

LA ACCESORIEDAD DE LA FIANZA

THE GUARANTEE'S DEPENDENCE

OF THE UNDERLYING CREDIT*

*Pablo Gómez-Blanes***

-
- * El presente artículo es un producto del grupo de investigación “Cátedra Garrigues de Derecho Global”.
- ** Doctor. Profesor de Derecho de la Universidad de Navarra. Investigador de la Cátedra Garrigues de Derecho Global. Este artículo extrae su más amplio trabajo *El principio de accesoriadad de la fianza* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008). Aunque centrado más específicamente en el derecho español, para este trabajo, el autor ha procurado recoger referencias de derecho chileno y colombiano, que ayuden a la reflexión. También acude a otros sistemas extranjeros como elemento de contraste e integración.
Correo electrónico: pgomezblanes@unav.es

RESUMEN

Las profundas transformaciones que experimenta la garantía personal del crédito parecen cuestionar el carácter accesorio de la fianza; aspecto este que en la tradición jurídica occidental siempre se ha considerado su fundamento último. La meritada crisis del principio de accesoriedad de la fianza nos brinda una oportunidad única para aclarar el papel que ésta juega en la actualidad, su eficacia, así como sus límites y excepciones. Este artículo propone una construcción unitaria de la garantía personal del crédito sobre la base del principio de accesoriedad. Solo la comprensión cabal del *modus operandi* de la accesoriedad en la fianza permite replantear correctamente, desde una perspectiva enteramente nueva y original, otras instituciones centrales del derecho de obligaciones como son la solidaridad, la novación y los efectos del pago de tercero.

Palabras clave autor: fianza, accesoriedad, garantía independiente o autónoma, fianza a primer requerimiento, cláusula *solve et repete*, causalidad, abstracción, solidaridad.

Palabras clave descriptor: fianzas, seguridad, obligaciones.

ABSTRACT

The deep transformations experienced by personal credit guarantees seem to call into question its link to the main contract which, in the Western legal tradition has always been considered its ultimate foundation. The aforementioned crisis of the link between the guarantee and the main contract gives us a great opportunity to shed light on its present role, its efficacy, as well as its limits and exceptions. This paper puts forward a unitarian understanding of personal credit guarantees, on the basis of the principle that guarantees are linked to the main contract. Only a correct understanding of the way the link between guarantee and the main contract works enables us to redefine correctly, from a completely new and original perspective, other key concepts of contract law, such as joint liability, novation and payment by a third party.

Key words author: Guarantee, Demand Guarantee, Solve et Repete, Causality, Joint Liability.

Key words plus: Finance, Security, Obligations.

Sumario: Introducción, Claves de interpretación de la accesoriedad de la fianza, Accesoriedad en la fase de perfección de la fianza, Accesoriedad en la fase de seguridad de la fianza, Accesoriedad y autonomía de la fianza.

INTRODUCCIÓN

En la tradición jurídica europea, el principio de accesoriadad ha sido siempre el rasgo esencial y emblemático de la fianza. Como quiera que el fiador responde del crédito que el acreedor tiene frente a un tercero, el contenido de su obligación viene determinado por el débito garantizado. El fiador, en cuanto fiador, responde exclusivamente al cumplimiento de una obligación ajena; de manera que sólo queda obligado si existe realmente el crédito garantizado, en la medida del crédito asegurado y, además, sigue todas las vicisitudes del crédito en tanto no se haya estipulado otra cosa.¹ Sin embargo, en la actualidad, la entrada en crisis de este principio de accesoriadad de la fianza se ha convertido en un tema recurrente. Las profundas transformaciones que experimenta la garantía personal del crédito en el moderno tráfico jurídico parecen cuestionar el carácter accesorio de la fianza: de un lado, las nuevas garantías directamente exigibles, sin necesidad de discutir la relación garantizada, plantean la posibilidad de una garantía “independiente” o “autónoma”; de otro, en el propio modelo típico de la fianza, la regla de la accesoriadad parece quebrar en diversos supuestos, como es el caso de la constituida en garantía del incapaz, en garantía de obligaciones infungibles o en garantía de obligaciones futuras y de tracto. La doctrina se replantea así el carácter esencial, de *ius cogens*, del principio de accesoriadad, que para muchos pasaría a ser una regla dispositiva, derogable por voluntad de las partes.²

A mi entender, sin embargo, lejos de impugnar su validez general, estas queiebras y excepciones permiten esclarecer el verdadero alcance del principio. Muchas cuestiones relativas a la fianza se resuelven con una lacónica y, en muchas

-
- 1 El término “*accessio*” aparece en el Digesto casi un centenar de veces y se utiliza en contextos muy dispares. Así, aparece para hablar del peculio (Javoleno, D. 40.7.28.1), para referirse a la *accessio possessionis* (Ulpiano, D. 44.3.8), y, para tratar de las garantías (Paulo, D. 45.1.91.4; Ulpiano, D. 46.1.3; Ulpiano, D. 46.3.43). Sobre la fianza en el derecho romano, vid. OTTO GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts* (Laupp, Tubinga, 1894); ERNST LEVY, *Sponsio, fideipromissio, fideiussio* (F. Vahlen, Berlín, 1907); y, PAOLO FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano I. Le garanzie personali* (Cedam, Padua, 1962). Para un reconocimiento expreso del carácter accesorio de los contratos dirigidos a asegurar el cumplimiento de una obligación, vid. el artículo 1442 del Código Civil chileno (Código Civil de 1855) y el artículo 1499 CC colombiano (Código Civil de 1887). Vid. también los artículos 2335 CC chileno y 2361 CC colombiano, en los que expresamente se habla de la fianza como una obligación accesorias.
 - 2 Se niega incluso el carácter accesorio de la primitiva forma romana de garantía personal, la *sponsio*; y, en general, se rechaza la aplicabilidad al derecho romano de la moderna construcción del principio de accesoriadad. Vid. en este sentido SIRO SOLAZZI, ‘*nè accessiones nè adpromissiones*’, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’* p. 38 (Giuffrè, Milán, 1930) pp. 1-28; WERNER FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschafts-Stipulationen* (Böhau, Weimar, 1932) en especial pp. 7-9, 62 y 147; y, FRANCESCO DE MARTINO, *L’autonomia classica della sponsio* (Jovene, Nápoles, 1937) p. 17. Vid. también ARMANDO TORRENT RUIZ, ‘Accesoriadad de las garantías personales y *beneficium excussionis*’, *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calogne*. 2 (Caja Duero, Salamanca, 2002) pp. 1033-1048, en especial p. 1035, para quien el concepto de *sponsio*-solidaridad quedó sustituido por la *fideiussio*-accesoriadad (p. 1042). Según ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano* (Editore Jovene Napoli, 12ª edición, Nápoles, 2001) p. 845, la accesoriadad de la estipulación de garantía no hacía decaer su autonomía.

ocasiones, abusiva remisión al principio de accesoriedad. La meritada crisis de la accesoriedad de la fianza nos brinda una oportunidad única para aclarar el papel que ésta juega en la actualidad, su eficacia, así como sus límites y excepciones. El alcance o extensión natural del principio de accesoriedad y su posibilidad de exclusión son, pues, las dos cuestiones fundamentales objeto de estudio: ¿En qué manera la obligación garantizada influye y determina la obligación asumida por el fiador? ¿Es posible la exclusión convencional del principio de accesoriedad? Para aproximarse a la accesoriedad de la fianza es preciso partir de una premisa que estimo fundamental: los principios jurídicos no crean propiamente el derecho, sino que lo iluminan. Asimismo, el derecho no deriva de las reglas jurídicas, sino que éstas se extraen del derecho. Idea básica, ya señalada por PAULO, quien, a su vez, se remite a SABINO, y que ha sido recogida en el *Corpus Iuris* encabezando el último título del Digesto: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (PAULO, D. 50.17. 1). Como cualquier otro principio, el de accesoriedad, y sus reglas derivadas (*accessorium cedit soli; quae accessionum locum optinent, extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint; accessorium sequitur naturam principalis*), no son tanto expresión necesaria de una realidad subyacente, como expresión de una *ratio* en la elaboración del derecho; de ahí que su existencia y su misma razón de ser dependan única y exclusivamente de su utilidad explicativa como doctrina compendiosa de casos basados en una misma razón jurídica. Por lo demás, el derecho no puede permanecer ajeno al cambio económico y social, sino que debe adaptarse y adecuarse a la realidad. Esto exige una revisión continua de sus postulados.

En primer lugar, ofrezco las claves interpretativas que sirven de punto de referencia para entender el *modus operandi* de la accesoriedad en la fianza, lo que conlleva la necesidad de contrastar esta regla con otras que informan igualmente el instituto. Así considero la conexión que la idea de accesoriedad guarda con la necesaria remisión de la fianza a la relación de valuta y con su eventual referencia a la de cobertura. Este análisis nos lleva a plantearnos la causa del negocio como nexo de dependencia y la posibilidad de su abstracción. Después, dadas sus similitudes estructurales y funcionales, analizo la posibilidad de cohonestar en la fianza la solidaridad pasiva, la accesoriedad y la subsidiariedad. Por último, correlaciono la accesoriedad de la fianza con su función de garantía y con el principio de autonomía privada.

Seguidamente considero el despliegue de la accesoriedad en toda su virtualidad operativa, tanto en la fase de perfección y constitución de la garantía, como en su consumación y durante toda la vida de la fianza. Aquí abandono las premisas o puntos de partida para centrarme en los problemas concretos y en la resolución de particulares conflictos, desde la convicción de que el derecho no conforma un arquetipo perfecto, de que no existe una geometría euclidiana de las obligaciones,

y de que no es factible prescindir del caso ni del componente histórico de las categorías jurídicas. El carácter accesorio se refleja con claridad en el momento de perfección de la fianza, pues ésta presupone la validez y exigibilidad del crédito asegurado, y su contenido depende de él; de este modo, me refiero a las repercusiones que sobre la fianza ejerce la ineficacia del negocio principal (accesoriedad en el nacimiento), la remisión al crédito garantizado (accesoriedad en el contenido) y la inexigibilidad de la prestación principal (accesoriedad en el ejercicio). Después me centro en la fase de seguridad o consumación de la garantía y en las diversas vicisitudes que puede sufrir la relación asegurada: la extinción o reducción del crédito principal (accesoriedad en la extinción); la novación y acumulación de obligaciones (accesoriedad en la modificación); y el cambio de sujetos (accesoriedad en la titularidad).

La accesoriadad de la fianza también se dejará sentir en la nueva modalidad de garantía “independiente” o “a primer requerimiento”. En el último apartado del trabajo advierto sobre la existencia de ciertas manifestaciones del carácter accesorio en la fianza a primer requerimiento. A mi entender, la posibilidad de condicionar la garantía, la *exceptio doli* y la *condictio* de regreso son expresión de ese mínimo de accesoriadad que existe en la fianza a primer requerimiento.

En definitiva, a mi parecer, el principio de accesoriadad de la fianza sigue siendo un principio jurídico sólido, reclamado por la misma naturaleza de las cosas y apto para informar el derecho actual. Al conciliarse con otras reglas jurídicas, la accesoriadad suele padecer frecuentes quiebras, que paradójicamente no hacen sino confirmarla. Propongo, pues, una construcción unitaria de la garantía personal del crédito sobre la base del principio de accesoriadad. Es más, pienso que solo la comprensión cabal del *modus operandi* de la accesoriadad en la fianza permite replantear correctamente otras instituciones centrales del derecho de obligaciones como son la solidaridad, la novación convencional y los efectos del pago de tercero.

