⁵³. En cambio, en la fianza aseguradora el fiador sólo se obliga frente al que pueda resultar perjudicado de una relación, actividad o empresa.

En el Derecho alemán tradicionalmente se reconoce una promesa de cumplimiento (fianza, *ad promissio*), en la que el fiador se subroga en la obligación principal, y se la diferencia del *contrato autónomo de garantía*.

En el primero se obliga a la consecución del cumplimiento y en el segundo a la indemnización resultante del no cumplimiento ⁵⁴, pero siempre con ánimo de intercesión frente a un tercero que no se presenta con vinculaciones jurídicas en la fianza aseguradora. La fianza y la adpromisión se diferencian en que el fiador, más que obligarse para con el deudor, puede decirse que se obliga o asume una obligación por otro mediante negocio jurídico con el acreedor (1822 Cci). Incluso, aunque no es extraño que el promitente (fiador) se obligue con ambos a la vez o solamente frente al deudor, debe decirse que los efectos favorables o el interés de la constitución de toda garantía redundan en beneficio del acreedor ⁵⁵.

Por el contrario la causa en la fianza aseguradora estriba en reparar el perjuicio por haber resultado obligado a pagar.

En nuestro Ordenamiento también es difícil distinguir las figuras de intercesión y modificación de la relación obligatoria (delegación, expromisión, asunción de deudas), de los negocios jurídicos de garantía, ya que, en definitiva, las primeras consiguen también reforzar el crédito.

En la fianza ordinaria la fuente de la obligación está en la voluntad del deudor de satisfacer el interés del acreedor manifestada en

mete el mismo objeto que debe el deudor principal, pero el efecto novatorio no se produce, porque la promesa no es propiamente estipulatoria. Dentro de ésta, destacan las *promissiones indemnitatis* en las que el declarante promete, igual que el obligado principal, cumplir la obligación principal mediante una prestación del interés (*id quod interest*). Mediante este pacto el acreedor se reservaba la facultad de dirigirse contra el fiador para recuperar aquello que no se pudiera conseguir del deudor principal.

⁵³ Actualmente la doctrina francesa admite la existencia del pacto de *constitutum* como contrato autónomo, por el que un tercero se obliga de modo principal a pagar una deuda ajena, sin sujeción al principio de que el garante no puede obligarse a más que el deudor principal. Cfr. SIMLER, *Cautionnement*, fasc. A, núms. 28, 29.

⁵⁴ Otros Códigos como el suizo y/o el mejicano reglamentan la asunción de deuda.

⁵⁵ Con motivo de la aplicación de la fianza a primer requerimiento ya se ha planteado el traslado de estas instituciones del Derecho alemán al Ordenamiento jurídico español.

el contrato. Con ella se pretende sustituir la obligación del deudor de la mejor forma posible para satisfacer el interés del acreedor, *in natura* o por equivalencia⁵⁶, en cambio en la fianza aseguradora se termina con cubrir el interés del garantizado.

El Derecho alemán ha tenido el mérito de adaptar las clásicas figuras romanas a las necesidades actuales. Así ha reconsiderado la promesa de cumplimiento en su conjunto (expromisión) sin diferenciar los distintos tipos de refuerzo de la obligación principal y sin los efectos extintivos que la caracterizaron en el Derecho romano.

Lo que sucede es que dicha promesa se configura de forma distinta para la fianza que para el contrato de garantía autónoma. En el Derecho alemán se identifica la fianza con la promesa de cumplimiento (sin efectos extintivos) y se rechaza la idea para la garantía autónoma (pago a primer requerimiento) porque en la fianza, como en la adpromisión, la iniciativa parte del nuevo deudor y del acreedor, sin que sea tenido en cuenta el deudor antiguo que puede incluso desconocer el refuerzo. La adpromisión exige siempre la aceptación de la promesa por el acreedor.

Contrariamente al Derecho español, el Código Civil alemán (parágrafos 414 y ss)⁵⁷, regula –sin que se extinga la obligación antigua– la asunción de deuda *liberatoria* de carácter abstracto que hace que el tercero libere al deudor (extinguiendo la obligación primitiva o no) y a su lado, la asunción de deuda *cumulativa* cuando el acreedor adquiere el derecho contra el nuevo deudor pero conservando al mismo tiempo el que tenía contra el acreedor primitivo⁵⁸.

Carrasco Perera⁵⁹ habla de una asunción relativa al deudor o intercesión a favor del deudor en la que se asume una deuda propia en consideración o contemplación de una determinada obligación ajena. Se trata de un refuerzo de la obligación que beneficia al deudor porque no habrá derecho de subrogación y también al acreedor que verá satisfecho su crédito.

En esta asunción puede encontrar resquicio la fianza aseguradora, porque no se hace frente al acreedor ni éste tiene que aceptarla, aún cuando cubra el riesgo del incumplimiento de una obligación, en cuanto promesa hecha frente al deudor de que no sufrirá ningún perjuicio.

⁵⁶ En las obligaciones pecuniarias se puede ver perfectamente, por qué el fiador paga (salvo que se haya obligado a menos) la cantidad de dinero que deba el deudor. Concretamente el artículo 37 de la LCCh con relación al aval de la letra de cambio se pronuncia en el sentido de que: «*El avalista responde de igual manera que el avalado*».

⁵⁷ Estos preceptos recogen la doctrina de Delbrück y Windscheid.

⁵⁸ Cfr. OERTMANN, *Transmisión de obligaciones*, en RDP (1923), pp. 99 ss.

⁵⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, *últ. ob. cit.*, p. 65.

El fiador asegurador no asume la misma cualidad de deudor, pero asume la obligación de satisfacer los perjuicios del deudor, que generalmente coinciden con las reclamaciones que a éste le haga el acreedor, en virtud de un título distinto al suyo, en este caso con tintes de seguro. En definitiva, y en términos abstractos, es garantía porque el acreedor encuentra un nuevo patrimonio del que se va a cobrar su deudor aumentando su patrimonio.

En el tiempo inmediatamente anterior a la Codificación eran conocidas tres formas de intercesión cumulativa para garantía de deuda ajena: el *fideiussor* que se caracteriza porque éste asume la deuda ajena, sin fundar una nueva obligación, extendiendo a sí mismo la vinculación debitoria del deudor principal. *El constitutum debiti alieni*⁶⁰ mediante el cual el garante asume una nueva obligación cuyo contenido es el cumplimiento de una deuda ajena, haciéndose deudor solidario con el obligado principal⁶¹. El *mandatum cualificatum* en el que el garante no se obliga a cumplir la obligación ajena, sino que indemnizará al acreedor por el daño que se le siga por el incumplimiento de la obligación principal⁶².

Ninguna sirve propiamente para la fianza aseguradora al considerarse como fianzas para los iusnaturalistas⁶³. Pero no hay motivo para negar la constitución de un *mandatum cualificatum* exclusivamente frente al deudor.

En el Ordenamiento jurídico español este pacto debe considerarse contractual (porque reúne los requisitos de todo contrato, 1261 Cci) pero no como una fianza de las tipificadas en el Código Civil. Su inadecuación con la fianza se produce fundamentalmente porque no es intercesorio al no ir dirigido a un tercero, aunque también tenga carácter gratuito.

⁶⁰ La técnica de contraer este efecto en el Derecho romano surgía del nudo pacto. Cfr. HUBER, *Praelectiones Iuris Civilis*, L. III, Tit. XXI, n.1: *Fideiussor est qui stipulanti creditori spondet, absque novatione, sua fide et periculo fore quod alius ipsi debet*; PÉREZ, *Praelectiones in duodecim libros Codicis* (ed. Napoles 1755), II, Tit. XLI, núms.1 y 2: *contractus qui verbis constat*; gomez, *Varie Resolutiones*, II, XIII, núm.1: *Fideiussor est ille qui intercedit pro alio et soleniter promisit solvere rem vel pecuniam ab alio debitam*.

⁶¹ Esta es la naturaleza que le ha atribuido Troplong para el derecho francés (de tintes causalistas como el español) al pacto *constitutae pecuniae*. A semejanza de la fianza, este pacto exigirá una obligación principal válida, pero no se trata en el pacto de una «adhesión» a la deuda principal válida, sino de una «adición», respondiendo el nuevo deudor de modo distinto y principal.

⁶² Cfr. WINDSCHEID-KIPP, *Pandekten*, II, 6476.

⁶³ Cfr. WOLFF, *Principes de Droit naturel et des gens* (ed. Caen, 1988), t. II, pp. 148-149.

La fórmula no encaja perfectamente con la garantía en estudio, en la que el garante se obliga a indemnizar y nunca en condiciones más onerosas que el deudor⁶⁴.

Tampoco necesita la fianza aseguradora una obligación principal sobre la que reposar y cobrar vida al tener naturaleza independiente. En cambio, el negocio jurídico de garantía es conceptualmente inconcebible sin una relación jurídica garantizada y que dicha relación tenga que ser válida o eficaz para que la obligación de garantía surta efectos.

De lo dicho puede concluirse que la fianza aseguradora en cuanto reforzamiento goza de afinidades con las garantías personales y no hay razones de orden público para descalificarlo. Pero insistimos en que la fianza aseguradora aunque garantiza no es un negocio intercesorio, sino que sólo cubre los riesgos del asegurado.

Teniendo como objetivo la fianza aseguradora, reparar daños de otro no cabría encajarla en la figura de la asunción de deudas acumulativa (*adpromissio*), ya que supone una nueva obligación para el garante o asegurador, cuando en la asunción acumulativa parece referirse a una sola obligación.

Sin embargo, para salvar el inconveniente la jurisprudencia ha confeccionado una asunción acumulativa con dos obligaciones distintas y no una sola con dos deudores. Además, en nuestro Derecho también se quiso aplicar el principio de que en el contrato de garantía autónoma no se promete el cumplimiento de la obligación ajena sino la indemnización de los daños que sufra la otra parte en caso de incumplimiento del deudor garantizado⁶⁵, lo que no supondría una misma obligación en el deudor principal y en el garante.

Semejante deducción no es fácilmente adaptable a nuestro Ordenamiento jurídico para justificar la existencia de dos funciones distintas. Pese a ello se puede recurrir al expediente técnico del que habla Guilarte que defiende en la fianza civil ordinaria una nueva obligación con el mismo fin y que es extensible también a la asunción acumulativa de deudas, aunque las obligaciones tengan el mismo contenido.

⁶⁴ Actualmente la doctrina francesa admite la existencia del pacto de *constitutum* como contrato autónomo, por el que un tercero se obliga de modo principal a pagar una deuda ajena, sin sujeción al principio de que el garante no puede obligarse a más que el deudor principal. Cfr. SIMLER, *Cautionnement*, fasc. A, núms. 28, 29.

⁶⁵ Vid. PÉREZ Y ALGUER, *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus-Lehmann...*, II, p. 849. Garantizar también consiste en que el fiador cubre a una persona la indemnidad de todo el perjuicio que pueda sufrir como consecuencia de involucrarla en un negocio, actividad o empresa. Se trata de un supuesto de responsabilidad personal por débito ajeno.

Ahora resta por examinar si cabe construir estas figuras sobre la asunción de deudas acumulativa y observamos que no cabe hacerlo sin contradecir la propia naturaleza de la asunción cumulativa que siempre se refiere a la misma obligación, cuando en la fianza aseguradora se constituye una obligación nueva e independiente de cualquier otra.

Aunque se diga que la fianza, el aval y la asunción de deuda acumulativa, técnicamente, se construyen como nuevas y propias obligaciones, porque el fiador es titular pasivo de una nueva y propia obligación⁶⁶, no tienen la independencia de la fianza aseguradora con relación a la obligación que garantizan en cuanto negocios intercesorios.

Actualmente, doctrina⁶⁷ y jurisprudencia⁶⁸ reconocen sin paliativos la figura de la asunción de deuda, configurándola como una especie de la novación modificativa cuando se refieren a la liberatoria, debiendo prestar el acreedor su consentimiento expreso.

Esta asunción de deuda liberatoria nada nos resuelve en materia de fundamentación de los negocios jurídicos de garantía objeto de nuestro trabajo. En aquella se libera el deudor frente al acreedor, y en la fianza aseguradora se libera al deudor de todo perjuicio que asume el asegurador frente a él.