CLAVES DE INTERPRETACIÓN DE LA ACCESORIEDAD DE LA FIANZA

Como es sabido, el principio de accesoriadad no es exclusivo de la fianza. En sentido amplio, una obligación es accesorial cuando se dirige a garantizar el cumplimiento de otra o a completar sus efectos. Por este motivo el régimen jurídico de cada prestación accesorial es diverso, dentro de un común denominador. Una obligación accesorial presupone otra principal de la cual depende y a cuyo servicio se pone, pero reviste una multiplicidad de formas y variedades. Puede ser consecuencia natural de aquella o, por el contrario, resultar de una convención particular; puede sustituir o acumularse a la principal; puede encontrarse con ésta en relación de coordinación o de subordinación; puede ser debida por el mismo deudor de

la principal o por otro distinto. Una obligación es accesoria cuando sustituye o se añade a otra, y a mi entender, nada impide que la relación de accesoriadad sea mutua: dos obligaciones principales y accesorias entre sí. Como veremos, la relación “principalidad-accesoriadad de prestaciones” no interfiere en la relación “principalidad-subsidiariedad de obligados”.³

De hecho, en la fianza, la accesoriadad opera de un manera enteramente peculiar porque tiene lugar entre dos sujetos que concurren solidariamente en satisfacción de un mismo interés, si bien un deudor (el fiador) es subsidiario con respecto del otro (el principal obligado), cuyo crédito asegura en la forma y medida convenidas. A mi juicio, el modo particular de operar la accesoriadad en la fianza viene determinado por el juego combinado de los principios que configuran la fianza: de un lado, causalidad y abstracción; de otro, solidaridad y subsidiariedad; y por último, seguridad y autonomía privada. Veámoslo con detenimiento.

Accesoriadad, causalidad y abstracción

A la accesoriadad de la fianza se puede llegar por el concepto de causa como nexo de dependencia; y a la fianza “a primer requerimiento” a través del fenómeno jurídico de la abstracción. La distinción entre el modelo clásico de fianza y la nueva modalidad de garantía personal del crédito puede explicarse sin ninguna dificultad a partir de la causa de un negocio accesorio y de la posibilidad de su abstracción. La fianza a primer requerimiento es una promesa abstracta de deuda. Al igual que sucede con las obligaciones cambiarias, su abstracción es de la relación de valor o de valuta; como sucede en las obligaciones recíprocas, precisa para abstraerse de una cláusula de pago a primer requerimiento o *solve et repete*.

Al referirse a la causa del negocio de fianza, es preciso separar convenientemente la causa como función jurídica, de la causa como nexo de dependencia.⁴ Conforme al primer sentido, el negocio de fianza cumple una función de refuerzo del crédito mediante la incorporación de un nuevo patrimonio responsable. Conforme al segundo, quien asume una garantía lo hace en atención al crédito asegurado o por asegurar (relación de valuta) y, normalmente, en virtud de una

3 Sobre el carácter ambivalente del término “causa jurídica”, cfr. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005), en especial pp. 197-406. Sobre la causa como función jurídica y la causa como nexo de dependencia, Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* (Civitas, Madrid, 1997) p. 166 y LUIS DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato* (Civitas, Madrid, 2007) pp. 269-271.

4 Sobre las obligaciones que asumen el ordenante y el fiador garante, de conformidad con la naturaleza de este contrato, así como las consecuencias de su cumplimiento, cfr. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda* (Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995) pp. 161-222. Sobre la eventual remuneración al fiador por parte del deudor, Cfr. artículo 2341 del CC chileno (= CC colombiano, art. 2367).

relación preexistente con el deudor (relación de cobertura), de manera que el de fianza se configura como un negocio obligacional de carácter accesorio y, por lo regular, también de ejecución. De la relación de valuta, que puede ser de cualquier naturaleza (compraventa, suministro, préstamo), nace el crédito que se pretende garantizar (pago del precio, devolución del préstamo). Con frecuencia incluye una cláusula por la cual el deudor se compromete a obtener de un tercero la emisión de la garantía (obligación de prestar fiador), aunque esto no es estrictamente necesario (no lo será, si la emisión de la garantía es anterior a la relación asegurada, lo que suele acontecer cuando la fianza se exige como condición previa a la efectiva concesión del crédito o a su negociación); esta obligación de dar fiador se configura como una promesa de hecho ajeno, cuyo contenido no es otro que el que un tercero garantice su obligación. La relación de cobertura no es esencial para la existencia de la fianza, aunque lo habitual es que ésta dependa de aquella. Se trata normalmente de un contrato de mandato o comisión indirecta, en virtud de la cual el deudor (ordenante) solicita a un tercero (mandatario) que, siguiendo sus instrucciones, emita una fianza en favor del acreedor (beneficiario); por su parte, el deudor-ordenante se compromete al pago de una comisión o prima y, en su caso, al reembolso.⁵

De acuerdo con la segunda acepción de causa, como nexo de dependencia, el crédito asegurado (y por tanto, el negocio principal) es causa del negocio de fianza. Del mismo modo, el negocio de cobertura es causa del de fianza; ahora bien, en este último caso, el negocio fideiusorio opera con total abstracción de la causa, lo que se justifica en el principio de relatividad negocial (art. 1257 CC español = Código Civil de 1889) y en general, en el de seguridad del tráfico jurídico. Con respecto de la relación de valuta o subyacente, la fianza es una obligación accesorio; con respecto de la relación de cobertura, el de fianza es un negocio ejecutivo.⁶ Una promesa de deuda puede abstraerse de un negocio subyacente (obligación cambiaria) o de otra promesa con la que se encuentre enlazada (obligaciones recíprocas o sinalagmáticas). De modo similar, la fianza con cláusula de pago a primer requerimiento es una garantía abstraída de la relación asegurada (la relación de valuta).

-
- 5 Para FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* (Civitas, Madrid, 1997) p. 114, el crédito es causa de la fianza. Por el contrario, ÁLVARO D'ORS, 'Sobre la causa de los actos jurídicos', *Anuario de Derecho Civil* (Ministerio de Justicia – Boe Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1956) pp. 578-586, parece referirse a la relación de cobertura. Ambos tienen razón, tanto el crédito garantizado como el mandato del deudor son causa de la declaración del fiador. Pero, obviamente, lo son en sentido distinto. Del mismo modo, también es exacto decir que el negocio de fianza es causa de la obligación del fiador. Como señala ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano. I.* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996) pp. 722-723, los juristas romanos emplearon la palabra "causa" (referida a los negocios, más que a las obligaciones, pero siempre en su acepción de causa eficiente) para indicar la relación entre dos negocios.
- 6 Respecto del crédito cambiario, cfr. CÁNDDIDO PAZ-ARES, *La naturaleza jurídica de la letra de cambio* (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2005) pp. 11-12, con su distinción entre negocios primarios y secundarios. Vid. también JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil. I. Edición revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz* (Imp. Aguirre, Madrid, 1976) pp. 786-788.

La cláusula “*solve et repete*”, “a primer requerimiento” o “sin excepciones”, convierte la fianza en una garantía abstracta. En realidad, esta abstracción supone extender el principio de relatividad negocial a la relación de valuta. Este principio sólo opera *ex lege* respecto de la relación de cobertura; pero las partes pueden extender su aplicación a la de valuta. Es lo que sucede con la garantía a primer requerimiento. Como es natural, la garantía abstracta o a primer requerimiento tiene una causa funcional (reforzar la posición del acreedor) y una causa de atribución patrimonial (el negocio jurídico que lo origina). En cuanto negocio accesorio también tiene su causa en el negocio jurídico al que se refiere y del que depende, si bien es cierto que esta vinculación entre negocios se abstrae; abstracción que se justifica por el hecho de que el fiador es un tercero respecto de la relación garantizada. Así pues, la cláusula *solve et repete* no sirve sólo para abstraer relaciones interdependientes en un negocio bilateral o sinalagmático; también es útil para abstraer una promesa de deuda (fianza) de la relación subyacente (crédito garantizado).

Al igual que sucede con las obligaciones cambiarias y con las recíprocas, la fianza a primer requerimiento es una promesa abstracta de deuda. Como en las obligaciones cambiarias, su abstracción es de la relación de valor o de valuta.⁷ Sin embargo, no se incorpora a un título valor: ni se da el efecto suspensivo, ni la posibilidad de circular de forma cambiaria, ni la protección por apariencia jurídica con la suscripción de la letra. Además, a diferencia de lo que acontece con el crédito cambiario, el acreedor garantizado a primer requerimiento no dispone de un cauce especial que le permita conseguir de una manera rápida una resolución de despacho de la ejecución. En efecto, el crédito cambiario se ventila en el Derecho español por un proceso especial (el juicio cambiario; arts. 819-827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español); por el contrario, la fianza abstracta se tramita por el correspondiente proceso declarativo.

Como sucede con las obligaciones recíprocas, precisa para abstraerse de una cláusula de pago “a primer requerimiento”, o cláusula *solve et repete*. Pero, sin duda, esta cláusula tiene un alcance distinto según se trate de un negocio accesorio, o bien de un negocio bilateral o sinalagmático. La fianza a primer requerimiento es una garantía con pacto de exclusión de excepciones *ex valuta*: la promesa del

7 Cfr. en este sentido ARTURO DALMARTELLO, ‘Solve et repete (Patto o clausola del)’, *Novissimo Digesto Italiano* 17 (Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1970) pp. 847-861, en especial pp. 848-849; y, Cass. (= Corte di Cassazione) 03.12.1981. Sobre la interpretación del artículo 1462 *Codice* (= Código Civil italiano de 1942), vid. Sobre la cuestión, Cfr. LINA BIGLIAZZI GERI, ‘Artt. 1460-1462’, *Commentario del Codice Civile. A cura de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca* (Zanichelli, Bolonia-Roma, 1988); CATERINA MIRAGLIA, ‘Solve et repete’, *Enciclopedia del Diritto* 42 (Giuffrè, Milán, 1990) pp. 1255-1270; c. LUCCHI, ‘Solve et repete (patto o clausola del)’, *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile* 18 (Utet Giuridica, Turín, 1998) pp. 586-598; y, EVA LECCESE, *La clausola solve et repete* (Giuffrè, Milán, 1998). Para un supuesto legal del principio *solve et repete* en contratos sinalagmáticos, vid. el artículo 1528.2 *Codice* (compraventa con cláusula de pago contra entrega de los documentos representativos de las mercaderías).

fiador, al igual que sucede con las obligaciones cambiarias, se abstrae de la promesa que refuerza y de la que es accesoria (la promesa del deudor garantizado). Por el contrario, la obligación de pago del precio a primer requerimiento supone un pacto por el cual se excluyen excepciones derivadas de la prestación debida por la otra parte negocial: la promesa de pago del comprador se abstrae de la promesa de entrega de la cosa. Esta última modalidad de abstracción es de efectos más restringidos, pues las partes de una y otra relación coinciden.⁸

La relación de cobertura ya no es contemplada en términos tan amplios que incluso podía no existir, sino que se trata de una relación de mandato, donde el deudor principal ordena a un tercero que garantice su deuda a primer requerimiento a cambio de una comisión y de reembolsar al fiador también a primera solicitud. La exigencia de una cláusula “a primer requerimiento” puede provenir del acreedor (siempre interesado) o del propio fiador (eventual interesado). Este interés del acreedor por conseguir mayor rigor y seguridad en el cobro de la garantía es un interés legítimo y digno de protección. Pero el fiador, normalmente profesional y ajeno al contrato cuyo cumplimiento garantiza, también puede tener un claro interés en que la fianza se desvincule al máximo de la relación asegurada. En efecto, la posibilidad de utilizar excepciones derivadas de la relación garantizada es una facultad del fiador, pero también una carga, pues lleva consigo el riesgo de que el deudor haga valer contra él excepciones que no opuso al acreedor. Este interés del garante en no entrar en discusiones ajenas ha de reputarse digno de protección, pues parece legítimo que procure evitar toda discusión derivada de una relación de la que no es parte. Por lo regular, el gran perjudicado en una garantía a primer requerimiento es el ordenante (generalmente, el propio deudor), quien deberá pagar el regreso a primer requerimiento del fiador (según las exigencias acordadas en el contrato de mandato o comisión). Ahora bien, esto no significa que el ordenante carezca de interés en que la fianza se pacte a primer requerimiento; de hecho, la solicitará para facilitar la negociación del crédito, para mejorar sus condiciones, o a fin de evitar un depósito caucional.