No se trata, en la fianza aseguradora, de una novación que puede ser extintiva o modificativa, en la que permaneciendo el deudor

⁶⁶ Esto no ocurre con quien asume la deuda para liberar, pero sí con quien asume acumuladamente. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1960 a efectos de diferenciar la fianza de la asunción acumulativa ha dicho: «en caso de asunción cumulativa, el que asume la deuda ingresa en la obligación, para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario, diferenciándose esencialmente de la fianza en que el que se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste; mientras que el fiador que asume la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal».

⁶⁷ Cfr. GARCÍA AMIGO, *La cesión de créditos*, Comentarios al Código Civil, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 71. DÍAZ PAIRO, PUIG PEÑA, COSSIO, ALBALADEJO.

⁶⁸ Cfr. STS de 24 de abril de 1970, 7 de diciembre de 1971, 25 de abril y 7 de junio de 1975, de 5 noviembre de 1990, sentando doctrina jurisprudencial reconocen dentro de la novación modificativa la especie de la asunción de deuda manifestando que la transmisibilidad de las obligaciones en el aspecto pasivo con excepción de las contraídas «*intuitu personae*» procedente en nuestro ordenamiento positivo con arreglo al principio de la autonomía de la voluntad proclamado en el artículo 1255 del CC, en defecto de una regulación específica de la asunción de deuda, aunque venga aludida por algún precepto presuponiendo su licitud –art. 118 LH– ha sido admitida ciertamente por una doctrina jurisprudencial reiterada, que al igual que la de los autores entiende superada en el Derecho moderno la añeja concepción del acentuado personalismo del vínculo obligatorio, inseparable de acreedor y deudor, y afirma que aquella figura no se opone a las líneas dogmáticas del Código sustantivo, acudiendo para construirla al marco de las normas reguladoras del cambio de la persona del deudor en las obligaciones con efectos de novación meramente modificativa tal y como resulta del artículo 1203-2.º, en relación con los 1204 y 1205.

antiguo se suma otro u otros deudores más, reforzando por tanto la deuda con los nuevos deudores y sus patrimonios, sino que consiste en un reforzamiento de la posición de una persona que puede resultar deudora o sufrir otro riesgo derivado de una relación jurídica o del desarrollo de una empresa.

En realidad no se trata de una asunción acumulativa porque no se superpone a otra obligación sino que nace *ex novo* entre asegurador y asegurador.

Lo expuesto no quiere decir que el resto de las garantías, como la fianza aseguradora que examinamos, no beneficien al acreedor al tener todas por finalidad aumentar la seguridad del crédito o que el acreedor vea satisfecho su interés. Lo que decimos de esta garantía aseguradora es que no se pacta directamente entre acreedor y garante sino entre garante y asegurado y no tiene porqué tener dependencia con otras obligaciones.

En busca de una figura que nos pueda justificar la fianza en análisis (como quiera que la asunción acumulativa propiamente dicha supone la incorporación de un nuevo deudor a la misma obligación primitiva), podemos traer a colación la creación de una nueva obligación y no sólo un nuevo deudor, a la que ya hemos denominado *constitutum* en trabajos anteriores⁶⁹ en el entendimiento que nos referimos a una asunción de deuda acumulativa creadora de una nueva obligación.

La diferencia del *constitutum* con la fianza ordinaria se encuentra en que el asuntor constituyente puede pactar con el acreedor y con el deudor su constitución y en que cumple una nueva e independiente obligación que no trae causa de la obligación primitiva aunque tenga el mismo contenido que la del primitivo deudor. Mientras que el fiador pacta con el acreedor y aunque cumpla siempre su propia obligación está condicionada y es accesorio de la obligación principal, modelada sobre su contenido y sus circunstancias, de ahí su accesoriedad.

De lo dicho pueden surgir varios tipos de *constitutum* entre los que, a efectos de fundamentar la garantía aseguradora, interesa destacar los siguientes: el que se hace frente al deudor y también es aceptado por el acreedor, el que sólo se hace frente al deudor sin consentimiento del acreedor, fundamentados ambos en una obligación condicionada a que el asegurado sufra un perjuicio por el incumplimiento anterior de otra prestación.

⁶⁹ ESTRADA ALONSO, E., *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas, Madrid, 2000.

3.1 EL *CONSTITUTUM* HECHO FRENTE AL DEUDOR Y ACEPTADO POR EL ACREEDOR

Éste encuentra su fundamento y apoyo en la *adpromissio* y en el *constitutum debiti alieni* del Derecho Romano y ha sido aceptado por nuestro Ordenamiento jurídico con eficacia para todas las partes.

El promitente constituyente se convierte en codeudor y por tanto con una obligación que para él es nueva y propia aunque sea de igual contenido que la del deudor.

En estos casos el matiz para diferenciar el *constitutum* de la fianza es muy sutil. Si el acreedor se adhiere a la asunción de cumplimiento, el acuerdo en principio formalizado por el deudor y el tercero adquiere también carácter vinculante frente a aquél. Pero en este caso tampoco se oscurece el matiz diferenciativo con la fianza, ya que, no por consentir el acreedor, la asunción acumulativa pierde su abstracción e independencia⁷⁰.

Si interviene el tercer acreedor aceptándola, cualquier modificación deberá ser aceptada por él.

Se separa del régimen de la garantía civil porque la fianza trae causa de la obligación principal; mientras que, en el *constitutum* de deuda, la obligación es independiente y abstracta con relación a la obligación a la que se acumula, aunque la haya consentido el acreedor.

3.2 EL *CONSTITUTUM* QUE SÓLO VINCULA AL ASUNTOR FRENTE AL DEUDOR, SIN CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR

El genuino⁷¹ *constitutum* de refuerzo es el que surge del pacto entre deudor y asegurador. En él cabe su resolución o modificación por estipulación contraria sin posible interferencia del acreedor, porque en todo caso se mantiene su primitivo deudor y nunca sale perjudicado.

Se diferencia de la fianza en que la situación del fiador no puede alterarse por ningún pacto con el deudor principal, ya que, normalmente, para que la fianza exista, requiere la perfección de un acuerdo con el acreedor.

Ya hemos visto que, en cualquier caso, el consentimiento del acreedor no condiciona su carácter abstracto o accesorio, viniéndole dado el primero por tratarse de una obligación con su propia vida independiente.

Esta independencia es aún mayor en el caso de que la eficacia de la segunda obligación acumulada esté condicionada al incumpli-

⁷⁰ NICOLO, *L'adempiamento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 828.

⁷¹ Cfr. GUILARTE, ob. cit., p. 41.

miento de la primera. Aunque el esquema de la eficacia funciona en las dos instituciones de forma condicional (incumplimiento de la obligación principal), se separan en la dependencia y accesoriedad permitida en una figura y en otra.

VIII. OTRAS FIGURAS AFINES A LA FIANZA ASEGURADORA

1. El contrato autónomo de garantía

En el marco de las garantías personales, se habla también en la doctrina del «contrato de garantía» que se concibe como aquel negocio jurídico en el que una determinada persona asegura a otra un resultado económico, si éste no llegara a producirse como consecuencia de ciertos hechos, actividades o contratos.

Las figuras intercisorias se reconstruyen para Alemania por Stammler⁷² en el año 1886, con los materiales aportados por el Derecho común correspondientes a tres fuentes: la fianza *in duriorum causam* (en la que la tradición del Derecho común advirtió la posibilidad –contra lo dispuesto en el art. 1826 de nuestro Cci– de que no estuviera afectada de invalidez una promesa en que el fiador se obligara a más que el deudor⁷³), la *promissio indemnitis* (en la que existe promesa de deuda propia asegurando la indemnidad a un tercero en el supuesto de ocurrencia de un determinado evento con daño económico para el promisario⁷⁴) y el *mandatum pecuniae credendae* (como técnica de asunción de riesgos por el mandante, siempre que a riesgo suyo un tercero ejecutara una actividad en la que aquél estaba interesado)⁷⁵.

⁷² Cfr. STAMMLER, «Der Garantievertrag», en *AcP*, 1886, p. 2.

⁷³ Esta mayor obligación podía interpretarse como donación, pero también como promesa de garantía desvinculada de la obligación del deudor.

⁷⁴ Esta figura aparece con motivo de la aplicación del SC Veleiano, que impedía a la mujer interceder por otro, sirviendo la *promissio* para excluir el reproche de nulidad cuando pudiera interpretarse que no había una *receptio* de obligación ajena por parte de la mujer, sino promesa de deuda propia con la que la mujer aseguraba la indemnidad a un tercero en el supuesto de ocurrencia de un determinado evento con daño económico para el promisario. En la *intercessio* se asume una obligación ajena (*wird eine fremde Verbindlichkeit übernommen als fremde*) mientras que en la promesa simplemente nos encontramos con la obligación de pagar un daño.

⁷⁵ Una persona autorizaba a otra a que preste a un tercero, surgiendo entonces dos mutuos, uno entre el autorizante como mutuante y el que recibió la cantidad como mutuario, y otro mutuo entre el que entregó la cantidad como mutuante y el que le dio el *iussum* como mutuario. Si en vez de *iussum credendi* hay un *mandatum pecuniae credendae*, no hay más mutuo que entre el mandatario como mutuante y el tercero como mutuario; pero el mandatario tiene además una *actio mandati* contraria contra el mandante a modo de garantía en caso de que el tercero no pague su deuda.

Este es el *mandatum qualificatum* en el que el garante no se obliga a cumplir la obligación ajena, sino que indemnizará al acreedor por el daño que se le siga por el incumplimiento de la obligación principal.

Si hemos restringido nuestro análisis a la garantía pactada entre el acreedor y el deudor perjudicado, la clave para la fianza aseguradora obligándose sólo frente a una persona perjudicada no parece que pueda venir de la mano de estas figuras intercisorias, consideradas como fianzas para los iusnaturalistas⁷⁶ y por tanto otorgadas frente al acreedor.

Sin embargo, construye Stammmler –dentro del concepto más amplio de garantía o intercesión⁷⁷– la categoría de los contratos dirigidos siempre a evitar daños o perjuicios a un tercero (*Schadloshaltungsverträge*) correspondiendo a quien garantiza una prestación del interés (*id quod interest*). Responsabilidad directa frente a tercero que no se presenta en la fianza aseguradora, pero que, a la postre, beneficia al acreedor.

Los Códigos Civiles modernos, siguiendo esta pauta, se alejan del Derecho romano. La fianza se incluye en el Código Alemán como un tipo más de *Garantievertrag*, que no es más que una especie general de garantía entre las que habría que incluir otras⁷⁸.

Esta trayectoria del Ordenamiento Alemán, como veremos –fundamentada también en el principio de autonomía de la voluntad y en la necesidad del tráfico de las relaciones obligatorias– puede resultar incompatible con alguna norma de orden público en un sistema causalista como el nuestro, aunque las figuras manejadas por Stammmler como fianzas de indemnidad no accesorias, distintas del contrato de garantía, ya no son extrañas a nuestro Ordenamiento.

Sin necesidad de acudir a otras instituciones externas al Ordenamiento Jurídico español, tratamos en este estudio de justificar la validez de la figura que presentamos, ya sea negocio jurídico de garantía^{79, 80}, ya un seguro o una figura atípica y *sui generis*.

⁷⁶ Cfr. WOLFF en su obra, *Principies de Droit naturel et des gens* (ed. Caen, 1988), tomo II, pp. 148-149.

⁷⁷ Cfr. MÜLLER, *Interzessionsfälle des geltenden Rechts*, en Inaug. Diss., Tübingen 1928, pp. 22 ss. que explica como en los países germánicos se utiliza el término intercesión como sinónimo de garantía.

⁷⁸ Entre esas contrata en nombre propio la promesa de pagar el cheque por el propio librado o la aceptación de la letra de cambio con objeto de garantizar deuda ajena, Virt. HUECK-CANARIS, *Derecho de los títulos valor*, ob. cit., pp. 229 y 243.