En cualquier caso, para que el ordenante quede obligado a reembolsar a demanda es preciso su consentimiento: el fiador acuerda una cláusula a primer requerimiento con el deudor mandatario y con el beneficiario, de modo que pague a primer requerimiento, pero también pueda exigir el reembolso a primer requerimiento. El fenómeno suele operar del siguiente modo: el acreedor exige a su deudor que le procure una garantía abstracta; el deudor ordena al fiador que garantice el cumplimiento de su débito a primera demanda, comprometiéndose, por tanto, como

8 Cfr. el artículo 1840 del CC español. Asimismo, vid. el artículo 2377 del CC chileno y el artículo 2402 del CC colombiano; sin embargo, en estos derechos existe, a su vez, un deber de información del deudor al fiador (CC chileno, art. 2376 = CC colombiano, art. 2401). Entiendo que presuponen una relación de mandato.

es lógico, a reembolsarle del mismo modo, en caso de ejecutarse la garantía. El fiador se obliga frente al acreedor a primer requerimiento, de conformidad con lo ordenado por el deudor.

El título que engloba las tres relaciones (garantizada, de garantía y mandato de garantizar a primer requerimiento) recibe el nombre de “contrato autónomo de garantía”, “garantía bancaria”, “garantía independiente”, “garantía abstracta”, “garantía a primer requerimiento” o “garantía a demanda”. Estas denominaciones han adquirido carta de naturaleza en la doctrina y en el tráfico jurídico. Ahora bien, a fin de no caer en equívocos, es importante aclarar tres puntos: a) obligación de garantía en sentido estricto sólo es la que asume el fiador (por lo general, un banco; aunque, no necesariamente) frente al acreedor beneficiario; b) la relación de mandato entre deudor y garante encierra la orden de pagar a primer requerimiento (en consecuencia, el deudor asume una promesa inmediata –abstracta– de pago en regreso, cuyas vicisitudes, como es lógico, no influyen en la relación de garantía); y c) la relación garantizada entre el acreedor y el deudor tiene cierta repercusión sobre las otras dos relaciones, pese al carácter abstracto (siempre hay cierta accesoriadad).⁹

En efecto, las expresiones mencionadas llevan a confusión. El término “garantía”, además de su carácter genérico y predicable tanto de la fianza como de la prenda y otras modalidades, hace referencia a una relación –entre acreedor y garante– en la que no es apreciable ninguna diferencia con la fianza a primer requerimiento. Calificar la garantía de “independiente” es inexacto, aunque resulte ilustrativo (siempre hay cierto nexo de dependencia). Su utilización ha venido, por lo demás, a enturbiar la nítida separación de relaciones (principal, de cobertura y de garantía) y las obligaciones asumidas en cada una de ellas. Que el deudor no pueda oponerse a la acción de regreso no deriva de la relación de garantía, sino de la de cobertura. Aunque estas relaciones pudieran aparecer incluidas en un mismo título formal, siguen siendo relaciones distintas y sometidas al principio de relatividad, de manera que cada parte ha de aceptar las obligaciones que le corresponden. Por esta razón quizá sea más conveniente hablar de “crédito garantizado con fianza a primer requerimiento”. Un contrato, pues, que engloba relaciones jurídicas distintas, pero conexas, al igual que sucede con la denominación “crédito hipotecario”.

9 La equivalencia de los conceptos de “accesoriadad” y “causalidad”, de un lado, y de “no-accesoriadad” y “abstracción”, de otro, ha sido contestada por algunos autores. Vid. entre otros ERNST COHN, ‘Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte’, *Archiv für civilistische Praxis* 15 (Gunter Narr Verlag, Tübinga, 1932) pp. 67-68; CHRISTINA BÖTTCHER, *Das abstrakte Schuldversprechen in der Kreditsicherung* (Lang, Frankfurt am Main, 2007) pp. 24-25; y, ASTRID STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendung anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts* (Mohr, Tübinga, 1996) pp. 18-23. Al respecto, vid. también CHRISTOPH SCHMIDT, *Die sogenannte Akzessorietät der Bürgschaft. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgrund beim Verpflichtungsgeschäft* (Duncker & Humblot GmbH, Berlín, 2001) pp. 275-278.

Además de en el regreso, algunos autores distinguen la garantía autónoma de la “fianza a primer requerimiento” en que esta última excluye solo las excepciones sobrevinidas, no las originarias. Sin duda, un acuerdo de este tenor es válido. Con todo, no es un problema de tipo negocial, sino de interpretación de la voluntad.

Accesoriedad, solidaridad y subsidiariedad

La fianza se identifica con la asunción cumulativa de deuda, y es manifiesta su proximidad con las obligaciones solidarias. Sin embargo, por lo general, la doctrina prefiere hablar de diversas modalidades de garantía personal del crédito. A mi entender, la obligación fideiusoria, junto con la garantizada, da lugar a una situación de concurrencia debitoria de carácter solidario. Ciertamente, fiador y codeudor no son del todo equiparables y, en este sentido, cada uno está sometido a un régimen propio y diferenciado; pero es igualmente cierto que ambas figuras se aproximan en la medida en que cumplen una función de garantía personal y, en consecuencia, responden solidariamente con los demás obligados. En realidad se trata de dos modalidades de solidaridad, según los obligados se encuentren entre sí en relación de coordinación o de subordinación. En la solidaridad paritaria o de deudores por el mismo título hay comunidad, pues no hay graduación entre los obligados; éstos son deudores solidarios sin más, o codeudores. Por el contrario, la obligación fideiusoria da lugar a una solidaridad de carácter graduado o escalonado, en la que los obligados se encuentran en distinto plano: el fiador es un deudor solidario, pero no por título principal, sino por título de subsidiariedad. El deudor principal contrae su obligación con total independencia respecto de la obligación del fiador, e incluso puede desconocer la existencia de la garantía. El fiador, sin embargo, contrae su obligación con vistas a la del deudor principal; su obligación es subsidiaria.¹⁰

Es común hablar de “fianza solidaria” como aquella desprovista del beneficio de excusión y contraponerla a la “fianza subsidiaria”; pero esta terminología es imprecisa y puede llevar a confusión. Todo fiador es deudor solidario en la medida

10 “Solidaridad” y “fianza” son instituciones que, históricamente, han aparecido conexas. Cfr. Gai. 3.121. Vid también ERNST LEVY, *Sponsio, fideipromissio, fideiussio* (F. Vahlen, Berlín, 1907) pp. 29; ÁLVARO D’ORS, *Derecho privado romano* (Eunsa, Pamplona, 2006) pp. 534; y, MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza* (Aranzadi, Pamplona, 1985) p. 24. LLUIS PUIG I FERRIOL, ‘Régimen jurídico de la solidaridad de deudores’, *Libro-Homenaje a Ramón M^o Roca Sastre. II* (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1976) pp. 433-500, p. 442, va demasiado lejos al entender que el fiador solo se distingue del deudor solidario por el beneficio de excusión (y, en su caso, de división) y equiparar al ‘fiador solidario’ con éste. Pero, tampoco es útil distinguir radicalmente una y otra figura como hace VICENTE GUILARTE ZAPATERO, ‘Artículos 1137 a 1148 del Código Civil’, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* 15.2 (Edersa, Madrid, 1983) pp. 190-399, pp. 223-224, cuando tienen evidentes puntos en común. Como señala JORGE CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva* (Edersa, Madrid, 1980), en especial p. 52, la obligación solidaria cumple una función de garantía, al igual que la fianza; pero responde a una situación distinta, pues en ella también hay un interés común.

en que debe lo mismo, o satisface el mismo interés que el principal obligado con quien se solidariza; todo fiador es deudor subsidiario en cuanto garantiza una deuda ajena sin deber crédito alguno a título principal. En realidad, no se debe confundir el principio de “subsidiariedad de deudores” con el principio de “subsidiariedad en la ejecución o en la reclamación”. El primero hace referencia a un cierto orden en la responsabilidad; el segundo, en la ejecución o reclamación del crédito. Tampoco hay que confundir “solidaridad de deudores” (posibilidad de dirigirse contra dos obligados en satisfacción de un mismo interés) con “solidaridad en la reclamación o en la ejecución” (posibilidad de dirigirse en primer lugar contra cualquiera de ellos). De esta manera, “solidaridad de deudores” y “subsidiariedad en la responsabilidad” son términos compatibles. Sin embargo, “solidaridad en la ejecución” sí se opone a “subsidiariedad en la ejecución”. Por lo demás, el beneficio de excusión en favor de fiador tampoco impide la solidaridad, pues se trata de un elemento natural, que no forma parte de la esencia del instituto. En efecto, este beneficio, constituido en protección del garante, se adhiere a la fianza sin repercutir para nada en su carácter solidario: deudor principal y subsidiario siguen obligados a satisfacer un mismo interés del acreedor.

Así pues, la accesoriedad no impide la solidaridad de las obligaciones; la fianza, con el crédito asegurado, da lugar a una situación de concurrencia deudora de carácter solidario basada en una relación de accesoriedad unilateral, en la que hay un deudor principal y otro subsidiario o de refuerzo. Por el contrario, la solidaridad de deudores en plano de igualdad configura una accesoriedad recíproca: plena, en el derecho español, como si de una *fideiussio mutua* se tratara; limitada, en otros sistemas, como el alemán.¹¹ Que nos encontremos ante un fiador o ante un codeudor solidario depende, pues, de la efectiva concesión de crédito. Quien solo

11 Sobre la solidaridad como fianza recíproca, cfr. PIERO BONFANTE—ANGELO SRAFFA, ‘Solidarietà o mutua fideiussione?’, *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni* 1 (Piccin Nuova Libreria S.p.a., Padua, 1914) pp. 905-915. De otra opinión, vid. EVA CANTARELLA, *La fideiussione reciproca (Allelengye e mutua fideiussio)*. *Contributo allo studio delle obbligazioni solidali* (Giuffrè, Milán, 1965) en especial pp. 156-164. Sobre el origen de la *fideiussio mutua*, Cfr. MAX KASER, *Das römische Privatrecht. 2. Die nachklassischen Entwicklungen* (Beck, Munich, 1975) p. 454. En realidad, la nueva figura justinianea del *Allelengye* sustituye la concepción clásica de la solidaridad entre codeudores caracterizada por una accesoriedad limitada. MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano* (Giuffrè, Milán, 1990) p. 524, reconoce la compatibilidad de las notas de solidaridad y accesoriedad en el derecho romano. En el derecho alemán, la relación de dependencia entre obligados por el mismo título se contrae a la fase inicial de nacimiento y al efecto puramente solidario. Al respecto, vid. §§ 422 y 425 BGB (= Código Civil alemán). Los §§ 423 y 424 BGB no son más que su consecuencia lógica. Esta fue también la solución del derecho romano hasta la llegada de la *fideiussio mutua*, que pasó así de una accesoriedad limitada (solución adoptada por el derecho alemán) a una accesoriedad plena (solución acogida por el derecho español). Sobre la accesoriedad limitada de la *sponsio*, vid. MAX KASER, *Das römische Privatrecht. 1. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (Beck, Munich, 1971) pp. 661, 664. Respecto de la mora, vid. Paulo, D. 50.17.173.2; y, Marciano, D. 22.1.32.4; como señala GIOVANNI PLUGIESE, ‘Intorno all’impossibilità della prestazione causata dal paterfamilias e dal fideiussore’, *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli* (Felice le Monnier, Florencia, 1956) pp. 569-597, p. 572, este principio de personalidad de la culpa implica que la deuda solo es accesoría en el nacimiento.

garantiza un crédito ajeno es, por definición, garante o deudor subsidiario; nunca deudor por título principal o codeudor.¹²

Accesoriedad, seguridad y autonomía privada

El principio de accesoriedad de la fianza es un principio dispositivo, salvo en aquello que comprometa su propia razón de ser: asegurar la satisfacción del crédito. Que el riesgo asumido por el fiador en el negocio jurídico de fianza es, en última instancia, una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, es algo que nadie pone en duda. Sin embargo, existen dos límites naturales al principio de autonomía privada. El primero resulta de la regla que prohíbe la fianza *in duriorum* y circunscribe la garantía a su función de asegurar (principio de mínima y necesaria accesoriedad de la fianza). El segundo límite deriva del principio de plenitud o máxima extensión natural de la garantía y de la necesidad de determinar el contenido de la fianza en aquellos extremos en los que las partes guarden silencio (principio de plenitud o máxima accesoriedad de la fianza).

El modo peculiar de operar el principio de accesoriedad en el caso de la fianza resulta de la consideración conjunta de los tres criterios que son necesarios para determinar el contenido específico de la obligación fideiusoria: su función de garantía personal del crédito, el título que origina la responsabilidad propia del fiador y su remisión al crédito garantizado; de ahí que sea necesario conciliar el principio de accesoriedad de la fianza con su función de garantía del crédito, así como con lo previsto en el título que dio origen a la garantía; en el caso del negocio de fianza, la autonomía de la voluntad con sus principios de determinabilidad y relatividad negocial.

En la tradición jurídica europea, el derecho regula el contenido de la obligación fideiusoria en coherencia con los dos criterios de respeto a la voluntad de las partes y de seguridad. De este modo, la determinación legal del contenido de la fianza

12 En este sentido, el artículo 1201 *Codice* de 1865 consideraba a los deudores solidarios no interesados como auténticos fiadores. El nuevo *Codice* mantiene la distinción entre una “solidaridad paritaria”, que presupone una comunidad de intereses, y una “solidaridad en exclusivo interés de uno” (*Codice*, arts. 1298 y 1299), pero desaparece la referencia a la fianza. Con todo, la doctrina italiana suele acudir a ésta, aunque sea por analogía. Cfr. MICHELE GIORGIANNI, ‘Obbligazione solidale e parziaria’, *Scritti minori* (Napoli 1988) pp. 595-604, en especial pp. 599-600; MASSIMO BIANCA, *Diritto civile. IV. L’obbligazione* (Giuffrè, Milán, 1997) p. 719; FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale. II. Le obbligazioni e i contratti. I. Obbligazioni in generale. Contratti in generale* (Cedam, Padua, 1999) p. 21; y, UMBERTO SALVESTRONI, *Solidarietà d’interessi e d’obbligazioni. Profili sistematici per lo studio della solidarietà fideiussoria* (Cedam, Milán, 1974) pp. 204-208. Cfr. también, aunque desde la tesis hoy superada que considera la fianza como un supuesto de responsabilidad sin débito, FRANCESCO CARNELUTTI, ‘Transazione, giuramento, sentenza su obbligazione in solido senza partecipazione di tutti i condebitori o concreditori’, *Rivista di Diritto processuale civile* (La Litotipo, Padua, continuada por *Rivista di Diritto processuale*, 1942) pp. 51-52; y GIOVANNI PACCHIONI, *Diritto civile* (Utet Giuridica, Turín, 1921) pp. 513-514. Asimismo, cfr. el artículo 1522.2 del CC chileno (= CC colombiano, art. 1579.2).

por remisión al de la obligación principal es de carácter dispositivo o supletorio, salvo en aquello que comprometa o sobrepase su propia razón de ser: asegurar la satisfacción del crédito garantizado. Por consiguiente, el carácter accesorio de la fianza puede revestir diferente intensidad, pero no desaparecer. El principio de accesoriedad tiene, pues, un núcleo inderogable.¹³

ACCESORIEDAD EN LA FASE DE PERFECCIÓN DE LA FIANZA

En el momento de constitución, la accesoriedad de la fianza se traduce en tres grandes principios: a) La fianza presupone la validez de la obligación garantizada (accesoriedad en el nacimiento); b) El contenido de la fianza no puede exceder la cuantía de la obligación principal, ni sujetarse a condiciones más onerosas (accesoriedad en el contenido); y c) El vencimiento y exigibilidad de la garantía presupone el previo vencimiento y exigibilidad de la obligación garantizada (accesoriedad en el ejercicio).

La accesoriedad en el nacimiento: la ineficacia del negocio principal

La existencia de una obligación principal se erige como presupuesto de eficacia de la obligación fideiusoria. Con la fianza se pretende reforzar la posición jurídica del acreedor. En consecuencia, la obligación del fiador presupone la existencia o validez del crédito en cuya garantía se constituye. La idea de garantía exige, por definición, un *prius*: una garantía lo es siempre de “algo”. La fianza sin crédito pierde su objeto que no es otro que asegurar aquel. De esta manera, la fianza es nula cuando lo es la principal. Lo cual no quiere decir que la ineficacia obedezca en uno y otro caso a la misma causa, sino, simplemente, que falta uno de los presupuestos necesarios para el nacimiento de la obligación del fiador. En coherencia con esta idea, el artículo 1824 del Código Civil español dispone que “la fianza no puede existir sin una obligación válida”. Esta máxima ha sido aceptada de modo

13 Así pues, el principio de accesoriedad no es un dogma estricto, sino un principio estructural, flexible y abierto. La referencia a la función de seguridad permite entender sus aparentes quiebras. El principio de accesoriedad y el objetivo de dar seguridad no se oponen, sino que se armonizan; es más, la accesoriedad de la fianza es consecuencia de la función de garantía. Cfr. WILHELM WESTERKAMP, *Bürgschaft und Schuldbetritt* (Ebering, Berlín, 1908) p. 135; y, MATHIAS HABERSACK, ‘Die Akzessorietät. Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts’, *Juristenzeitung* (Mohr Siebeck, Tubinga, 1997) pp. 857-865. Vid. también KARL BETTERMANN, ‘Akzessorietät und Sicherungszweck der Bürgschaft’, *Neue Juristische Wochenschrift* (C. H. Beck, Munich, 1953) pp. 1817-1818; OTHMAR JAUERNIG, ‘Zur Akzessorietät bei der Sicherungsübertragung’, *Neue Juristische Wochenschrift* (C. H. Beck, Munich, 1982) pp. 268-270; y TOBIAS LETTL, ‘Akzessorietät contra Sicherungszweck (Rechtsfragen bei der Gestaltung von Bürgschaftserklärungen)’ *Wertpapier Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht* 54 (WM Gruppe, Frankfurt am Main, 2000) pp. 1316-1326.

pacífico a lo largo de la historia. La codificación recoge o presupone este principio en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural.¹⁴

Por esta razón, ante la reclamación del crédito, el fiador puede negarse a pagar y alegar la nulidad del negocio constitutivo de su obligación, así como la del crédito garantizado. Como cualquier obligado subsidiario, el fiador es, respecto de la obligación principal, un tercero legitimado para solicitar la declaración de invalidez. Cualquier interesado puede pedir la declaración de nulidad, siempre que su interés sea legítimo y jurídicamente relevante; en realidad, se trata de la legitimación extraordinaria a que hace referencia el artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español. El fiador es un tercero con interés legítimo en la nulidad de la deuda principal, pues su obligación depende de ella. No hay garantía sin crédito garantizado, del mismo modo que no hay negocio sin acuerdo de voluntad: así como la voluntad común es presupuesto necesario de todo negocio, el crédito garantizado es *conditio sine qua non* de toda garantía.

Ahora bien, el fiador responde del eventual derecho de restitución y cualquier otro *ex lege* que pudiera corresponder al acreedor, salvo que del contrato o de las circunstancias cupiera deducir otra cosa. A mi entender, esta presunción se ajusta a la voluntad probable, honesta y razonable de las partes y a los intereses en juego y, además, es la solución correcta desde el punto de vista dogmático. En primer lugar, la fianza es considerada por las partes desde una perspectiva económica, sin entrar a considerar su construcción técnico-jurídica. Lo importante es la cantidad debida y asegurada y no el concepto por el que es debida y asegurada. La bondad de este planteamiento es especialmente clara en el préstamo, prototipo de concesión de crédito. En efecto, el lego no distingue entre la obligación de cumplir del artículo 1753 CC español (CC chileno, art. 2196; CC colombiano, art. 2221) y la de restituir del artículo 1303 (CC chileno, art. 1687; CC colombiano, art. 1746). El dador de crédito pretende únicamente que el fiador le devuelva el dinero debido por razón del préstamo, siéndole indiferente el concepto por el cual le es debido. En realidad, el artículo 1303 del CC no confiere un derecho distinto sino, tan solo, otro fundamento jurídico. En el fondo, podría decirse que la deuda principal, aunque transformada, se conserva no solo económica sino también jurídicamente. Por otro lado, es incomprensible por qué el acreedor, que honrada-

14 El artículo 2012 *Code* (= Código Civil francés) se expresa en idénticos términos. Según el artículo 1939 *Codice*, la fianza no es válida si no es válida la obligación principal, salvo que se preste por la obligación asumida por un incapaz. El artículo 929 del Proyecto de Dresden estableció expresamente que la fianza sólo podía ser asumida por referencia a una obligación válida. La primera comisión para la redacción del BGB derogó esta disposición, por considerarla obvia. Cfr. HORST HEINRICH JAKOBS – WERNER SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse III* (de Gruyter, Berlin - New York, 1983); BENNO MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II. Recht der Schuldverhältnisse* (Nachdr. d. Ausg., Berlin, 2005).

mente no tuvo motivo alguno para temer la nulidad de su crédito, haya de quedar en peor situación que aquel que, por cualquier motivo, dudaba de su validez. Pero es que, incluso, el acreedor culpable de la nulidad puede tener un interés legítimo en mantener la garantía. El fiador no garantiza aquí una pretensión inicua, sino un derecho concedido por la ley. Pese al comportamiento inmoral del acreedor, éste puede tener intereses legítimos en la seguridad de su derecho legal. No cabe argüir que el fiador no quiso proteger al acreedor en caso de negocio inmoral, pues puede suceder que uno y otro hubiesen tenido intereses comunes. Evidentemente, otra cosa resultaría, si el acreedor quedase privado del derecho de restitución por haber incurrido en causa torpe (CC español, arts. 1305 y 1306). En este caso, el fiador queda liberado, pues la obligación del deudor principal es presupuesto necesario de toda fianza. Por último, que el fiador haya asegurado un crédito y no la restitución de lo dado a cambio tampoco supone traba alguna, pues entra en el lugar del crédito y, en cierta manera, lo sustituye. De lo contrario, estos negocios quedarían expuestos al fraude. En efecto, el fiador, consciente de la nulidad y tal vez interesado en el negocio, puede garantizar para declarar posteriormente la nulidad del contrato principal con claro perjuicio del acreedor que contaba con la garantía y por cuya causa concedió el crédito.¹⁵

Como quiera que el ejercicio de un derecho de naturaleza potestativa es de carácter personalísimo y, por ello, asunto exclusivo de su titular, el fiador no puede impugnar la obligación garantizada, pues esto es una decisión que sólo al deudor incumbe personalmente; pero, sin duda, resulta favorecido por su efectiva impugnación. En el período intermedio, la situación del fiador admite dos posibles soluciones: a) que el fiador deba pagar a requerimiento del acreedor, pese a la facultad impugnatoria del deudor principal, y una vez operada ésta, que pueda repetir lo pagado; y b) que el fiador pueda oponer una excepción temporal en tanto el deudor