⁷⁹ El BGB olvida la institución de la novación, sustituyendo a la novación objetiva por la dación en pago; la novación por cambio de acreedor adopta la forma de cesión de créditos, y la novación por sustitución del deudor se verifica mediante la asunción de deudas. Se preocupa de regular los supuestos de modificación de la obligación sin perjuicio de su identidad distinguiendo: el contrato de modificación (se modifica la prestación debida en cuanto a su contenido, lugar, tiempo o condiciones), la cesión de créditos (mediante la que se transmite el crédito a un nuevo acreedor) y la asunción de deuda (*Schuldübernahme* en la que un nuevo deudor asume la deuda anterior, sin que ésta se extinga).

⁸⁰ Estos preceptos recogen la doctrina de DELBRUCK y WINDSCHEID. En los párrafos 414 ss. siguiendo esta doctrina, regula la asunción de deuda liberatoria que hace que el tercero libere al deudor y, a su lado, la asunción de deuda cumulativa cuando el acreedor adquiere el derecho contra el nuevo deudor, pero conservando al mismo tiempo el que tenía contra el acreedor primitivo. Este reforzamiento no puede interpretarse más que como garantía.

Al amparo del principio de libertad de contratación que rige el Derecho de obligaciones, se permite, en el Derecho alemán, pactar lo que se crea conveniente, incluso la sustitución y extinción de la primitiva obligación.

Este principio de libertad de contratación no es por supuesto exclusiva del Derecho alemán.

La fianza aseguradora no estaría lejos del denominado contrato de garantía, tal como lo definió Stammeler, en el que una persona asume gratuitamente el riesgo dirigido a obtener una ganancia patrimonial. También Kroener entendió por contrato de garantía aquel en el que uno se obliga frente a otra parte a responder gratuitamente hasta un importe máximo por los daños que para el beneficiario se pudieran derivar de un negocio ya concluido o a punto de concluirse.

Canaris aclara que por medio de este contrato de garantía el garante se compromete frente al beneficiario a responder por un beneficio determinado o por la pervivencia de una situación determinada; además, la prestación asumida no consistirá solamente en prestar el beneficio económico esperado o preocuparse por que se mantenga esta situación, sino que también, en el caso de que no se cumpla alguno de los supuestos, deberá cubrirse el daño económico que de ello se derive para el beneficiario, esto es, estará obligado a satisfacer el interés protegido.

2. El aval en sentido amplio

Se trata de una figura de elaboración jurisprudencial, que pretende una autonomía (reflejada en la inoponibilidad de excepciones) parecida a la del aval cambiario, la garantía a primera demanda o el contrato autónomo de garantía (*garantieverträge*).

Como expresa Carrasco Perera, con esta figura el TS viene intentando o amagando una huida del tipo *fideusorio* y del contrato de fianza antes de que apareciera en escena la garantía a primer requerimiento.

La STS de 24 de noviembre de 1978 postula como un tipo de contrato independiente y distinto de la fianza (no accesorio) aquella fianza en que se pacta por el fiador la renuncia a los beneficios de la quita y espera acordados con el deudor.

Con esta figura se extiende la corriente de que el simple pacto en contrario a algunas de las normas dispositivas de la regulación codificada de la fianza supone ya sin más una exclusión de la fianza tipificada en el Código.

En las sentencias del TS de 20 de marzo de 1980, 11 de julio de 1983 y 17 de julio de 1985 se trataba de avales prestados en títulos cambiarios en los que se discutía si la obligación del avalista subsiste aún después de extinguida la acción cambiaria, entendiendo que se trata de una garantía personal atípica pactada de conformidad con el artículo 1255 Cci.

Estas garantías se diferencian del aval cambiario en que, mientras que el avalista responde de igual manera que el avalado (cambiariamente), el garante independiente no tiene por qué responder del mismo modo que el deudor garantizado, pudiendo tener la obligación de garantía un contenido y duración diferente al de la garantizada; la causa en el contrato autónomo es siempre de garantía, en el aval puede responder a distintas causas (mandato, pacto de favor, garantía); mientras que la obligación de avalista y avalado es solidaria (art. 57 LCCh), en la garantía independiente no es preciso pactar la solidaridad como si de una fianza accesoria se tratase por alcanzar idénticos efectos la citada garantía; o que mientras en el aval responde el avalista ante cualquiera que sea el tenedor legítimo de la letra, en la garantía se asegura una prestación al acreedor beneficiario previamente determinado.

Al aval en sentido amplio también le acompaña la limitación de pactarse en beneficio del acreedor, cuando la fianza aseguradora se pacta en beneficio de un deudor. Sin embargo ya hemos dicho que reparando el perjuicio de este deudor se protege indirectamente al acreedor que ve satisfecho su crédito.

3. La fianza *omnibus*

Es una figura elaborada por la doctrina italiana en la que el garante afianza al acreedor por todas las presentes y futuras obligaciones que el deudor contraiga. Es de carácter abstracto y ha servido en Italia para esquivar los dogmas de la fianza y por consiguiente el reproche de la nulidad, amparando incluso la exclusión convencional de las excepciones⁸¹.

Planteado el negocio jurídico en estos términos, teniendo las garantías naturaleza accesoria en el Derecho español, no tendría validez.

Mediante esta figura no se garantiza una obligación única identificándose fianza y obligación principal, sino que el fiador garantiza un conjunto más o menos amplio de obligaciones.

⁸¹ Cfr. CASSAZ, 3 de septiembre de 1967, en *BBTC* (1967), II, pp. 41 ss.;

La mayoría de la doctrina se inclina por admitirla siempre y cuando se introduzcan determinados factores correctores derivados de la buena fe, de suerte que las obligaciones garantizadas guarden entre sí alguna relación profesional, o de otro tipo, que las conviertan en algo homogéneo, y que el fiador esté informado sobre aquellos cambios en la situación patrimonial del deudor, de manera que, al formalizarse con éste nuevas operaciones, si el afianzado ha sufrido alguna merma en su solvencia, el fiador deba prestar su autorización, ya que el contexto económico y de solvencia no es el mismo que existió cuando se formalizó la operación marco⁸².

La fianza *omnibus* es muy habitual en las pólizas bancarias para el descuento de efectos y cobertura de riesgos, en las que no sólo se pacta el descuento, sino que tienen una finalidad de garantía a favor de la entidad que admite el descuento, sobre el cobro de la suma debida a cargo del obligado principal⁸³. Su finalidad es facilitar al acreditado el descuento de letras, recibos y, en general, efectos de comercio u otros documentos, incluso no endosables, o derechos o créditos registrados en soporte magnético, asegurando al Banco de la cobertura contra los riesgos derivados de tales descuentos y negociación de tales descuentos, bien por falta de pago de los mismos, bien por otro motivo cualquiera, mediante la posibilidad de acceder al juicio ejecutivo con cualquier saldo impagado.

Las entidades financieras han aprovechado la abstracción del documento para incluir cualquier descubierto o saldo deudor que en lo sucesivo presente el acreditado o afianzado por consecuencia de cualquier operación bancaria.

Estos contratos abarcan todas las obligaciones o riesgos del afianzado y con su formalización también pretende huirse del rígido esquema de la fianza.

Se trata de contratos que no son accesorios de la obligación principal que se garantiza, sea presente o futura. Además no tienen, por lo general, plazo de vencimiento definido, por lo que el fiador debe responder de todas las operaciones hasta que se produzca su denuncia unilateral.

⁸² Cfr. MELLADO RÓDRIGUEZ, M., «La fianza en el Derecho Foral Español», *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996, p. 183.

⁸³ Cfr. BERNABÉ LUENGO, *Contratos Bancarios: Las pólizas de cobertura de riesgos de operaciones bancarias: apreciaciones críticas*, p. 628, que define estas pólizas como contratos por virtud de los cuales una o varias personas, con carácter general, solidariamente y hasta un límite predeterminado, se comprometen frente al Banco a asegurarle los distintos riesgos que afecten a la correcta liquidación de aquellas relaciones comerciales de las que deriven obligaciones de pago a cargo del deudor principal y susceptibles de carácter ejecutivo por su formalización mediante fedatario público.

Este tipo de pactos de garantía debe considerarse válido como una garantía condicional de que exista saldo a favor del acreedor, pero siempre que no se limite la oposición de excepciones al fiador, pudiendo éste en la fase procesal traer a los autos cada una de las obligaciones garantizadas, con las limitaciones legales establecidas para el juicio ejecutivo.

4. La fianza *indemnitatis*

En el Tratado de Ennecerus ya vimos que —siguiendo la inspiración alemana— se considera que en el contrato de garantía (contrariamente a la fianza en la que se garantiza el cumplimiento de la obligación ajena) se garantiza la indemnización de los daños que sufra la otra parte en caso de incumplimiento del deudor garantizado⁸⁴.

Esta figura puede encuadrarse dentro de la categoría de los contratos dirigidos a evitar daños o perjuicios a un tercero propios de la doctrina alemana (*Schadloshaltungsverträge*)⁸⁵.

En el Derecho romano fue conocida como una estipulación de indemnidad en la que el fiador se obligaba a cumplir lo que el acreedor no pudiera conseguir del deudor principal (D.46,2, 6 pr.), comprometiéndose el fiador a atender la indemnización resultante del no cumplimiento⁸⁶. En la época clásica el *fideiussor* responde a la par que el deudor principal. El acreedor tiene la facultad de dirigirse, a su elección, contra uno o contra otro, y la *litis contestatio* celebrada con cualquiera de ellos extingue ambas obligaciones. Para evitar este inconveniente, se introduce en la práctica la *fideiussio indemnitatis*, por virtud de la cual el fiador sólo se obliga a pagar la parte de la prestación que el acreedor no logró obtener del deudor principal.

La fianza indemnizatoria se ha incluido en el esquema de la fianza⁸⁷. Así en nuestra doctrina se entiende que la fianza *indemni-*

⁸⁴ Vid. PECHER, *Münchener Kommentar BGB*, & 765 «El garante no se obliga a la consecución del cumplimiento, sino a la indemnización resultante del no cumplimiento, FRAGALI, «Fideiussione e assicurazione», en *BBTC* (1956), I, p. 96, «La obligación del fiador no es indemnizatoria del *id quos interest*, sino subrogatoria de la obligación principal.

⁸⁵ Sobre esta categoría Vid. STAMMLER, «Der Garantievertrag», en *AcP*, 1886, p. 2.

⁸⁶ Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, p. 54. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano ob. cit.*, p. 445, donde recoge GAYO, 3,126; D. 46.1.8,7; D.46; 1,42; TALAMANCA, *Estudios Sánchez del Río*, p. 273 ss; Studi Senesi, 80 (1968), p. 71 ss.

⁸⁷ Así lo ha considerado la jurisprudencia italiana. Vid, Cassaz. De 31 de enero de 1968, *Giust. Civ.* (1968), I, p. 606; Cassaz. de 5 de octubre de 1979, en *Giust. Civ. Massim* (1878). Esta figura se reduce a una fianza en la que la obligación del garante no tiene por objeto el cumplimiento de la prestación, en caso de incumplimiento del deudor principal, sino el simple resarcimiento del daño.

tatis no puede ser sino fianza, pues nuestro Derecho interno carece de otra institución que pudiera suministrar su régimen normativo ⁸⁸.

Sin embargo, no estoy conforme con esta calificación. Sin llegar a calificar la *fideiussio indemnitatis* de contrato innominado con una propia función económico-social, legislativamente atípica (como ha hecho la doctrina italiana ⁸⁹), tengo razones para defender su exclusión del régimen de la fianza y aplicarle un régimen que le viene como anillo al dedo y que ha quedado expuesto anteriormente, el de la *asunción de deuda acumulativa* reconocida con plenos efectos en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La fianza indemnizatoria encaja perfectamente en esta figura, por que se trata de una garantía de cumplimiento de la obligación principal ⁹⁰. De forma que con ella se crea una nueva obligación como en la fianza que consiste en asumir acumuladamente la misma obligación que el deudor principal.

El deseado régimen normativo no se encuentra en la aplicación analógica de la fianza ⁹¹, sino en la asunción de deuda acumulativa en la que persiste la primitiva obligación y se crea una nueva con el mismo contenido.