15 Cfr. KARL LARENZ – CLAUS WILCHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrecht. II. Besonderer Teil. 2* (Beck, Munich, 1994) p. 12. En términos parecidos se expresa JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. II. 2. Contratos en particular* (Bosch, Barcelona, 1982) pp. 600-601. Cfr. también JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: ámbito de responsabilidad* (Comares, Granada, 1988) p. 42. Sin embargo, según el criterio jurisprudencial alemán y de la doctrina dominante, no cabe dar una solución general sobre la extensión de la fianza a la eventual pretensión de enriquecimiento injustificado por nulidad de la relación principal, pues se trata de una cuestión de interpretación. Cfr. BGH (= Bundesgerichtshof) Urteil vom 12.02.1987 (NJW 1987, pp. 2076-2078). Respecto a la doctrina, Cfr. NORBERT HORN, ‘§§ 765-778 BGB’, *J. von Staudingers. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 765-778* (Sellier-de Gruyter, Berlín, 1997) pp. 216-218; DIETER MEDICUS, *Schuldrecht. Besonderer teil* (Beck, Munich, 2007) p. 194; DIETRICH REINICKE - KLAUS TIEDTKE, *Bürgschaftsrecht* (Luchterhand, Neuwied, 2000) pp. 1-5; KLAUS TIEDTKE, ‘Bürgschaft für ein sittenwidriges Darlehen’, *Juristenzeitung* (Mohr Siebeck, Tübinga, 1987) 853-859; HANSJÖRG WEBER – JÖRG ANDREAS WEBER, *Kreditsicherungsrecht* (Beck, Munich, 2006) p. 78. Nuestra jurisprudencia tampoco extiende la responsabilidad del fiador a eventuales derechos *ex lege* por ineficacia del negocio garantizado. Vid. STS (= Sentencia del Tribunal Supremo español) 23.11.1990 (RJ 1990/9044) Cfr. también la STS 28.02.1991 (RJ 1991/1604), en especial su FJ.3; y, la STS 622/2001, de 20 de junio, en especial su FJ.2. Sin embargo, respecto de un préstamo usurario, vid. la STS 14.06.1984 (RJ1984/3239), y la STS 08.11.1991 (RJ 1991/8148), FJ.6.

principal pueda impugnar.¹⁶ El legislador español ha guardado silencio sobre esta cuestión. Ello no obstante, parece incuestionable la conveniencia de conceder al fiador una excepción temporal en tanto el deudor no ejercite su facultad. De este modo se protege al fiador y se le evita el prolijo y peligroso camino de tener que cumplir y, posteriormente, exigir la devolución de lo pagado sin causa ante el ejercicio del derecho de impugnación. Además de peligroso y prolijo, sería injusto forzarle al pago de lo que es incierto que deba pagarse. Ahora bien, si el motivo de impugnación fue la falta de capacidad, el fiador responde de la obligación de restituir, sin limitación al enriquecimiento. El garante asume así el riesgo de la anulación, pues al repetir en vía de regreso, sólo logrará satisfacción del incapaz en la medida en que a éste le fue de utilidad.¹⁷ Ciertamente, se debilita el rigor de su accesoriidad; sin embargo, se trata de una auténtica fianza. A mi entender, la responsabilidad del garante por los derechos *ex lege* que resultan del negocio afianzado justifica la obligación asumida por el fiador de un incapaz. En sentido estricto, el garante no se obliga a más que el deudor; simplemente, debe restituir al acreedor aunque lo entregado se hubiese perdido o malogrado por causa atribuible al deudor principal, y éste, por ser incapaz, no fuese responsable.

La accesoriidad en el contenido: la remisión al crédito garantizado

La obligación del fiador y la del deudor garantizado son obligaciones distintas, pero al servicio de un mismo interés. La fianza es una obligación de refuerzo en garantía de otra ajena. El fiador asume una auténtica obligación, distinta de la garantizada; pero, en todo caso, no es una obligación autónoma, sino determinada por su referencia a aquella. En cuanto propia y auténtica obligación, queda sujeta a determinaciones y limitaciones propias; en cuanto accesoria, se define siempre en coherencia con su finalidad de garantía: la fianza es, siempre y en todo caso, garantía y nada más que garantía, de modo que si el fiador se obliga a más, encubre una donación o concesión de crédito, dando lugar a simulación.¹⁸ Así pues, la

16 Cfr. DIETRICH REINICKE - KLAUS TIEDTKE, *Bürgschaftsrecht* (Luchterhand, Neuwied, 2000) pp. 91-92; y, LUDWIG ENNECERUS - HEINRICH LEHMAN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse* (Mohr Siebeck, Tübinga, 1958) p. 796. Conforme al § 767 BGB, el fiador puede invocar la nulidad de la obligación garantizada (§ 142 BGB); con el § 770.1 BGB, el legislador alemán ha querido proteger al fiador, de modo que pueda negar la satisfacción al acreedor, en tanto corresponda al deudor principal un derecho a impugnar el negocio garantizado.

17 Cfr. ANA MARÍA CASANOVA MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza* (Bosch, Barcelona, 1984) p. 5. Vid. también EUGENIO VÁZQUEZ GUNDÍN, 'Artículos 1790 a 1856 del Código civil', *Quintus Mucius Scaevola. Código civil* 28 (Reus, Madrid, 1953) pp. 1-723, p. 530; MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza* (Aranzadi, Pamplona, 1985) p. 165. Vid. también JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA - MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica* (Dykinson, Madrid 2005) p. 84. Por su parte, el artículo 2357 *Code du Québec* (= Código Civil de Quebec) reconoce el derecho de reembolso del fiador frente al deudor incapaz que impugnó su obligación, en la medida de su enriquecimiento.

18 La obligación asegurada puede estar perfectamente determinada, o existir una relativa indeterminación en algunos de sus elementos. La relativa indeterminación puede afectar la existencia de la obligación

prestación debida por el deudor principal aparece tan solo como límite máximo a la debida por el fiador. La prestación principal y fideiusoria no son, por definición, idénticas; serán diferentes en tanto el fiador se obligue por debajo de ese límite, más intensamente o *ad aliud*.¹⁹

A falta de propias determinaciones se presume una accesoriedad plena, esto es: la fianza garantiza el crédito del mejor modo posible (CC español, art. 1827.2; CC chileno, art. 2347; CC colombiano, art. 2373). De este modo, cuando la expresión de la voluntad de afianzar no contenga más que la remisión a la obligación ajena sin otra especificación, debe entenderse que el fiador se obliga a lo mismo que el deudor principal (fianza simple, plena o indefinida). Ahora bien, esta remisión se refiere de modo exclusivo a la prestación y siempre que respete el principio de determinabilidad.²⁰ De un lado, la fianza solo se remite al objeto de la obligación principal, esto es, a la prestación. Las demás configuraciones jurídicas son, en principio, independientes; no se extiende, pues, a otras determinaciones del negocio que obliguen al deudor principal, pero que no se refieren directamente a la prestación, como es el caso de la competencia jurisdiccional o el lugar de ejecución de la garantía. De otro, el carácter pleno de la accesoriedad es un criterio dispositivo, a falta de determinación de las partes en otro sentido y siempre que de las circunstancias o de la naturaleza de la relación obligatoria no quepa deducir otra cosa. Así, por ejemplo, el fiador no responde de los intereses convencionales cuando no cabe inferir su existencia. El principio de garantía en grado máximo armoniza así con el de determinabilidad.

Por su remisión a un débito ajeno, el de fianza es un negocio jurídico de riesgo, especialmente cuando el fiador no tiene un interés directo en la garantía. Con objeto

asegurada (fianza en garantía de obligaciones futuras o sometidas a condición suspensiva); a su efectividad (fianza en garantía de obligaciones anulables o sujetas a condición resolutoria); a su cuantía (*fideiussio omnibus* o fianza general o de máximo); o al sujeto del derecho de crédito (fianza en garantía de títulos transmisibles y fianza cambiaria). Sobre la *fideiussio omnibus*, Cfr. MICHELE FRAGALI, 'La fideiussione generale', *Banca, borsa, titoli di credito* 1 (Giuffrè, Milán, 1973) pp. 321-345; ALBERTO RAVAZZONI, 'La fideiussione generale', *Banca, borsa, titoli di credito* 1 (Giuffrè, Milán, 1980) pp. 257-299; y, GIORGIO MEO, *Impresa e contratto nella valutazione dell' atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione omnibus* (Giuffrè, Milán, 1991).

19 Para algunos autores, cuando el fiador se obliga "*ad aliud*" no hay fianza en sentido estricto, pues no se garantiza el cumplimiento de la obligación principal, sino solo la indemnización resultante de su incumplimiento. Cfr. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza* (Aranzadi, Pamplona, 1985) pp. 233-234. Sin embargo, como hace ver ÁNGEL CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía* (La Ley, Madrid, 1992) pp. 136-140, la distinción entre cifra subrogatoria y cifra indemnizatoria es del todo irrelevante. Además, puesto que el garante queda liberado siempre que el deudor paga, parece legítimo afirmar que toda fianza está condicionada al incumplimiento de la obligación principal. Así pues, no es necesario que las prestaciones sean idénticas; es suficiente con que sean equivalentes; su determinación corresponde a las partes conforme a la buena fe y en atención a los usos del tráfico.

20 Sobre el principio de determinabilidad, vid. PETER BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten* (Müller, Heidelberg – Munich, 2007) pp. 245-247; y, NORBERT HORN, *Bürgschaften und Garantien. Aktuelle Rechtsfragen der Bank- Unternehmens- und Außenwirtschaftspraxis* (RWS-Verl., Colonia, 2001) p. 72.

de proteger al fiador, la normativa de la fianza suele exigir una serie de medidas dirigidas a asegurar la voluntad consciente y libre del fiador. Éste ha de tomar debida conciencia de la obligación que asume; ha de estar prevenido. Es preciso proteger al fiador también de su propia imprudencia de contraer obligaciones menos aparentes por no suponer una inmediata merma patrimonial. Más importante que la exigencia de forma escrita y las posibles limitaciones a la capacidad para ser fiador, cuya conveniencia puede ser discutida, es la necesidad de que la declaración de voluntad contenga los datos esenciales de la obligación fideiusoria. El artículo 1827.1 CC establece que “la fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella”. Su alcance resulta difícil de precisar. En realidad, no es más que una aplicación concreta del principio de *determinabilidad* al supuesto fideiusorio, del que deriva que la voluntad del fiador se evidencie como indubitada. La declaración de querer obligarse como fiador puede ser tácita y no se requiere el uso del término “fianza”; pero ha de resultar inequívoca. En este sentido, se excluyen las meras declaraciones de ciencia o conocimiento, como los informes que aseveran la honestidad y solvencia de determinado deudor y que, a lo más, pueden generar una responsabilidad extracontractual por falta de veracidad. Pero también se excluyen otras declaraciones de voluntad que manifiestan obligaciones de otro tipo, como aquella en la que se compromete a emplear todos los medios necesarios para que el deudor cumpla y que solo genera un deber de indemnizar. La declaración de obligarse como fiador ha de contener los datos esenciales de la obligación que se asume: designación de las personas del acreedor, del deudor principal y del fiador; indicación del crédito asegurado; y declaración de que lo afianza. La falta de alguno de los extremos expuestos hace nula la obligación de fianza.

Otra cosa es que el documento, sin estar perfectamente determinado, sea determinable. Nada impide la entrega de un documento de fianza en blanco con autorización para completarlo conforme a lo convenido (no se ha fijado la persona del acreedor o la cantidad asegurada). El fiador es consciente de las lagunas y otorga la facultad de completarlo al tenedor del título conforme a unos criterios. El garante otorga al solicitante de crédito un documento de fianza en el que declara afianzar a quien se lo conceda. En este caso, el fiador no puede objetar al acreedor, dador del crédito, la nulidad de la fianza por no haberse mencionado en el documento a la persona del acreedor. Ciertamente que el acreedor no aparece expresamente designado; pero es igualmente cierto que su determinación tiene lugar con la concesión del crédito. La declaración del garante no es indeterminada, sino determinable: la persona del acreedor depende de la efectiva concesión del crédito. La posibilidad del documento de fianza incompleto se apoya, además, en el argumento *a fortiori* del artículo 12 de la Ley 19 de 1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (=

Lcch), que admite la letra en blanco.²¹ El contrato de fianza se considera concluido en el momento en que el acreedor recibe completado el documento y acepta la declaración. Entre tanto, el fiador dispone de la facultad de revocarlo. El fiador queda obligado aunque el deudor, al completar el documento, se aparte de lo fijado en el convenio o se equivoque en el modo de hacerlo: el acreedor no conoce la relación interna entre deudor y garante; concede crédito en atención a la garantía y confía en el documento que le ha sido entregado (cfr. en este sentido el art. 12 Lcch). Así pues, el fiador de un documento en blanco asume frente al acreedor el riesgo de que el deudor lo rellene contra sus indicaciones, sin perjuicio de poder exigir a éste, en un momento posterior, la pertinente responsabilidad.

En la protección del fiador es de especial interés el caso particular, desarrollado por la doctrina alemana, del fiador que rescinde la fianza por desequilibrio patrimonial. En realidad, la rescisión por lesión constituye un caso particular de nulidad. De origen romano (Cod. 4.42.2 y 8) y desarrollo medieval, esta figura se justifica en la necesidad de asegurar una igualdad sustancial o estructural entre las partes (principio de justicia conmutativa): en el tráfico jurídico, debe protegerse a los más débiles, del mismo modo que se protege a los menores. Para que un negocio sea ineficaz por lesión se requiere: a) su excesiva onerosidad (elemento objetivo); y b) la mala fe de una de las partes (elemento subjetivo: una de las partes negociales se aprovecha de la situación de dificultad de la otra para obtener ganancias desproporcionadas). Para determinar la concurrencia de ambos presupuestos se sigue el principio general de libre valoración de la prueba. En este sentido, el desequilibrio de prestaciones aparece como un elemento más de prueba del subjetivo y, de esta manera, puede decirse que sirve de presunción *iuris tantum*. Sin embargo, también es posible la rescisión por lesión puramente objetiva cuando la irregularidad en la constitución del negocio afecte al presupuesto causal, esto es, a la función jurídico-económica del negocio. Los casos más importantes son los de simulación, en especial, la venta con precio irrisorio (*nummo uno*). La venta es ineficaz como venta; puede darse una falta total de causa (simulación absoluta), o existir una causa falsa o encubierta (simulación relativa). En principio, el propio negocio de fianza no es rescindible, habida cuenta del carácter unilateral y no remuneratorio de la obligación. Con todo, dado el carácter accesorio de la garantía, el fiador puede impugnar su obligación siempre que concurren determinados

21 El Derecho alemán también reconoce la letra en blanco (art. 10 WG; = Ley Cambiaria alemana de 1933). Sobre la posibilidad de constituir una fianza en blanco, pese al rechazo jurisprudencial, Cfr. KARL LARENZ – CLAUDIUS WILCHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrecht. II. Besonderer Teil. 2* (Beck, Munich, 1994) pp. 5-6; NORBERT HORN, *Bürgschaften und Garantien. Aktuelle Rechtsfragen der Bank- Unternehmens- und Aussenwirtschaftspraxis* (RWS-Verl., Colonia, 2001) pp. 45-46; y DIETRICH REINICKE – KLAUS TIEDTKE, *Kreditsicherung* (Luchterhand, Neuwied, 2006) pp. 51-54. Según estos autores, el documento en blanco relleno en cuantía superior al máximo acordado provocaría una nulidad parcial de la fianza, pues el documento relleno en contra de las instrucciones, si bien no debería perjudicar al fiador, tampoco tendría por qué beneficiarle.

presupuestos: a) onerosidad excesiva e injustificada de la fianza; b) limitación de la libertad de decisión del fiador; y c) conocimiento por el acreedor de los presupuestos anteriores o desconocimiento motivado por negligencia. El caso típico es el de la fianza asumida por un pariente o amigo del deudor principal, pese a no disponer de patrimonio y contar con ninguno o muy modestos ingresos, de modo que, si entra el supuesto de fianza, será harto probable que no se encuentre en situación de pagar el préstamo e intereses y, presumiblemente, deberá hacer frente a la deuda durante el resto de su vida. La excesiva onerosidad se determina normalmente mediante la desproporción entre prestaciones; pero como por lo regular la fianza es una obligación unilateral, es preciso acudir a otros criterios. Así, debe entenderse que el fiador resulta gravado en exceso cuando carece de un interés propio en el negocio afianzado y se da una desproporción entre el contenido de la obligación y su capacidad de prestación. La ausencia de una plena libertad de decisión es cuestión de interpretación y se valora en atención a las circunstancias: inexperiencia negocial, presión psicológica y aprovechamiento en propio beneficio, por parte del acreedor, de la inexperiencia negociadora y de la situación de presión psicológica (actitudes minimizadoras del riesgo asumido, como la declaración de que la obligación asumida es una cuestión “solo para las actas”; ocultamiento de información o del riesgo pese, a su carácter inusual). La presión psicológica puede darse por razón de parentesco entre fiador y deudor o por otras circunstancias que impidan la reflexión, como la presión para una pronta decisión o la amenaza de despido. Por último, el acreedor debe conocer los presupuestos anteriores o haberlos desconocido por causa de negligencia. La concurrencia de estos tres requisitos permite al fiador impugnar la fianza por vicios en el consentimiento.²² Asimismo, el Derecho inglés protege al fiador concediéndole un derecho de impugnación por falsa información del acreedor sobre la fianza y los riesgos asumidos (*misrepresentation*) y por influencia desleal (*undue influence*), especialmente cuando el acreedor es una entidad de crédito; ésta podrá desvirtuar la presunción *iuris tantum* de influencia desleal si prueba que el fiador ha recibido suficiente consejo jurídico.²³

22 La doctrina y la jurisprudencia alemanas han elaborado esta sobresaliente institución a raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán: BverfG (= Bundesverfassungsgericht) Urteil vom 19.10.1993 (*BverfGE* n.89 1994, pp. 214-236 = *NJW* 1994, pp. 2749-2750). Sobre la cuestión, Cfr. PABLO GÓMEZ-BLANES, ‘La protección del fiador en el Derecho alemán. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19-10-1993’, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 683 (Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004) pp. 1337-1349.

23 Cfr. GERALDINE ANDREWS – RICHARD MILLET, *Law of guarantees* (Sweet & Maxwell, Londres, 2005). El art. 4:103 Personal Securities CoPECL ha acogido esta solución.

La accesoriedad en el ejercicio: la inexigibilidad del crédito

El acreedor puede reclamar con éxito la fianza si el crédito garantizado, además de válido, es exigible; junto con los requisitos necesarios para que el negocio se constituya de forma válida, es preciso que concurren otros, sin cuya realización, el contrato, aunque válido, no desenvuelve total o parcialmente su eficacia. En concreto, el crédito debe estar vencido sin haber prescrito. La accesoriedad de la fianza también se manifiesta aquí en el orden de la ejecución y en el perjuicio de la subrogación por hecho del acreedor.

Ciertamente, el fiador tiene su propio plazo de vencimiento, que por lo común coincidirá con el de la deuda garantizada por aplicación del principio de máxima accesoriedad de la fianza. Se trata de una norma dispositiva y el fiador puede convenir con el acreedor un vencimiento posterior, o incluso anterior, bajo determinados requisitos. Así, la fianza puede vencer con anterioridad al crédito, previo descuento por pago anticipado. La deducción se presume, pues, en caso contrario, el fiador se obligaría a más y, en consecuencia, en ese *plus*, quedaría obligado necesariamente por otro concepto, a no ser que se pudiera deducir que la fianza iba acompañada de una efectiva concesión de crédito (principio de mínima y necesaria accesoriedad de la fianza). En todo caso, el fiador que pague con anterioridad al vencimiento de la deuda principal queda impedido para “exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza” (Cc, art. 1841).²⁴ Ello es lógico, pues el fiador se subroga en el derecho del acreedor todavía pendiente de vencimiento; y también justo, pues su pago no puede perjudicar o agravar la situación de un tercero, en este caso el deudor. El fiador por deudas futuras o sujetas a condición suspensiva dispone de la “excepción de iliquidez del crédito garantizado”, es decir, de indeterminabilidad, y en consecuencia, puede negar temporalmente el pago de la garantía (Cc, art. 1825; *ex* Cc, art. 1273).²⁵

El titular de un crédito afianzado puede reclamar de pago al deudor, al fiador o a ambos. En este último caso, puede abrir diversos procesos e interponer diferentes demandas —una por cada obligado—, o bien acumular las distintas acciones en un solo proceso y una sola demanda (solidaridad en la ejecución). Entre deudor y fiador no se da, pues, una situación de litisconsorcio pasivo necesario, como tampoco entre codeudores solidarios. Los beneficios de orden y división sirven para atenuar la solidaridad en la ejecución entre fiador y deudor y entre los cofiadores, respectivamente. Se trata, pues, de favores *ex lege* dirigidos a paliar una

24 Cfr. artículo 2373 del CC chileno; y el artículo 2398 del CC colombiano.

25 Distinta parece ser la solución chilena y colombiana, que permite retractarse al fiador sin perjuicio del deber de dar aviso y de su eventual responsabilidad frente al acreedor y terceros de buena fe (CC chileno, arts. 2339, y CC colombiano, art. 2365), similar a la prevista para el mandante (Cc chileno, art. 2173 y CC colombiano, art. 2199).

situación de rigor; tienen su explicación en el carácter accesorio de la fianza, que podría justificar la necesidad de matizar los efectos naturales de la solidaridad, si bien no son consecuencia necesaria.²⁶

La distinción entre fianza con o sin beneficios, fianza con cláusula de previa reclamación y constitución en mora del deudor, y fianza de indemnidad reside en el orden de reclamación y ejecución. En la *fideiussio indemnitis*, la consideración del garante como deudor subsidiario alcanza su máxima expresión y el acreedor solamente podrá dirigirse contra el fiador cuando previamente se haya dirigido judicialmente contra el principal obligado y por la cantidad que falte por pagar. La cláusula por la que se exige la previa constitución en mora del deudor principal supone una derogación de la “solidaridad en la reclamación”, pero se mantiene el carácter solidario en la responsabilidad y, a diferencia de la *fideiussio indemnitis*, también en la ejecución. Por último, en la fianza, con o sin beneficios, el acreedor puede dirigirse contra el fiador de inmediato, tras el vencimiento de la garantía (la solidaridad también lo es en la reclamación y ejecución del crédito). Ahora bien, tratándose de la fianza con beneficio de excusión, el deudor debe estar desprovisto de bienes suficientes para satisfacer al acreedor, pues, de lo contrario, el fiador podrá negar –al menos temporalmente– la ejecución del acreedor, mediante previo señalamiento de bienes. Así pues, el beneficio de excusión no impide que se demande conjuntamente al deudor principal y al fiador (CC español, art. 1834). Es más, ni siquiera impide demandar en primer lugar al fiador. Se trata de una simple excepción dilatoria que enerva la ejecución sobre los bienes del fiador en la medida en que el deudor disponga de bienes suficientes y ejecutables. Tampoco se trata de una excepción de previo pronunciamiento, de manera que el beneficio no impide una sentencia sobre el fondo contra el garante, sino su ejecución posterior y, esto, sólo de forma provisional.

El beneficio de división tampoco desnaturaliza el carácter solidario de la relación entre cofiadores, pues la esencia de este efecto radica en que el acreedor puede dirigirse contra varios en satisfacción de un mismo interés, a fin de prevenir el riesgo de insolvencia de uno de ellos. El beneficio respeta este aspecto esencial de la solidaridad. En realidad, ni siquiera impide reclamar el cumplimiento por el todo; el cofiador que satisfaga la totalidad del débito realiza un pago debido, pues es deudor. No procede, pues, la *condictio indebiti*. Al igual que el de excusión, el beneficio de división se justifica en razones de equidad que atienden al carácter subsidiario de cada cofiador con respecto a la cuota de los demás. Es razonable que el acreedor exija a cada cofiador la parte de riesgo de que responde directamente

26 Sobre la aproximación entre estos dos beneficios, cfr. LUIS DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias* (Civitas, Madrid, 1996) pp. 446-447. Cfr. también ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES, *La cofianza* (Edersa, Madrid, 1993), quien recalca su carácter extraordinario, auténticos beneficios concedidos por la ley *favor fideiussoris* (p. 134).

y reparta así entre los garantes las consecuencias que resultan de la insolvencia del deudor garantizado. Cada cogarante es fiador del deudor principal por el todo y subfiador *pro parte* de los restantes deudores subsidiarios: frente al acreedor, puede exigir la previa excusión de los bienes del deudor garantizado, pero también de los demás cofiadores en la cuota que les corresponde en la relación que existe entre ellos. Sin duda, esta idea responde plenamente a la configuración que nuestro ordenamiento jurídico hace de la solidaridad como *fideiussio mutua*.