Observemos que en la fianza aseguradora, pese a que no se obliga el fiador a conseguir el cumplimiento de la obligación primitiva, sino que sólo se compromete a atender la indemnización resultante del no cumplimiento, no sucede lo mismo que en la denominada *fideiussio indemnitatis*. En esta última el fiador sólo se obliga a responder de lo que haya dejado de pagar el deudor, en cambio en la fianza aseguradora el garante asume todo el daño o toda la deuda de la que resulte obligado el garantizado.

Todas estas figuras se diferencian además de la fianza aseguradora en que se realiza el compromiso frente al acreedor y no en beneficio del deudor como en nuestra figura.

En la fianza aseguradora lo normal es que se proteja del perjuicio a quien resulte deudor de una obligación. Con ella se crea una nueva obligación para el promitente muy parecida al seguro, pero no hasta el punto que no puedan diferenciarse.

En la fianza ordinaria se viene diciendo que el fiador cumple su obligación por la que no cumplió el deudor principal, lo que es distinto a concluir que resarce el daño total o parcial producido por la

⁸⁸ Vid. CARRASCO PERERA, *Ob.cit.*, p. 141.

⁸⁹ Cfr. GAMBINO, «Fideiussione, fideiussio indemnitatis e polizze fideiussorie», en *Riv. Dir. Comm.* (1960), I, p. 69.

⁹⁰ Cfr. en este sentido, BOZZI, «La fideiussione», en el *Trattato de Rescigno*, 1984, p. 219.

⁹¹ Vid. DELGADO, «La Fianza», en *Elementos de Derecho civil* de LACRUZ, II, 3, 1986, p. 507.

insolvencia del deudor. Así a la fianza de indemnidad se le ha negado su naturaleza de fianza por tener carácter indemnizatorio Von Thur⁹².

Sin embargo, es muy difícil de deslindar que lo que trata de cumplir el fiador ordinario es la obligación del garantizado y que no busca la reparación de todo perjuicio como en la fianza aseguradora. Especialmente cuando ya el deudor principal ha incumplido.

De este modo, es perfectamente legítimo que el fiador garantice no la deuda inicialmente existente entre deudor y acreedor, sino las consecuencias que deriven del incumplimiento o de la inejecución o defectuosa ejecución de la prestación. En estos casos, el fiador se obliga a pagar al acreedor garantizado el importe en que se llegue a concretar la responsabilidad contractual y esto es lo que trata de cubrir la *fianza indemnitatis*.

La fianza *indemnitis* y la aseguradora tienen un gran parecido, sin embargo podemos destacar dos notas diferenciadoras. Una, la de su extensión en el caso de que la fianza aseguradora cubra incluso las consecuencias de la responsabilidad extracontractual. Otra, la de que la fianza aseguradora suele pactarse en beneficio del propio deudor o perjudicado en una relación jurídica y sólo frente a él, mientras que la fianza se constituye con y frente al acreedor de una obligación.

Tanto la fianza *indemnitis* como la aseguradora deben ser eficaces en nuestro Ordenamiento. Incluso los mayores detractores de este tipo de garantía interpretan que, en aplicación del principio de buena fe, debe ser defendida su eficacia cuando quien pretenda la invalidez haya incluido la figura en el contrato⁹³.

En la fianza *indemnitis* la intercesión del garante consiste en un compromiso de mantener indemne al acreedor del daño que le surja de la imposibilidad de cobrarse del deudor (*Ausfallbürgschaft*)⁹⁴. El acreedor no puede proceder previamente contra el fiador, ni tan siquiera cuando el deudor incumpla⁹⁵. Es el acreedor el que debe perseguir los bienes del deudor, haya o no señalamiento de bienes por el fiador. La obligación es subsidiaria de la del deudor y sometida a la condición suspensiva de que del patrimonio del deudor o de otras garantías de las que el acreedor disponga no

⁹² Cfr. VON THUR, *Derecho civil*, trad. Esp., Buenos Aires, 1946, V.I, p. 199, nota 14.

⁹³ *Vid.* en contra CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 16. La exclusión de excepciones (vgr. Impago de la prima por el tomador) ha de valer aquí, aunque sólo fuera por la razón (adicional) de que se trata de una cláusula más favorable para el asegurado y, en cuanto tal, inobjetable, por aplicación del artículo 2 LCS.

⁹⁴ Cfr. HADDING-HAUSER-WELTER, «*Bürgschaft und Garantie*», en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, III, (1983), p. 660; SCHOLZ-LWOWSKI, *Das Recht der Kreditierung*, pp. 206 y 364.

⁹⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, *Ob. cit.*, p. 140. La defensa del fiador no está limitada a la oponibilidad de la excepción dilatoria del beneficio de excusión, con los requisitos que para su oponibilidad establece el artículo 1.832.

pueda cobrarse el crédito. Se trata de una obligación que cubre el déficit del crédito no cobrado al deudor.

En cambio en la fianza aseguradora es el deudor al que le están reclamando una deuda quien puede dirigirse contra el garante asegurador para que se la cubra o satisfaga, antes o después de que el deudor la haya cumplido.

5. El mandato de crédito

Otra garantía personal la encontramos en el *mandatum pecuniae credendae*, que consiste en el encargo que una persona –mandante– hace a otra –mandatario– para que abra un crédito a un tercero. El mandatario-mutuante puede intentar contra el mandante el *contrarium iudicium mandanti* para exigirle que le resarza los daños derivados de la ejecución del mandato.

Por el mandato de crédito el mandatario se obliga por encargo del mandante a dar crédito a un tercero, respondiendo el mandante de los quebrantos que pudiera sufrir el mandatario (provisión de fondos y gastos incurridos).

Es admitido por nuestra jurisprudencia⁹⁶ cuando se formalice como un verdadero mandato de crédito en uso de la libertad contractual, constituyendo una relación en la que el mandante da instrucciones a un mandatario para que otorgue un crédito a un tercero por su cuenta y riesgo y en nombre propio y a su vez el mismo mandante responda como fiador de las obligaciones que nazcan del crédito otorgado.

Según sea su formulación, la doctrina distingue dos supuestos:

a) Mandato inicial de crédito que una vez ejecutado por el mandatario determina la responsabilidad del mandante de forma similar a la de un fiador, y

b) Mandato de crédito propio, en el que el mandante responde sólo como tal, en la medida en que debe dejar indemne al mandatario que concedió el crédito en base al artículo 1729 Cci.

El mandante es responsable si el mandatario acepta y cumple el mandato concediendo crédito al tercero.

Al no existir limitación alguna de excepciones, es un negocio jurídico válido y su parecido con la fianza aseguradora viene de la mano de la responsabilidad de un tercero en un negocio jurídico en el que no ha sido parte. Sin embargo la independencia de la obliga-

⁹⁶ Cfr. STS de 8 de octubre de 1928 y 22 de diciembre de 1941.

ción del fiador asegurador no se identifica con la función de garantía de otra obligación en el mandato de crédito.

6. Las cartas de patrocinio

Son instrumentos para facilitar la financiación, asegurando el crédito y tranquilizando al acreedor acerca del buen éxito de la operación. Existen clasificaciones variadísimas de estas declaraciones de patrocinio, distinguiéndose las declaraciones de conocimiento de la existencia del crédito, de aprobación de la relación, de confirmación del control, de política de grupo de empresas respecto a sus filiales, de futuro mantenimiento de la participación de la sociedad madre en la filial, de asunción de obligaciones para el caso de desprendimiento del paquete accionario, de influencia, de mantenimiento, de disponibilidad futura de medios para cumplir por parte de la filial, asegurativas del cumplimiento, de asunción del riesgo de pérdidas⁹⁷.

Las que más se parecen a la fianza aseguradora son las dos últimas cuando se realizaren fuera del ámbito de entidades de crédito y de las sociedades pertenecientes al mismo grupo.

El Tribunal Supremo, aunque reconoce las cartas de patrocinio como garantías semejantes a la fianza, mediante la que se contrae una obligación accesoria de indemnizar en caso de que el deudor principal incumpla, que encuentra su apoyo legal en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 Cci, niega que puedan otorgarse cartas de patrocinio fuera de los créditos bancarios solicitados por una filial. Así se pronuncia en la sentencia de 16 de diciembre de 1995, en la que se trataba de la futura ejecución de un contrato de transporte en el que el acreedor no era una entidad financiera⁹⁸.

Dentro de las cartas de patrocinio hay que distinguir las cartas fuertes que incorporan una declaración de contenido negocial frente al banco acreedor (nos comprometemos a reembolsar a primera demanda de ustedes el principal, intereses ..., o a remitirles una garantía incondicional que cubra el principal, los intereses, o estamos de acuerdo de que en el caso de que ustedes nos reclamen una indemnización por el incumplimiento de nuestras obligaciones, res-

⁹⁷ Cfr. LÓPEZ URIEL, «Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía», en *Rev. Fac. Der. Univ. Complutense*, 72, 1985, pp. 327-329 y 338 ss.

⁹⁸ Sobre la profesionalidad de quien admite como garantía la carta de patrocinio, Cfr. CARRASCO PERERA *ob. cit.*, entiende que esta interpretación es incorrecta. No puede restringirse al marco de los grupos de sociedades. En contra, LÓPEZ URIEL, *Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía*, eleva esta circunstancia a condición necesaria.

ponderemos por la cantidad de ...), frente a las débiles que, limitada su eficacia a la de simples *gentlemen's agreements*⁹⁹ no comportan obligación ninguna.

La ambigüedad de esta figura permite que adopten la forma de otros negocios jurídicos (fianza, mandato de crédito, promesa de hecho ajeno etc.).

En contra de que la carta de patrocinio merezca una determinada disciplina unitaria, se han pronunciado algunos autores¹⁰⁰, entendiendo que la declaración unilateral no es fuente de obligaciones en nuestro Ordenamiento, salvo que una norma expresamente lo prevea (art. 1089 Cci). Por tanto la vinculatoriedad que pueda surgir de una carta de patrocinio ha de nacer necesariamente de contrato.

Se puede constituir como negocio autónomo¹⁰¹ según algunos autores que definen la carta de patrocinio como contrato normalmente unilateral, atípico de garantía autónoma e indemnizatoria, de contenido obligatorio variable en razón del número y modalidades de las concretas declaraciones emitidas.

Por la misma razón se puede pactar bilateralmente la fianza aseguradora a modo de carta de patrocinio «fuerte» en cualquier tipo de negocio.

Se diferencian las dos figuras en que así como la carta de patrocinio se declara frente a un acreedor, la fianza aseguradora se puede prestar exclusivamente frente al deudor de una obligación. La carta de patrocinio se presenta como la promesa de hecho de un tercero, en cambio la fianza aseguradora, el compromiso se hace frente al deudor.

7. La comisión de garantía¹⁰²

La comisión de garantía supone una alteración negocial del reparto ordinario de los riesgos en la relación de comisión o en los restantes contratos en los que puede aparecer. Mediante este contrato el comisionista se hace responsable del recto actuar del tercero asu-

⁹⁹ Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio», *RDBB*, 1985, pp. 877 ss., no comportan obligación alguna.

¹⁰⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Las nuevas garantías personales», en *Tratado de Garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 647.

¹⁰¹ Cfr. MAZZONI, «La lettere de patronage», en *AAVV, Le operazioni bancarie*, a cura de PORTALE, II, 1978.

¹⁰² Cfr. PEINADO GARCÍA, J. I., «La comisión de garantía», en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 980 ss. GAY DE MONTELLA, *Código de Comercio Comentado*, tomo III, vol. I, Barcelona, 1936, p. 39; MINERVINI, *El Mandato. La Comisión-El contrato de comisión de transporte*, Barcelona, 1959, p. 218; GALGANO, *Diritto civile e Commerciale*, vol. II, tomo II, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1990, p. 96.

miendo un riesgo que en principio, sin este pacto, debería corresponder exclusivamente al comitente a cambio de una pluscomisión.

El contrato de comisión puede ser integrado dentro de los que se conoce en la literatura económica como agencia o colaboración en sentido amplio, en los que una persona se obliga (el comisionista) a realizar una actividad en favor de la realización de un contrato.

Se parece a la fianza aseguradora porque en las dos alguien garantiza que el interés y expectativas del acreedor en el negocio jurídico será satisfecho. Pero se diferencian en que la comisión es onerosa (comisión) y es comisionista quien responde y garantiza, en cambio, la fianza aseguradora gratuita, siendo el deudor quien resulta protegido y garantizado.

En el contrato de comisión la obligación es de medios (art. 1709 Cci), en cambio en la fianza aseguradora la obligación es de resultado.

La responsabilidad del comisionista surgirá del pacto con su comitente, y en los términos, condiciones y modo en que se hubiese pactado. La conducta del tercero, si bien será el desencadenante de la responsabilidad del agente, no modificará ni calificará esta responsabilidad, sino que se incluirá como un elemento fáctico al que el convenio y la ley asociaron como consecuencia un desplazamiento del riesgo de la operación y, por ende, de la responsabilidad.

El comitente para dirigirse directamente contra el comisionista precisa del incumplimiento del tercero, sin necesidad de constituir a éste en mora.

De lo anterior no cabe deducir, según opinión doctrinal muy extendida, que al comisionista, a modo de fiador, le amparen los beneficios de excusión ni división, sino que, producido el incumplimiento, el comitente está relevado del deber de persecución de los bienes del tercero, pudiendo dirigirse directamente contra el comisionista. Entre comisionista y tercero se establece por tanto una solidaridad pasiva, que faculta al principal a perseguir el cumplimiento de cualquiera de los dos sujetos legitimados pasivamente.

8. El contrato a favor de tercero

El contrato a favor de tercero se define como una relación contractual entre dos personas determinadas, conocidas en la terminología usual en la materia como estipulante y promitente, que implica una relación obligatoria que liga a una de las partes contratantes, en concreto al promitente, con un tercero extraño,

teniendo presente que de aquel vínculo jurídico deriva un derecho de crédito que permite al tercero deducir una pretensión singular en su propio nombre ¹⁰³.

La que denominamos fianza aseguradora no es un contrato a favor de tercero, porque aunque de la misma pueda derivarse alguna ventaja indirecta o efecto reflejo a favor de un tercero, no le confiere un derecho de crédito independiente.

La doctrina alemana denomina contrato impropio a favor de tercero, o contrato con prestación para un tercero, a aquel en que el deudor se obliga únicamente con el acreedor a verificar el cumplimiento ejecutando la prestación al tercero, que sólo queda autorizado para recibir [...].

Si un fiador asegurador se compromete a reparar los perjuicios que el asegurado vaya a tener por constituirse, por ejemplo en intermediario de un suministro o iniciar una actividad empresarial, y a consecuencia de ese compromiso los acreedores del asegurado refuerzan en mayor medida su crédito, no por ello puede ser calificado el contrato de fianza aseguradora como contrato a favor de tercero, porque el citado acreedor no tiene derecho a reclamar judicialmente el cumplimiento establecido contra el fiador asegurador.

No todo contrato en el que exista una prestación dirigida a un tercero se puede sostener que se trate de un contrato a su favor y en la fianza aseguradora el tercero ni tiene derecho subjetivo derivado de su celebración, ni acción, ni está legitimado para recibir la prestación objeto de la obligación.

9. La promesa de hecho de tercero

En la promesa de hecho del tercero el promitente conviene con el promisario en que aquél realizará a favor de éste un determinado hecho o una concreta prestación. Resulta, pues, que el promitente, a diferencia de lo que acontece con la fianza, asume una obligación autónoma y principal, cuyo contenido es lograr la actuación del tercero, y no una obligación de garantía que asegura la satisfacción del interés perseguido por la obligación existente entre aquél y el promisario.

Como observa Gullón, sólo existe una analogía externa con la fianza, consistente en que promitente y fiador se obligan por el hecho u obligación que debe cumplir otro, siendo distinta la causa de cada una de ellas.

¹⁰³ Cfr. PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1998, p. 52.

La fianza aseguradora es distinta a la promesa de hecho de tercero porque en ella quien resulta fiador responde por obligación propia y no de garantía.

IX. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIANZA ASEGURADORA

A) LA EFICACIA DE LA FIANZA ASEGURADORA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En las próximas líneas trataremos de justificar la válida constitución de la fianza aseguradora de carácter personal con entidad propia y no como una especie dentro del género del seguro ni de la fianza, aunque su régimen transcurra necesariamente en la frontera que separa las garantías personales del seguro.

La fianza aseguradora es un contrato privado nacido de la autonomía de la voluntad de los particulares y sometido exclusivamente a los límites del artículo 1255 Cci. Todo el componente de normas administrativas o de Derecho público que acompañan a los seguros no deben incidir en la fianza aseguradora entre privados, cuya fuente de derechos y obligaciones es exclusivamente el contrato.

1. La causa como elemento de control

Debemos valorar si la causa de esta garantía es una causa legítima y suficiente para ser admitida por el Ordenamiento español.

La causa del negocio se entiende como su caracterización, justificación (causa eficiente) y finalidad (causa final) ante el juicio del Derecho.

Lo que se pretenda alcanzar con la realización del negocio, la atribución patrimonial de la obligación o prestación, de cada crédito y su correspondiente obligación, debe ser razonable y lícita ante el Derecho.

Por la doctrina y jurisprudencia se ha concluido que nuestro Código recoge el concepto subjetivo de causa del contrato y no de cada obligación contractual¹⁰⁴, entendida como la función económico social concreta querida por los concretos contratantes que prestaron consentimiento de la que es parte el motivo determinante

¹⁰⁴ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *La causa del contrato*, Zaragoza, 1998.

incorporado¹⁰⁵, conforme o no con el Ordenamiento jurídico, produciéndose la nulidad en el segundo caso.

Si la causa es la función económico social querida por ambos contratantes¹⁰⁶ y no la función económico social que le atribuye a

¹⁰⁵ Cfr. STS de 30 de diciembre de 1985, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., cfr. Comentarios del CCJC, 1986, tomo 10, núm. 270, pp. 3387 ss.; JORDANO BAREA, «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Centenario del Código civil*, tomo I, Madrid, 1990, pp. 1055 y 1056.

¹⁰⁶ Cfr. STS 1.ª S de 29 de noviembre de 1989.-Ponente: Sr. Martínez Calcerrada. La Ley, 1990-1, 474.

Para entender el verdadero alcance o significado de la causa como razón de ser del contrato, no puede omitirse el peso que debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y si ésta puede explicitarse en el conjunto de las circunstancias que emergen, de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto, pues de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado; y aunque es cierto que con ello se margina la dualidad entre la causa, como elemento objetivo trascendente, con los móviles o motivos internos de cada interesado, sin embargo, la conjunción entre ambos es posible, sobre todo si al ser lícitos los móviles particulares que implícitamente explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado coadyuvan al hallazgo de aquel designio de razonabilidad; SAP Tarragona Secc. 3.ª S de 25 de septiembre de 1997.-Ponente: Sr. Albar García. La Ley, 1998, 1634. Aunque el TS ha oscilado en ocasiones en cuanto a la determinación de lo que es la causa de los contratos, ya que en el artículo 1261 CC no se da realmente un concepto de causa, la tendencia mayoritaria parece ser la que se desprende del artículo 1274 CC, la objetiva, entendiendo que la causa es el fin objetivo que se persigue para cada tipo de contrato, ajeno a la intención o subjetividad que significan las motivaciones internas, las cuales son sólo acogibles cuando son reconocidas por ambas partes contratantes. Se exige para que tengan trascendencia los motivos personales que sean reconocidos por ambas partes contratantes y exteriorizados, o al menos relevantes (Cfr. TS S de 11 de abril de 1994); STS 1.ª S de 17 de febrero de 1989.-Ponente: Sr. González Poveda. La Ley, 1989-2, 4. La doctrina jurisprudencial distingue la causa de los contratos, de carácter objetivo, de los móviles subjetivos que impulsan a los contratantes, ya que, aun operando en el campo de la causa concreta, ha de ser separado del móvil meramente individual y oculto que abriga cualquiera de los otorgantes de lo que es propiamente el móvil incorporado a la causa, y como tal, integrado en el acuerdo bilateral, ya que por mucho que se acentúe el aspecto o criterio subjetivista, siempre será menester, para llegar a causalizar, una finalidad concreta, cual es que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (Cfr. TS 1.ª SS de 16 de febrero de 1935, de 20 de junio de 1955, de 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de noviembre de 1961, de 27 de febrero de 1964, de 2 de octubre de 1972 y de 3 de febrero de 1981), en consecuencia, para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en determinadas hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto del pacto concreto, operando a manera de causa impulsiva (Cfr. TS 1.ª SS de 27 de diciembre de 1966, 3 de febrero de 1981, 1 de abril de 1982 y 30 de diciembre de 1985). 28; STS 1.ª S de 15 de febrero de 1982.-Ponente: Sr. De la Vega Benayas) RAJ, 1982, 689. Aunque el artículo 1274 CC no da un concepto genérico de causa en los contratos, sino específico de cada uno, del examen de todos se deduce un sentido objetivo, como fin que se persigue en cada supuesto contractual, ajeno a la irrelevante subjetividad de cada contratante, presuponiendo la ilicitud de la causa aludida en el artículo 1275 CC una finalidad negocial contraria a la Ley o a la moral, común a todas las partes, decididas a concluir el contrato exclusivamente por un motivo ilícito, sin que los móviles de esa índole, ocultos y utilizados por un solo de los contratantes, integren el móvil determinante de la causa, salvo que los otorgantes, de acuerdo, lo eleven a presupuesto determinante del pacto (Cfr. TS 1.ª SS de 16 de febrero de 1935, 30 de enero de 1960, 27 de febrero de 1964, 27 de diciembre de 1966 y 2 de octubre de 1972).

todos los contratos de una misma especie el Código ¹⁰⁷, corresponde justificar en este trabajo si la figura que presentamos la tiene o, dicho en otros términos, si es merecedora de amparo jurídico (*consideration*).

Dentro de las dos funciones caracterizadora y justificadora se desarrollan los criterios de apreciación de la causa. A ellas hacen referencia los artículos 1274 (sobre la causa de la prestación) y 1275 (sobre la causa del contrato) ¹⁰⁸.

Esta causa civil puede ser específica para el negocio de que se trate y en su correspondiente precepto o puede ser una causa genérica como la recogida en el artículo 1274 Cci.

Sin embargo, en los negocios atípicos de garantía como el que aquí se valora nos es obligado justificar la causa o el móvil relacionado con la finalidad perseguida y que cambia según la índole del contrato y de las características de cada contrato en particular.

En desarrollo de esta función, debemos determinar si la fianza caucional contiene una causa merecedora de ser amparada jurídicamente. Si en verdad se trata de una promesa seria y lícita de compromiso que merezca el calificativo de negocio jurídico eficaz ¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *ob. cit.*, p. 53, considerando que si parar los redactores del Code, la causa hubiese sido la función económico social desempeñada por el contrato tal como viene configurado en el mismo Código (por ejemplo, en la compraventa, cambio de cosa por precio) (al modo de la concepción «objetivista» italiana) implicaría inutilizarla casi totalmente como medio de control de cada concreto contrato, porque implicaría automáticamente la licitud de la causa de todo contrato típico.

¹⁰⁸ Para DOMAT Y POTHIER el concepto de causa se refiere a la obligación (a cada vínculo que se contrae) y no al contrato concebido como un todo unitario. En concreto hace referencia al móvil que puede consistir en la contemplación por una de las partes de una ventaja que recibirá del otro contratante o en su mera intención de beneficiar a éste. Sin embargo, la doctrina ha interpretado extensamente el planteamiento de los citados autores buscando un concepto unitario de causa, concluyendo que si para DOMAT Y POTHIER las motivaciones de cada desplazamiento patrimonial o de cada vínculo obligatorio deben gozar de determinadas características si se desea que gocen de la protección de la ley, sólo una visión unitaria de la reglamentación de intereses elaborada por las partes del negocio jurídico puede hacer comprender la interdependencia de las prestaciones de los contratantes, de manera que la satisfacción de la necesidad de uno constituye el medio para satisfacer la del otro y viceversa, siendo, por tanto, referible la causa al contrato y no a cada obligación; o, siendo más exactos, siendo el contrato sobre el que recayó el consentimiento la causa de los vínculos y de las atribuciones subsiguientes.