En cuanto a la prescripción del crédito, esta aprovecha al fiador por razón de accesoriadad de la garantía. Sin embargo, nada impide que el fiador esté sujeto a un plazo inferior. En principio, esto sólo sucede cuando así se acuerde por convenio, pues el plazo normal de prescripción de créditos también es de quince años y los demás regulados por el Código lo son de plazo inferior. De *lege ferenda* sería deseable que la fianza prescribiese en un plazo mucho más breve: no parece de buen sentido dejar al garante durante tan largo lapso de tiempo en una situación de incertidumbre, expuesto, además, a eventuales comportamientos dolosos del acreedor y del principal obligado. Por esta razón es frecuente acordar un plazo de caducidad de la garantía. El crédito, una vez prescrito, deviene inexigible; el principal obligado puede renunciar a hacer valer esta circunstancia, eso sí, sin que resulten perjudicados terceros, ajenos al acto de renuncia, como es el caso del fiador (CC español, arts. 1937, 1258 y 1259). El fiador puede renunciar a la prescripción ganada de la garantía; sin embargo, sólo puede renunciar a la prescripción del crédito si así lo hace el deudor principal. La razón es clara: la prescripción de la relación garantizada no hace inexigible la fianza por prescripción, sino que la extingue por falta de un presupuesto necesario, cual es la existencia de un crédito válido y exigible. El plazo de prescripción de la garantía se interrumpe cuando el fiador reconoce su existencia, cuando el acreedor exige su ejecución, cuando el plazo de prescripción del crédito principal se interrumpe por reclamación judicial, y cuando el fiador conoce o debió conocer los demás actos interruptivos del crédito garantizado (sea por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor) y se acredita la autenticidad de su fecha (CC español, arts. 1974 y 1975).²⁷

27 La doctrina discute los supuestos que engloba esta disposición. Para un sector, sólo perjudica al fiador la reclamación judicial del crédito, no la extrajudicial y, por supuesto, tampoco el reconocimiento de la deuda por el deudor principal. Cfr. entre otros FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, 'La prescripción', *Temas de derecho civil* (Rivadeneyra, Madrid, 1972) 145-172, p. 166; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión* (Bosch, Barcelona, 1996) p. 115. Para otro, perjudican al fiador tanto la reclamación como el reconocimiento judicial del crédito garantizado; no así, la reclamación o el reconocimiento extrajudicial. Cfr. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza* (Aranzadi, Pamplona, 1985) p. 243; VICENTE GUILARTE ZAPATERO, 'Artículos 1137 a 1148 del Código civil', *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* 15.2 (Edersa, Madrid, 1983) 190-399, pp. 356-357. Un tercer sector doctrinal considera que, en todo caso, perjudica al fiador la reclamación judicial del crédito y el reconocimiento público del deudor principal, pero también la reclamación extrajudicial y el reconocimiento privado, en la medida en que se acredite la certeza y autenticidad de la fecha y su conocimiento por el fiador. Cfr. LUIS DIEZ-PICAZO, 'La interrupción de la prescripción', *Revista de Derecho Notarial* 41-42 (Consejo General del Notariado de España, Madrid, 1963) pp. 14-70, p. 69;

Por lo demás, el acreedor debe preservar el derecho de subrogación del fiador: este queda libre de su obligación cuando la conducta negligente del acreedor compromete su derecho de regreso (CC español, art. 1852; CC chileno, art. 2355; CC chileno, art. 2381). Esta carga del acreedor deriva del carácter accesorio de la fianza, del principio de buena fe y del deber de diligencia en la conservación de las garantías. El fiador no es un obligado principal, sino subsidiario o en garantía; al pagar, se subroga en la posición jurídica del acreedor y adquiere todos los derechos y garantías inherentes al crédito pagado (CC español, arts. 1839 y 1212; CC chileno, art. 2370; CC colombiano, art. 2395); de ahí deriva, como lógica consecuencia, la inextinguibilidad de la fianza cuando, por un hecho del propio acreedor, el fiador no puede subrogarse en sus derechos, garantías y privilegios.²⁸

ACCESORIEDAD EN LA FASE DE SEGURIDAD DE LA FIANZA

Durante la vida de la relación obligatoria, esto es, desde su nacimiento hasta su ejercicio o consumación, la prestación debida se puede extinguir o reducir, aumentar o novar. Asimismo, puede pasar a otro sujeto, ya sea como titular del derecho a exigirla o como sujeto pasivo que debe realizarla. Surge, pues, la cuestión del modo en que estas vicisitudes afectan al fiador. En esta fase de seguridad, la accesoriadad de la fianza se concreta también en tres principios: a) la extinción total o parcial de la deuda garantizada repercute en la fianza (accesoriadad en la extinción o reducción); b) la responsabilidad del fiador se extiende a las obligaciones secundarias o accesorias que deriven de la relación principal (accesoriadad en la novación y acumulación); y c) el interés *creditoris* de la fianza ha de ser el mismo que el de la obligación garantizada (accesoriadad en la titularidad).

GUILLERMO OROZCO PARDO, *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho civil* (Universidad D.L., Granada, 1995) p. 140. Por último, LUIS FERNANDO REGLERO CAMPOS, 'Artículos 1974 al final del Código civil', *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* 25.2 (Edersa, Madrid, 1994) pp. 622-753, pp. 661-662, interpreta de modo literal este precepto del Código civil, de modo que perjudica al fiador la reclamación judicial (no la extrajudicial) y el reconocimiento público (no el privado).

- 28 Sobre la excepción de perjuicio en la subrogación, cfr. BEATRIZ ALONSO SÁNCHEZ, *Protección del fiador en vía de regreso* (Tecnos, Madrid, 1993). Vid. también JOSÉ MANUEL FINEZ RATÓN, 'La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor. Estudio del artículo 1852 del Código civil', *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 614 (Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1993) pp. 9-54, p. 11. Sobre los presupuestos para que opere la sanción, Cfr. VICENTE GUILARTE ZAPATERO, 'Artículos 1822 a 1886 del Código civil', *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Alabart* 23 (Edersa, Madrid, 1990) pp. 1-683, p. 421. Vid. también las SSTs 409/2002, de 8 de mayo; y, 577/2002, de 14 de junio.

La accesoriedad en la extinción o reducción del crédito principal

La extinción total o parcial del crédito garantizado con independencia de las razones y circunstancias en que se produjo extingue en la misma medida la obligación de fianza, a no ser que la extinción obedezca a un pago de tercero, o la finalidad de seguridad exija su continuidad. Ante la extinción del débito principal, el fiador ya no tiene nada que asegurar. La fianza ha perdido su objeto o razón de ser. Lo mismo puede decirse en caso de reducción respecto de la parte extinta. La extinción de la obligación garantizada o su minoración por cualquier causa legal o convencional extingue aquella en cuanto así se cumple el fin de seguridad para el que fue constituida. Por excepción, cuando así lo exige la finalidad de seguridad que cumple la fianza, el garante debe responder de la deuda en su integridad, pese a la desaparición total o parcial de la deuda fiada. En este sentido, no se comunican al fiador las excepciones que estén en conexión con la incapacidad e insolvencia del principal obligado, aunque se extinga la deuda por ser el deudor una sociedad de responsabilidad limitada o por fallecer sin dejar sucesor. El fiador responde en estos casos, pues con su obligación asume precisamente este riesgo.²⁹

Un caso especial es el de la prestación de tercero, que, por lo regular, supone la apertura de la vía de regreso, y que solo en casos excepcionales extingue la obligación (prestación realizada *animus donandi* o en cumplimiento de una obligación). A mi entender, la *condictio* de regreso por pago siempre comprende la subrogación del *solvens* en la posición jurídica del acreedor satisfecho; de lo contrario, el deudor no podría alegar en esta vía las excepciones que le pudieran corresponder contra el primitivo acreedor. Ahora bien, de subrogarse un tercero en el crédito garantizado, ¿qué sucede con la garantía? ¿En qué situación queda el fiador? En principio, podría parecer que el crédito se transmite con todos sus accesorios y, por ende, también con sus garantías, aunque sean de tercero. Por el contrario, podría pensarse que la prestación de tercero extingue la fianza y no genera ningún derecho frente al fiador: el tercero que paga puede dirigirse posteriormente contra el deudor principal, pero no contra el fiador. En mi opinión, el fiador sigue obligado, al igual que el deudor. Uno y otro responden frente al *solvens* del crédito y de la garantía, respectivamente. La prestación de tercero sólo cumple uno de los efectos del pago: el satisfactivo del acreedor, pero ni la obligación se ha extinguido, ni el deudor queda liberado. En mi opinión, el fiador tampoco queda liberado. Me parece injusto que el tercero que se ofrece a prestar no pueda disponer después de las garantías que hubiese tenido el primer acreedor. No veo ningún motivo que justifique privar al tercero de tal garantía; ninguna razón impide entender que el

29 Cfr. §§ 768.1 BGB, 254 InsO. (= Ley alemana de concurso). Asimismo vid. WOLFGANG FIKENTSCHER – ANDREAS HEINEMANN, *Schuldrecht* (de Gruyter, Berlín, 2006) p. 672.

fiador sigue obligado para con el tercero. Lo que al fiador importa es el crédito, el cual se ve inmutado; no el acreedor. No hay, pues, ninguna distinción entre la cesión del crédito y la prestación de tercero. El efecto de la prestación por tercero no es otro que la cesión legal del crédito. De lo contrario, habría que determinar primeramente si se trata de una prestación por tercero, o si lo que ha habido realmente es una cesión, de manera que el fiador quede liberado o no. A mi entender, el fiador queda obligado en todo caso. Esta es la solución que me parece más justa; y también la más práctica, pues no siempre es fácil determinar si lo que ha habido es una cesión o una simple prestación de tercero.

Otra cosa resulta cuando el tercero realice la prestación por estar a ello obligado frente al acreedor, es decir, cuando el tercero que pague sea otro garante del crédito (fiador, deudor solidario, garante de un derecho real). En estos casos, el tercero que paga se subroga en la posición del acreedor, pero ¿se transfieren las garantías? La respuesta es negativa. Los artículos 1212 y 1528 del Código Civil español no son aplicables. No se puede aceptar que el garante y, casualmente, *solvens* pueda exigir el crédito a los restantes obligados subsidiarios; supondría beneficiar al garante más astuto y podría dar lugar a resultados injustos e, incluso, fraudulentos. Por esta razón, el artículo 1844 del Código Civil dispone que los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda respondan entre sí solidariamente (CC chileno, art. 2378; CC colombiano, art. 2403). Este precepto resulta de aplicación aunque los fiadores asuman su obligación por separado y quizás en distintos momentos y sin conocimiento por uno del afianzamiento del otro. A igual solución se ha de llegar cuando se trate de garantías de distinta naturaleza (una garantía personal concurre con otra real).³⁰ En efecto, según este artículo, los garantes responden proporcionalmente, pues “el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer”.³¹

30 Este tema ha sido profusamente tratado por la jurisprudencia y doctrina alemana. Cfr., entre otros, BGH, Urteil vom 29.06.1989 (*NJW* 1989, pp. 2530-2532 = *ZIP* 1989, pp. 1044-1048); BGH, Urteil vom 09.10.1990 (*WM* 1990, pp. 1956-1957); BGH, Urteil vom 24.09.1992 (*NJW* 1992, pp. 3228-3229 = *EWiR* 1992, pp. 1173-1174). Respecto a la doctrina, Cfr. VOLKER EMMERICH, *BGB-Schuldrecht. Besonderer Teil* (Müller, Heidelberg, 2006) p. 179; KARL LARENZ – CLAUS WILCHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrecht. II. Besonderer Teil. 2* (Beck, Munich, 1994) p. 16; DIETER MEDICUS, *Schuldrecht. Besonderer teil* (Beck, Munich, 2007) p. 197; HANS GEORG GRAF LAMBSDORFF - BERND SKORA, *Handbuch des Bürgschaftsrechts* (Beck, Munich, 1994) pp. 154-155. En contra de la opinión propuesta, cfr. DIETRICH REINICKE - KLAUS TIEDTKE, *Bürgschaftsrecht* (Luchterhand, Neuwied, 2000) pp. 211-217. Según estos autores, el fiador puede tomar a los demás garantes en regreso, pero no puede ser tomado en regreso por los demás garantes –principio de primacía de rango del fiador con base en el § 776 BGB–. Esta teoría cuenta cada vez con menos apoyo y ha sido finalmente rechazada por la jurisprudencia alemana. Vid. también KLAUS TIEDTKE, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* (RWS-verlag, Colonia, 1989) pp. 863-864.