¹⁰⁹ Es muy ejemplificativo y conocido el texto de la Partida V, Título XIV, Ley XLVII: «... E dezimos, que la torpedad auiene tan solamente de parte de aquel que recibe la paga, o la promission, cuando le promete de pagar alguna cosa, porque no furte, o non mate ome, o non faga sacrelejo, o adulterio, o otra cosa semejante destas; de aquellas que segund natura, e segund derecho, todo ome es tenuto de guardarse de las fazer; que deue tomar, en todas guisas, aquello que recebio por aquella razon. E si non gelo ouiessem pagado, deuen quitar la promission que ouiessem fecho para pagarselo. Ca mucho es cosa desaguisada, de recibir ome ningun precio, por non fazer aquello que el por si mismo es tenuto, naturalmente, de guardarse de lo fazer».

Muchas promesas, tratos, actos de recibir, entregar, hacer o no hacer no tienen significado vinculante y se dice de ellos que no tienen causa.

La imposición de la causa debe hacerse juiciosamente para intentar controlar el contenido de las obligaciones, de modo que no se imponga el cumplimiento de promesas irracionales, inmorales, contra los intereses u opinión general, pero no debe hacerse en casos en que la figura esté jurídica y económicamente justificada ¹¹⁰.

La figura que se enjuicia en este trabajo persigue una utilidad importante como es la propia de los seguros y la circulación del crédito, aumentando la seguridad del acreedor en el sentido de que verá satisfecho su interés.

La causa de la fianza aseguradora está en el interés del asegurado de protegerse frente a la posibilidad de sufrir una pérdida directa e inmediata o daño.

De la comparación de estos principios con el tipo de garantía que se expone debe concluirse que no solamente no estaría prohibida, sino incentivada por la libertad económica y de contratación consagrada en el artículo 1255 Cci y no contradicha por las normas imperativas sobre la materia, sino más bien al contrario, atendiendo a los índices de morosidad de nuestra economía.

Las pretendidas leyes prohibitivas del ejercicio de la actividad aseguradora por los particulares no le serían de aplicación al presentarse como gratuita, sin pago de cuotas y, por tanto, sin identificación plena con el seguro. Su causa puede ser la mera beneficencia o liberalidad reconocida como tal en el artículo 1274 Cci y no perseguida por el artículo 1275.

La denominada fianza aseguradora consiste en que una persona no promete responder por el cumplimiento de la deuda, sino eliminar el riesgo del incumplimiento de la obligación, reparando el perjuicio que de ello se deriva, no frente al acreedor, sino frente a quien puede resultar deudor de una obligación.

No siempre estará exenta de onerosidad porque, mediante la fianza aseguradora, una de las partes asegura un resultado económico a la otra teniendo, la primera generalmente, interés en la celebración de un negocio jurídico distinto entre el asegurado y un tercero. Para animar al asegurado a la constitución de la relación obligatoria, le ofrece la seguridad de que no va a sufrir pérdida y perjuicio alguno. El resultado se garantiza con mayor o menor independencia de cualquier suceso y de ahí dependerá su abstracción o sustantividad.

¹¹⁰ Cfr. MARTY Y RAYNAUD, *Droit civil*, tomo II, vol. I, París, 1962, p. 159.

De esta característica distinguíamos dos tipos de fianza aseguradora, no existiendo en ninguna la obligación de pagar cuotas o primas: *a)* Una, totalmente gratuita o de pura beneficencia; *b)* Otra, gratuita en cuanto al pago de primas, pero en la que existe un interés patrimonial por el fiador asegurador que no se traduce en el cobro de primas periódicas, sino en otro diverso (a la que denominamos parcialmente onerosa). En este caso el fiado-asegurado, además de recibir una liberalidad, viene obligado a realizar una prestación impuesta por el donante, identificándose en mucho con una donación modal regulada en el artículo 619 Cci. A la motivación de beneficencia se añade otra que no se identifica siempre con una motivación subjetiva relevante del donante, sino que tiene cierta importancia jurídica y obligacional para el beneficiado.

Esta actividad o empresa que inicia o ya ha iniciado el asegurado (modo o carga) en unos casos se impondrá como causa de la fianza aseguradora y en otros casos no se identificará con la causa del negocio que sigue siendo la liberalidad¹¹¹, cuestión que habrá de ser tenida muy en cuenta para calificar el negocio.

Aunque es bien sabido que el artículo 1255 Cci no constituye una cláusula de inclusión en nuestro sistema, de modo que pueda servir como habilitación de inclusión en el mismo si previamente no se soluciona la cuestión previa del test del orden público¹¹², ninguna de sus limitaciones debe preocupar la fianza aseguradora. Este precepto –se dice– no otorga particularmente validez a ninguna convención. Por tanto, el artículo 1255 no se utiliza de hecho como razón, sino como efecto de un proceso que no puede justificarse en el propio principio de autonomía. Pero es que la fianza aseguradora no sólo se justifica en la autonomía de la voluntad, sino en una justificación digna de amparo.

Nuestros tribunales han abusado en exceso de la aparente libertad que proclama el artículo 1255. Al punto que se justifica el tratamiento institucional de la autonomía de la voluntad manifestando que no puede en España calificarse de injerencia externa sin desconocer la concepción «espiritualista» del Ordenamiento de Alcalá que se mantiene en el Código de 1888 apartándose del *Code français*.

Los Tribunales, teniendo esto presente, no han tenido escrúpulos en utilizar el artículo 1255 Cci como cláusula de inclusión de nuevos contratos. Finalmente este precepto representa la consagra-

¹¹¹ Cfr. PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1998, p. 173; BARASSI, *La teoría general delle obbligazioni*, vol. II, 2.^a ed., Milano, 1948, p. 260, la causa no está en el modo, está en el intento de liberalidad.

¹¹² Vid. CARRASCO PERERA, A., *ob. cit.* p. 7.

ción en nuestro Ordenamiento del principio de autonomía de la voluntad proclamado en los textos constitucionales (Secc. 10.^a, parr. 1.^o, Constitución de los Estados Unidos, arts. 4, 5 y 17 de la Declaración de los Derechos del hombre) y en los Códigos civiles (arts. 544, 1154 Cci francés; arts. 18, 354, 860, 861 Cci austríaco y art. 1255 Cci español).

Los contratos típicos como la fianza tienen una causa típica que es la que les corresponde por su naturaleza. Éstos son vistos con especial favor por los jueces porque su causa procede de su tipificación y se considera suficiente. La fianza resarcitoria no tendrá la causa de la fianza ordinaria porque tiene complejidades o pactos que alteran su propia naturaleza ¹¹³. Como no la tienen debemos buscarla (como todos los negocios atípicos) en el artículo 1274 (reciprocidad, remuneración o mera liberalidad), sin perjuicio de que algunas de sus normas puedan aplicarse analógicamente.

Por esta vía, fuera de la fianza construida en los artículos 1822 ss., deben reconocerse otros tipos de garantía personal que pueden derogar algunas de las disposiciones que contiene el Cci por no tratarse más que de normas dispositivas.

También se pueden crear garantías independientes como la asunción acumulativa de deudas pactada entre las partes, como se reconoce por la doctrina ¹¹⁴. En términos puramente prácticos, la velocidad del tráfico jurídico y económico exige cada día con mayor vigor menos riesgos, el reforzamiento del crédito, la rapidez y pureza en su exigibilidad.

Para paliar los riesgos del crédito, los acreedores tratan de cubrirse de forma distinta, habiéndose generado una práctica de cláusulas en los contratos de crédito desconocidas en nuestra tradición jurídica, que han de ponerse sobre la mesa para examinar su necesidad y posible adaptación a los criterios dogmáticos de nuestro sistema. El principio de rechazarlas sin debate no se justifica. Además, no existe un rígido fundamentalismo de criterios en nuestro Ordenamiento, ni tan siquiera en la propia fianza que regula el Código civil, como veremos. Si se examina a fondo, se descubre que algunas características no se utilizan más que para distinguir la fianza de otras figuras semejantes.

¹¹³ Cfr. DE CASTRO. *Ob. cit.*, p. 204.

¹¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., *El aval cambiario*, Civitas, Madrid, 1992, p. 130, nota 283; EHEMANN, *Die Gesamtschuld*, Berlín, 1972, p. 336; NÖRR/SCHHEYHING, *Sukzessionen*, p. 410; PECHER, en *Münchener Kommentar*, p. 729; REICHEL, *Die Schuldmitübernahme*, p. 42; REINICKE/TIEDKE, *Gesamtschuld und Schuldsicherung*, p. 114.

2. **Justificación de la fianza aseguradora. Aplicación de la causa de la fianza ordinaria por analogía**

En aplicación de esta repulsa a la creación desahorada de figuras atípicas, se incide en recurrir, dentro del tipo de la fianza tipificada en los Códigos, a cuantas normas pueden ser excluidas en virtud del principio de autonomía.

También se censura el tratamiento que ha tenido el Tribunal Supremo sobre el concepto amplio de aval al considerar las normas de la fianza (1822 ss. Cci) como típicamente imperativas.

Protesta Carrasco Perera advirtiendo que, cuando se habla de «fianza» en el sentido de modelo de referencia para otros negocios —como el contrato de garantía en sentido amplio—, se hace un uso inadecuado de las normas del Título XIV del Libro IV del Código Civil, como si se refiriesen todas a un supuesto de hecho homogéneo, como si se tratase de una continuidad de normas referidas a una realidad jurídica única¹¹⁵. El citado autor recoge varias normas (1828, 1829, 1833, 1835, 1839, 1841, 1852, 1840, 1842, 1848, 1849, 1850) que son aplicables a otras formas de concurrencia de deudores con efecto de garantía para el acreedor que permiten englobar al contrato de garantía no accesoria a que él se refiere, que es la fianza a primer requerimiento.

El esfuerzo del citado autor, sin embargo, se desvanece en materia de fianza aseguradora cuando se tropieza con el artículo 1826 que parece de tono imperativo.

No pueden negarse las similitudes de la fianza con las figuras que exhibimos pese a su diferencia jurídica. La equivalencia en su función de garantía hará que en muchas ocasiones coincidan los efectos. Por eso no podemos negar absolutamente la aplicación analógica de las normas de fianza, pero a nuestro juicio esta aplicación sólo será posible en aquellas normas que o bien tengan carácter positivo en la fianza, o bien coincidan en efectos.

En figuras atípicas como las que presentamos, la analogía habrá de jugar un papel estelar para llenar las lagunas legales, debiendo constatarse previamente si de da el supuesto de hecho objetivo que permite acudir al mecanismo integrador.

Sin embargo, no nos parece la fianza ordinaria la primera fuente integradora de las garantías en examen. Quien quisiera constituir

¹¹⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, *Ob. cit.*, p. 51. Las normas del CC no se limitan a la forma de intercesión denominada fianza, aun cuando su ubicación sistemática en el CC se haya producido en sede de este contrato... Pues bien, con esta precomprensión cabe afirmar que hay ciertas reglas del CC, disciplinadoras de la relación jurídica de fianza, que encuentran una aplicación generalizada más allá de los límites de la propia relación jurídica de fianza.

una fianza aseguradora tendría una figura más acorde, por ejemplo el contrato de seguro.

Incluso remontándonos a fórmulas contractuales históricas, como el *mandatum qualificatum* o el *constitutum*, que nace del mero consentimiento y que se diferencia en sus características de las normas imperativas de la fianza, no podría reconducirse la autorregulación de estas figuras al tipo contractual de la fianza, salvo que todas sus normas se considerasen dispositivas que no es el caso.

Para que proceda la aplicación analógica de una norma, habrá que constatar previamente si se da el supuesto de hecho objetivo que permite acudir a dicho mecanismo integrador.

3. La causa en los negocios jurídicos de garantía

En materia de garantías, por ejemplo la fianza, que es un contrato típico o tipificado, tiene como función la de garantizar personalmente el cumplimiento de una obligación principal. En palabras de Ennecerus, asegurar una obligación mediante la promesa de prestación.

Sabido es que en nuestro Derecho no existe un único concepto de causa y tampoco el artículo 1274 del Cci recoge todos los tipos contractuales ¹¹⁶.

Frente a los defensores del carácter abstracto de las garantías en general que antes veíamos, se habla de una causa *cavendi* o *intercedendi* ¹¹⁷ que, aunque no mencionada en el artículo 1274 del Cci ¹¹⁸, se reconoce su existencia junto con otras como la *credendi* causa, *solvendi* causa, *novandi* causa y todas aquellas que son conformes a los principios generales del Derecho. Significaría que las garantías ya tienen por sí su propia causa, consistente en reforzar la esperanza de cumplimiento de la obligación ¹¹⁹.

La fianza es accesoria e instrumental porque su razón de ser está en reforzar el derecho principal, dándose un anexo funcional entre

¹¹⁶ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ L. H., *La causa del contrato*, Zaragoza, 1998, p. 29. El artículo 1274 no contempla todos los tipos contractuales, dado que nos encontramos ante un Código típicamente latino y decimonónico, que opera de modo ejemplificativo y mediante pinceladas que están destinadas a provocar la analogía y la inducción, no frente a un Código que actúa mediante formulaciones abstractas y omnicomprendivas como el BGB.

¹¹⁷ Expresión utilizada por BADOSSA y CASANOVAS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.

¹¹⁸ Artículo 1274 CC: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (138)».

¹¹⁹ Cfr. VON THUR, *Derecho Civil*, III, p. 198.

la obligación de garantía y la obligación asegurada sin que lleguen a fundirse.

Esta interdependencia se ha utilizado en nuestro Ordenamiento Jurídico en contra de la elaboración de figuras parecidas a la que exponemos. Así se dice (refiriéndose a la estipulación a favor de tercero, la delegación imperfecta y la carta de crédito) que, atendiendo a la regla de orden sistemático que hace referencia a la existencia de distintos niveles dentro de un sistema jurídico, no puede darse una comparación diferenciadora entre aquéllas y la fianza ¹²⁰.

Sin embargo, la figura propuesta sí es medible frente a la fianza por tratarse precisamente de un contrato, aunque sea atípico. El negocio que presentamos en este trabajo es de los denominados atípicos o innominados, por consiguiente habrá que realizar sobre ellos el control individualizado comenzando con la posibilidad de la aplicación analógica de la causa típica (en este caso de la fianza configurada como *intercedendi* causa), para pasar a defender separadamente por qué y para qué de estas figuras, su justificación, moralidad y eficacia.

Las garantías personales no necesitarían una contrapartida o contraprestación de la otra parte para ser negocios causales. Así como los negocios principales –compraventa, préstamo etc.,– tienen una función económica por la que se les reconoce su eficacia jurídica, las garantías tendrían la suya propia que es la de procurar mayor ventaja para el acreedor.

Si toda garantía –incluida la fianza– trata de asegurar la satisfacción del interés perseguido por el acreedor de la obligación principal al constituir ésta, ninguna de las figuras que se presentan son merecedoras de peor trato. Cualquier medio que asegure el cumplimiento de una obligación o el goce de un derecho no puede considerarse irregular y no tendría por qué contrariar el orden público desde el punto de vista del Derecho sustantivo.

La función económica de la institución que exhibimos, reforzando el crédito, parecería que le auguraba un desarrollo extraordinario en el tráfico dado que en los negocios de garantía la causa viene determinada necesariamente por la finalidad aseguradora de los mismos ¹²¹.

¹²⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, *Últ. Ob. cit.*, p. 6. «Así –dice– todo el mundo estará de acuerdo en que no se puede comparar “compraventa” con “prescripción” ya que no están en el mismo nivel de funciones reguladoras dentro del sistema.»

¹²¹ Cfr. DE CASTRO, *ob. cit.*, p. 188; EHEMANN, *Die Gesamtschuld*, p. 340; GETE ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, p. 533; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, p. 367 ss; GUILARTE, *ob. cit.*, p. 59 ss.

La causa típica de esta figura es la garantía, no sólo del acreedor sino del que resulta deudor perjudicado. Pero hay quien ha defendido que la garantía no es un tipo de negocio en sí mismo ¹²² manifestando que la subjetividad es intrínseca a la fianza y que la objetividad va en contra de la consideración de fianza.

Pero más que el negocio, en nuestro Ordenamiento, por mor del artículo 1284 del Cci, importa conseguir el efecto siempre que esté justificado. La justificación de apartarse del régimen de la fianza accesoria del Código civil ya se ha visto que no es intrascendente para el tráfico jurídico y económico.

De esta definición se perfilan bien los contornos que diferencian la fuerza justificadora de la causa de la que hemos hablado anteriormente, de la función de dependencia entre dos obligaciones.

Otra posibilidad es ver la causa de las garantías en la ampliación de agresión del acreedor sobre los bienes del fiador, cualquiera que sea la causa del negocio asegurado ¹²³.

Independientemente de que el concepto de causa no sea pacífico, no es descabellado decir que la fianza aseguradora en estudio la tiene, en el sentido más extendido y bien fundamentada. Su causa, ya se ha dicho, es la de dar la mayor garantía al titular de una relación jurídica que conlleva un riesgo.

Su causa parecería la del seguro pero se desarrolla en un negocio jurídico gratuito, por lo que ha de buscarse su causa en la mera liberalidad de los contratos de pura beneficencia.

Sin embargo, por los motivos que se expondrán, la fianza aseguradora no cabe construirla sobre todos los dogmas de la fianza ordinaria, lo que no debe suponer la negación de toda aplicación analógica de aquellos preceptos del Código.

La fianza ordinaria necesita como presupuesto de existencia una obligación principal de la que la primera depende. Esta accesorieidad no existe en la fianza aseguradora que es independiente de la obligación principal.

B) EL DERECHO DE REEMBOLSO

Ya hemos reiterado que en la fianza aseguradora para que alcance su propio carácter y efecto, debe presumirse la inexistencia del derecho a reembolso frente al asegurado.

Pero el derecho de subrogación no sólo se limita frente al asegurado, sino que, en la fianza aseguradora, el derecho de subroga-

¹²² ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, 4.ª ed., Giuffrè, 1964, p. 207.

¹²³ Cfr. RAVAZZONI, voz «Garanzia», en *Nuovo Digesto Italiano*, p. 280, p. 105; FRAGALI, *ob. cit.* pp. 126 ss.; GUILARTE, *ob. cit.*, p. 75.

ción es posible que tampoco tenga lugar contra el causante del daño, lo que le diferencia también del seguro.

Este es su efecto más paradigmático frente a otro tipo de garantías y seguros. En este caso se cumpliría el efecto normal del pago recogido en el artículo 1156 Cci que es la extinción de la relación obligatoria. Régimen que no es extraño a nuestro Ordenamiento al permitirse esta falta de reembolso en la asunción de deuda en la que el asuntor por la intercesión hace propia la deuda ajena.

La falta de reembolso frente al garantizado se justifica en la asunción acumulativa al resultar de su constitución dos patrimonios afectados a dos obligaciones con el mismo contenido. Pero cualquiera de los dos deudores (el primitivo y el asuntor) que pague, extinguirá la obligación.

El artículo 1209 Cci entiende que la subrogación no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código, en donde no se regula la fianza aseguradora por ser un contrato atípico.

El seguro regula una subrogación *ex lege*, de la que no puede participar la fianza aseguradora, por lo que el fiador asegurador no tiene contemplado legalmente, como en los seguros, derecho de reembolso frente al causante del daño.

La naturaleza jurídica de la subrogación en los seguros es distinta que la del tercero que se subroga en los derechos del acreedor (art. 1203.3.º Cci) y no encaja en ninguno de los casos previstos en el artículo 1210, ni en la subrogación del fiador frente al deudor principal (art. 1838 Cci) ya que la obligación del asegurador nada tiene que ver con la del fiador, que consiste en pagar o cumplir por un tercero. Se trata, la de los seguros, de una subrogación *ope legis* en cuanto pague la indemnización y el tercero haya sido responsable (art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro).

Atendiendo a estos preceptos el fiador asegurador parece no tener derecho de subrogación. Pero atendiendo a otros preceptos del Código civil la conclusión debe ser la contraria.

En primer lugar, en nuestro Ordenamiento Jurídico se admite la subrogación convencional junto con la legal (fundamentándola en el art. 1255 Cci, también en la dicción literal del artículo 1209.2 y en el art. 1159 situado en sede de pago de las obligaciones ¹²⁴).

¹²⁴ Cfr. GARCÍA AMIGO, *ob. cit.* p. 559. Dicha subrogación requiere, al menos, estos dos factores: A) Que se establezca con claridad, como dice el artículo 1209 del CC; es decir, que no haya lugar a dudas. B) Que el pago se realice con aprobación del deudor (art. 1210.2), o al menos, no ignorándolo el deudor (art. 1159). En otras palabras, no todo pago hecho por tercero da lugar a la subrogación, sino sólo cuando concurren ambas exigencias; en otro caso, el pago de tercero dará lugar al reembolso de lo pagado –pago sin voluntad contraria al deudor o al reembolso de lo pagado útil al deudor– si hay voluntad contraria al pago del deudor (art. 1158.2 y 3).

Esto obligaría a pactar siempre en la fianza aseguradora el derecho de reembolso.

Pero además, en segundo lugar, a efectos de la presunción del artículo 1210.2.º Cci el fiador asegurador no sólo paga con aprobación expresa o tácita del deudor, en el caso de que el riesgo consista en el incumplimiento de una obligación, sino que en ocasiones lo hace teniendo interés en el cumplimiento de la obligación a efectos del artículo 1210.3.º Cci.

Aquí sí es importante distinguir (a efectos de subrogación) la fianza aseguradora por mera liberalidad de la realizada por interés del asegurador aunque no siempre sea patrimonial. La distinción tiene importancia a efectos de argumentar que el que asegura, en ocasiones, está más interesado que nadie en la trabazón de una relación jurídica más compleja y que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1210.3.º Cci, tendría derecho a subrogación y que además paga no sólo con aprobación expresa del deudor, sino porque así se ha comprometido a hacerlo.

Pese a ello, lo cierto es que lo que disponen los artículos 1209 y 1210 no tiene carácter imperativo y puede renunciarse a ese interés, pactando la no subrogación, como en los seguros.

Lógicamente el fiado asegurado, en aplicación del principio del *neminem laedere* y de buena fe, no puede librarse de su propia responsabilidad en los casos de actuación negligente o malintencionada.

Además, el asegurado, para evitar el enriquecimiento sin causa y no contradecir el principio indemnitario de los seguros, no podrá reclamar indemnización al causante del daño y simultáneamente al asegurador. Sin embargo si el asegurado ha sido resarcido sólo parcialmente del daño, como ocurre con el infraseguro por aplicación de la regla proporcional, es justo que conserve acción contra el causante del daño, por la parte no cubierta por el seguro.

Finalmente, la diferencia existente entre los artículos 1210.2 (que exige aprobación expresa o tácita del deudor) y el artículo 1159 que habla sólo de la no ignorancia del deudor respecto del pago, debe inclinarse a favor del artículo 1159 en la subrogación legal cuando el tercero paga sin acuerdo previo con el acreedor, bastando la no ignorancia del deudor, es decir, el simple conocimiento. Pero en la subrogación convencional es distinto ya que el pago es realizado con la aprobación, expresa o tácita, del deudor.

Deben distinguirse por tanto los siguientes supuestos:

a) El caso en el que aquel que paga no tiene interés alguno en la obligación (1210.2) pero lo hace con el acuerdo expreso o tácito

del deudor. En este caso se produce la subrogación legal, en la que no se necesita el acuerdo del deudor.

b) El del que paga y no tiene interés alguno en la obligación y la paga ignorándolo el deudor. En este supuesto se reembolsa por lo pagado o por lo útil al deudor (art. 1158).

c) El supuesto de que el que paga no tiene interés alguno en la obligación y la paga en contra de la voluntad del deudor, en cuyo caso se reembolsa por lo pagado o por lo útil al deudor (art. 1158).

d) Finalmente, el que paga lo hace con consentimiento y aprobación de ambos acreedor y deudor y por consiguiente con interés en la obligación. Se señalan como interesados en el pago el fiador y el deudor solidario.

El fiador se subroga por el pago en todas las deudas que el acreedor tenía contra el deudor (1839) ¹²⁵.

También el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización (art. 43 LCS).

Otros supuestos contemplados legalmente son el recogido en el artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria (1205 Cci, 157 Ley Hipotecaria y 230 a 232 del Reglamento Hipotecario) o el artículo 1186 Cci que recoge un supuesto de subrogación en lo que quede de la cosa por parte del acreedor cuando aquella se pierde sin culpa del deudor: «Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta» ¹²⁶.

¹²⁵ El deudor solidario que paga se subroga en el crédito frente a los demás codeudores solidarios «salvo que los efectos de la confusión en cuanto a la posición que le corresponda» (art. 1210.3). Esta posición no concuerda con lo dispuesto en el artículo 1145.2, ya que según éste: «el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus deudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo». Esto quiere decir que no hay subrogación, al menos en la solidariedad. Además según el artículo 1145.1, el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. Si se extingue la obligación ya no puede haber subrogación en la misma obligación. No se trata por tanto de un claro supuesto de subrogación por exigir tanto la legal como la convencional el mantenimiento de la relación obligatoria, con identidad de todos los elementos distintos al primitivo acreedor: el mismo deudor, la misma prestación, idénticas garantías y derechos secundarios o accesorios.

¹²⁶ El artículo 1186 concede al acreedor lo que se ha llamado «residuos jurídicos» de la cosa que el acreedor debió recibir mediante una subrogación *ex lege*. La doctrina extendió esa concesión a los residuos materiales. POTHIER ponía como ejemplo la piel del buey que se debió entregar, por no producirse una extinción plena. Cabe también dentro de esta multiplicidad de regímenes, la subrogación total y la parcial, según que el pago haya sido total o parcial. En este sentido se pronuncia el artículo 1213, a tenor del cual «el acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud de pago parcial del mismo crédito». El artículo 1213 contempla un supuesto, que se puede extender a otros, de mancomunidad de acreedores en una relación obligatoria, reputándose créditos y deudas distintos. Además establece un orden de preferencia a favor del acreedor antiguo que también podrá alterarse convencionalmente.

Se trata de supuestos regulados legalmente en los que no se contempla el acuerdo con el acreedor que sí puede establecerse en la fianza aseguradora.

La subrogación legal y la convencional exigen el mantenimiento de la relación obligatoria, con identidad de todos los elementos distintos al primitivo acreedor: el mismo deudor, la misma prestación, idénticas garantías y derechos secundarios o accesorios.

Así lo dispone el artículo 1212 del Cci: «la subrogación transfiera al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas»¹²⁷.

Vemos que aparecen una cantidad de regímenes distintos que pueden ser pactados convencionalmente. Y con el mismo fundamento podrá renunciarse al derecho de subrogación o reembolso.

Si un tercero paga con conocimiento del deudor de origen, salvo pacto en contrario, a la acción de reembolso prevista en el artículo 1158.2.º Esta conclusión ha sido corregida jurisprudencialmente entendiéndose que si el pago lo ha hecho por interés en el cumplimiento se presume la subrogación prevista en los artículos 1159 y 1210 Cci (cfr. STS de 1 de julio de 1904 y 30 de diciembre de 1931).

Si paga ignorándolo el deudor, sin propio interés, no tiene derecho a subrogación sino de reembolso por lo que hubiere pagado (1159).

Finalmente en el caso de que lo haga con su oposición podrá reclamar en lo que el deudor se haya enriquecido (1158.3.º).

Sin embargo habrá de estarse a lo pactado entre los deudores que pudieron constituir la garantía de forma solidaria, parciaria, mancomunada, subsidiaria, accesoría, omnibus, frente a todo perjuicio, etc.

¹²⁷ Cfr. STS de 13 de diciembre de 1988 y 15 de noviembre de 1990: «Se transfiera el crédito de tal manera que los efectos de ese precepto se producen cuando el crédito se transmite en toda su integridad, extensión y contenido, sin más alteración que el cambio de persona, la del cedente (acreedor antiguo) por el cesionario (acreedor nuevo), como nuevo acreedor, sin perjuicio claro está, de las relaciones que se originen en el aspecto interno entre el subrogante y el subrogado, pero no con proyección a terceros, pues éste (el deudor) con quien queda obligado es con el que se subroga».

Nuestro Ordenamiento Jurídico no admite los negocios sin causa. Por el contrario en el Derecho alemán sí son permitidos estando limitados los deudores acumulados de una u otra forma para oponer al acreedor excepción alguna que derive de la relación básica o subyacente que le ligara con el antiguo deudor.

Esto no ocurre de igual manera en el Ordenamiento Jurídico español que tan sólo alcanza a dar por válida la abstracción procesal o formal, prosperando la ineficacia del negocio si se llega a probar que no tenía causa o que la que tenía es ilícita. Se habla por tanto de la necesidad de causa en términos generales y para todos aquellos contratos en que expresa o tácitamente las partes del mismo hayan querido tenerla.

C) RÉGIMEN DE EXCEPCIONES

El problema de las excepciones oponible por el asegurador también dependerá de cómo o con qué naturaleza se haya constituido la fianza aseguradora por tratarse de un contrato atípico (onerosa o de pura beneficencia).

También dependerá de la relación personal a la que nos refiramos, siendo posibles las siguientes:

1. Relaciones entre el fiado asegurado y fiador asegurador

La fianza aseguradora es gratuita porque el asegurado no paga precio como en la fianza civil onerosa en la que paga el precio el acreedor y como en el seguro que paga el precio el asegurado.

En el seguro se está pagando una prima al asegurador por haberle trasladado el riesgo de un siniestro y, además, una vez satisfecha la indemnización, en la hipótesis que acontezca el siniestro, puede subrogarse en los derechos y acciones que correspondan al asegurado contra las causantes del daño para resarcirse de lo pagado.

Nada de esto ocurre en la genuina fianza aseguradora (por pura beneficencia) porque al afianzado se le cubre de cualquier riesgo o perjuicio de modo que no se puede ir contra él después de haber soportado el daño, y tampoco contra quienes lo han producido cuando se pacte en contrario, salvo que se produzca un enriquecimiento sin causa.

No tendrá lugar el enriquecimiento sin causa contra el asegurado cuando la fianza aseguradora sea totalmente gratuita, ni cuando esta garantía no es totalmente gratuita o inocente para el fiador, entendiendo estos calificativos en el sentido de no obtener éste beneficio alguno. En ocasiones debemos hablar, desde el punto de vista de la relación negocial que se forma con la fianza aseguradora, como de una fianza onerosa no porque el fiador perciba una cantidad de dinero, sino también cuando el garante reciba una ventaja o beneficio a consecuencia de que el deudor-intermediario participe en el indicado negocio, actividad o empresa.

En ambos casos habrán de aplicarse analógicamente las normas del seguro y principios generales de nuestro Derecho.

Entre los principios son de aplicación el del enriquecimiento sin causa o el de la buena fe. Entre las normas de la Ley de Contrato de Seguro, el artículo 19 que dispone: «El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado»; el artículo 10, rescisi-

sión en caso de inexactitud de la declaración del riesgo; el artículo 12, facultad de rescindir cuando tuvo conocimiento de la agravación del riesgo; artículo 17, liberación del asegurador cuando el asegurado no ha aminorado las condiciones del siniestro con manifiesta intención de perjudicar o engañar al asegurador.

La obligación de indemnizar depende de la realización del siniestro en el tiempo y lugar previstos en el contrato; de la relación causal entre el evento previsto y el daño producido; de la existencia o no de dolo o culpa grave del asegurado, y de la demostración del daño.

Cuando se constituye gratuitamente alcanza un grado mayor de abstracción y el asegurador no podrá ni siquiera utilizar las excepciones reales (por ejemplo, si el siniestro viene representado en el perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación, no se podrá oponer la prescripción de la deuda, etc.).

2. Relaciones entre el asegurador y el causante del daño

El carácter autónomo y sustantivo del seguro y de la fianza aseguradora la convierte en una obligación con suficiente abstracción en las relaciones entre el asegurador y el causante del riesgo.

Sin embargo, la gratuidad también constituye la característica que acerca la fianza aseguradora a la fianza ordinaria del Código Civil, de carácter accesorio.

En segundo lugar, distinto del anterior, se encuentran aquellas excepciones que pudiera oponer al asegurador el causante del daño que derivan de la relación subyacente entre él y el asegurado. Por ejemplo, si esta relación es nula, carece de causa o su causa es ilícita. Para su solución habrá de estarse a lo pactado y al conocimiento que tenía de las circunstancias de la obligación el asegurador.

La garantía de todo perjuicio debe estar delimitada en su extensión. La persona del deudor primitivo no desaparece de la obligación (que prohíbe el artículo 1205 Cci), sino que con la fianza aseguradora se añade un nuevo patrimonio a la misma.

No se trata por tanto de una fianza porque aunque en ninguna de las dos figuras se produce la liberación del deudor originario o principal, el fiador cumple su propia obligación y el tercero que asume la deuda cumple la obligación del deudor principal. Además, en la fianza aseguradora, nacida de pacto entre deudor y tercero, cabe su resolución o modificación por estipulación contraria sin posible interferencia del acreedor, mientras que en la fianza, la situación del fiador no puede alterarse por ningún pacto con el deudor princi-

pal, ya que, normalmente, para que la fianza exista requiere la perfección de un acuerdo con el acreedor ¹²⁸.

Pero resulta que es posible que el acreedor se adhiera a la fianza aseguradora, en cuyo caso el acuerdo en principio formalizado por el deudor y el tercero adquiere también carácter vinculante frente a aquél. En este caso —dice Guilarte ¹²⁹— se oscurece el matiz diferenciativo, aunque se mantendrá siempre que la realidad de dos obligaciones, principal y accesoria, en la fianza, frente a la existencia de una relación obligatoria, con un sujeto pasivo, y un responsable de indemnizar en el caso de que exista siniestro en la fianza aseguradora.

El contrato de fianza aseguradora suele ser bilateral e incluso plurilateral, formando parte de relaciones jurídicas complejas en las que existen prestaciones y contraprestaciones entre varios intervinientes. Otra cosa es que la fianza puede independizarse de tales relaciones antecedentes que expliquen su nacimiento.

Así en el ejemplo de la relación trilateral entre el productor de leche, el intermediario y el distribuidor, éste garantiza al segundo para que no sufra ningún tipo de pérdida, pero a la vez existen obligaciones del productor y del intermediario que explican todas las prestaciones. Otra cosa distinta es si dichas prestaciones pueden considerarse recíprocas si nada se dice al respecto.

Desde este punto de vista esta garantía caucional puede considerarse onerosa cuando a fin de obtener el reforzamiento del crédito que aquélla implica, el acreedor realice o prometa realizar cualquier prestación o ventaja a favor del fiador o del deudor principal ¹³⁰.

En definitiva, cuando va destinada a cubrir el riesgo derivado del incumplimiento de una obligación, esta garantía se presenta como un contrato a favor de tercero, de modo que el fiador asume la condición de promitente, el acreedor principal la de beneficiario y el deudor, o un tercero interesado en procurar la garantía, la de estipulante. Es una fianza caucional en garantía de las consecuencias que pueden derivar del ejercicio de una actividad determinada.

Algunas opiniones consideran que la fianza es un contrato unilateral que queda perfeccionada una vez transcurrido el término, que la naturaleza del negocio o los usos requieren sin que el acreedor, al que se le ha comunicado el compromiso de afianzar, se haya opuesto a la oferta ¹³¹.

¹²⁸ Cfr. GUILARTE *ob. cit.* p. 41; BARBERO, *ob. cit.*, III, p. 269.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹³⁰ Sobre el carácter oneroso o gratuito de la fianza en nuestro Derecho, Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 75 ss.

¹³¹ Cfr. MORETTI, «Fideiussione», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1968, p. 108. En igual sentido la sentencia de 14 de noviembre de 1988 que reconoce que la aceptación tácita por el acreedor es suficiente para la efectividad de la fianza.

El esquema es parecido al de las fianzas judiciales en que el beneficiario no es el acreedor, sino el deudor.

Sin embargo caben muchas dudas acerca de la posibilidad de ejercitar el regreso por parte del fiador una vez que ha pagado. En el seguro no hay regreso, pero por ello cobran una prima, sin embargo los fiadores de esta clase de garantía no suelen cobrar prima alguna. En estos casos deberá jugar como criterio de equilibrio el enriquecimiento sin causa.