31 Cfr. también el artículo 1145 del CC español. El principio de corresponsabilidad proporcional no implica aceptar, siempre y en todo caso, la regla de la partición de la responsabilidad por partes iguales. Esta regla solo resulta de aplicación a falta de criterio más adecuado. De este modo, los socios de una sociedad de capitales que garantizan mediante fianza una deuda social responden en la relación interna en proporción a su participación social, aunque falte acuerdo expreso o tácito, pues quien tiene mayor participación social recibe por la concesión del crédito mayores posibilidades de ganancia y, en consecuencia, debe soportar

Cuando hay pluralidad de obligados, sea a título principal o subsidiario, el pago por uno de ellos determina la apertura de la vía de regreso (CC español, art. 1145; CC español, arts 1838 y 1839). El fiador, deudor subsidiario, sólo responderá de la cuota que le corresponda en la relación interna que se genere *ex lege* entre el fiador *solvens* y los demás garantes del crédito. Lo mismo sucede con los subrogados del pago; esto es: a) cuando se realiza una prestación distinta de la debida; b) cuando se consigna; o c) cuando se compensan créditos entre sí. Por el contrario, los efectos de la remisión del crédito y de la confusión de titularidades vienen caracterizados por el mantenimiento del vínculo accesorio y solidario entre los obligados. No hay, pues, regreso. A mi modo de ver, entre el pago de un coobligado (codeudor o cofiador) y el efecto remisivo y de confusión de titularidades hay una relación de analogía. Son dos actos en parte iguales (el efecto extintivo) y en parte diferentes (el efecto satisfactivo). Ni la remisión ni la confusión implican *solutio*; ni, en consecuencia, provocan la apertura de la vía de regreso: la relación de solidaridad subsiste respecto de los restantes coobligados.³² Me referiré brevemente a las repercusiones de la accesoriedad en estos cinco modos de extinción del crédito.

La cesión de bienes para el pago de la deuda garantizada extingue ésta y, por razón de accesoriedad, también la fianza, aunque solo en la medida en que el importe líquido de los bienes cedidos satisfaga el interés del acreedor. Lo mismo puede decirse respecto del pago parcial. La *datio in solutum* extingue el crédito asegurado y, de manera refleja, por desaparición de la obligación fiada, la garantía. El fiador queda libre aunque el acreedor pierda por evicción lo dado en pago (CC español, art. 1849; CC chileno, art. 2382; CC colombiano, art. 2407). Su fundamento no hay que buscarlo en la accesoriedad de la fianza, ni en el efecto novatorio; se trata de una norma excepcional que se justifica en la necesidad de seguridad y certidumbre, y en el principio de buena fe, que hace responsable al acreedor, no al fiador, de la posible negligencia en el examen de la cosa entregada. Únicamente se exceptúa el caso en que la evicción proviene del propio fiador.

En espera de que la consignación se frustre o se consolide de modo definitivo, el fiador dispone de una excepción temporal por la que puede negarse a pagar ante la reclamación del crédito.³³ La mera entrega de determinados bienes a la autoridad

en mayor medida los riesgos. Cfr. al respecto PETER BYDLINSKI, *Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht* (Springer, Viena – Nueva York, 1991) pp. 51-53. Respecto a la responsabilidad solidaria de los fiadores en el derecho alemán, Cfr. § 769 BGB, y, respecto al principio de proporcionalidad, Cfr. §§ 774.2 y 426 BGB.

32 El artículo 1143 del CC español, en relación con el artículo 1146, es, pues, directamente aplicable; el artículo 1145 del CC español solo lo es por analogía y sin apertura de la vía de regreso. Asimismo, vid. en el derecho chileno, los artículos 1518 y 1522.2 y 3 (=CC colombiano, arts. 1570.2 y 1579.1 y 3).

33 Sobre el efecto retroactivo de la consignación aceptada por el acreedor o aprobada por el juez, Cfr. BLAS PÉREZ GONZÁLEZ – JOSÉ ALGUER, *Ludwig Ennecerus. Heinrich Lehman. Tratado de derecho civil. II. Derecho de obligaciones. I. Doctrina general. Traducción española con anotaciones* (Bosch, Barcelona, 1954) p. 335. IGNACIO NART, 'Pago por consignación', *Revista de Derecho Privado* (Edersa, Madrid, 1951)

judicial con intención de consignar no produce *ipso iure* efectos liberatorios. El deudor sólo se libera si el acreedor acepta, o el juez lo declara conforme a derecho. Hasta entonces, no libera al deudor, pero tampoco lo vincula y, por ello, es un acto esencialmente revocable (CC español, art. 1180).

Pese a la literalidad del artículo 1196.1º del Código Civil español, el fiador puede compensar con un crédito propio.³⁴ No estamos ante un supuesto de compensación por tercero. El fiador compensa la fianza con un crédito que dispone frente al acreedor, pero no el crédito garantizado, que él no debe. La fianza es una obligación propia y distinta de la garantizada. A mi entender, la interpretación literal del artículo 1197 del Código Civil español también debe desecharse por carecer de lógica, especialmente cuando el fiador no actúa por encargo del deudor. Este precepto se ha de interpretar del siguiente modo: a) el fiador dispone de una excepción temporal de compensabilidad; y b) el deudor no puede renunciar a la compensación en perjuicio del fiador cuando este actúe por encargo suyo, la renuncia sea posterior a la fianza y el acreedor disponga de una correlativa facultad para compensar.³⁵

La remisión plena de la obligación extingue la fianza (CC español, art. 1190); la remisión parcial reduce la fianza si y en la medida en que el importe de la garantizada resulte de cuantía inferior. En caso de garantizar la cuota debida por uno de los deudores remitidos, el fiador responde, al igual que el deudor garantizado, de la solvencia de los demás en proporción a la cuota asegurada. La remisión de la fianza que concurre solidariamente con otras (lo que se presume, aunque se asuma sin conocer las demás garantías) aprovecha a estas hasta donde alcance la parte de aquel a cuyo favor se otorgó (CC español, art. 1850, en sintonía con el art. 1143). En vía de regreso, el fiador remitido sólo responde de la posible insolvencia de los demás en proporción a su cuota (CC español, art. 1145). Por excepción, el fiador que de buena fe pague el importe íntegro de la deuda podrá exigir al remitido la cuota que le corresponde en la relación interna (CC español, art. 1146). En tal caso, a este no le queda otro recurso que dirigirse contra el acreedor por cobro de lo indebido.

pp. 210-214, p. 211, reconoce el efecto retroactivo, pero no con apoyo en el artículo 1157 Cc español –como hacen los autores anteriores–, sino por razones puramente procesales.

34 Debe desecharse, pues, la interpretación tradicional, según la cual las notas de “derecho propio” y “principalidad” a que hacen referencia respectivamente los artículos 1195 y 1196.1º del CC español, entrañan significados distintos. Cfr. en este sentido RAMÓN LÓPEZ VILAS, “Artículos 1195 a 1202 del Código civil”, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* 16.1 (Edersa, Madrid, 1991) pp. 478-592.

35 No me parece que el artículo 1657.2 del CC chileno se pueda entender *contrario sensu*, para venir a decir lo mismo que el Código Civil español interpretado literalmente. Cfr. en este sentido RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones 2* (Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago) p. 596.

La reunión en una misma persona de las cualidades de acreedor y deudor aprovecha al fiador (CC español, arts. 1191 y 1847); ahora bien, si esta es meramente provisional, el fiador sólo dispondrá de una excepción temporal, de manera que pueda negarse a pagar en espera de que la confusión adquiera carácter definitivo (la fianza se extingue) o, por el contrario, las titularidades se separen de nuevo (la fianza subsiste y, salvo que exista otra excepción, deviene exigible). Por excepción la fianza se mantiene viva, pese a su confusión del fiador con el deudor, cuando subsiste un interés en conservar la garantía (por ejemplo, cuando el fiador suceda al deudor a beneficio de inventario, o cuando el deudor podía anular su obligación por incapacidad). Por esta misma razón, el subfiador sigue obligado aunque la fianza se extinga por fundirse en un mismo sujeto los títulos de deudor principal y subsidiario (CC español, art. 1848; CC chileno, art. 2383; CC colombiano, art. 2408).

La accesoriadad en la novación y acumulación de obligaciones

Es común distinguir la novación de la simple modificación para determinar, entre otras cosas, los efectos sobre el fiador del cambio de la obligación principal. Como consecuencia de la novación, el régimen jurídico de la *prior obligatio* queda por completo derogado y, por tanto, decae la fianza, junto con las demás relaciones y determinaciones accesorias (garantías, privilegios, intereses, cláusula penal). Por el contrario, con la simple modificación de la obligación, su régimen jurídico pervive en lo no modificado y, consecuentemente, subsisten las relaciones accesorias, salvo que la situación del tercero resulte agravada. A mi entender, la novación es un efecto jurídico que puede traer consigo la derogación del régimen jurídico de la *prior obligatio* o, por el contrario, mantenerlo subsistente. Solo en este sentido cabe distinguir la “novación con derogación del régimen jurídico anterior” de la “novación con pervivencia del mismo”; en el primer supuesto, la novación no consiste ya en un simple cambio del objeto o de alguna de sus condiciones, sino del régimen jurídico en su conjunto: es una novación abstracta. Como regla general, el régimen jurídico anterior pervive con la novación en lo que sea compatible y no resulte expresamente derogado y, por tanto, subsisten las relaciones accesorias.³⁶

Ahora bien ¿*Quid*, si interviene un tercero en la relación accesoria? El artículo 1207 del CC español regula el modo en que el efecto novatorio repercute en un

36 Proponemos, pues, un concepto amplio de novación, que comprende tanto la novación propia como la simple modificación, pero limitado exclusivamente a la novación objetiva que no suponga un mero cambio en el *quantum* debido. Razones sistemáticas aconsejan tratar por separado los casos en los que el cambio afecte a los sujetos. La reducción del *quantum* no es novación, pues no implica sustitución, sino mera extinción parcial del crédito; en cambio, su ampliación se asimila a los supuestos de acumulación de obligaciones. Esta acepción amplia debe tenerse en cuenta para la debida intelección de los artículos 1642 y 1645 del CC chileno (= CC colombiano, arts. 1701 y 1704), que parten de la distinción entre novación y simple modificación.

tercero. Conforme a su tenor literal, las relaciones accesorias subsisten en cuanto aprovechen a un tercero que no haya prestado su consentimiento en la novación; de esta forma se tutela los derechos de terceros ajenos a la novación que no han prestado su consentimiento. En la actualidad, sin embargo, es *communis opinio* entender que el artículo 1207 del CC español encierra una excepción al principio según el cual las relaciones accesorias (garantías, privilegios, intereses y cláusula penal) decaen al extinguirse la obligación principal por efecto de la novación; se tiende, pues, a interpretar esta norma en sintonía con el artículo 1138 del Proyecto de 1851: “por la novación se extingue no solo la obligación principal, sino también sus accesorios [regla general]. Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten a un tercero, es necesario también el consentimiento de este [excepción]”.³⁷ La lectura moderna del precepto me parece razonable, pero sin excluir su sentido literal y sin referirse a todo tipo de prestación accesoria, sino más concretamente a aquellas relaciones en las que intervenga un tercero, distinto del acreedor y del deudor. En realidad, el precepto recoge una aplicación *ad casum* del principio de relatividad negocial, y en este sentido se refiere a cualquier tercero, sea acreedor, coobligado o garante.

Ciertamente, la conservación de las garantías y demás prestaciones secundarias no suponen quiebra alguna al principio según el cual las obligaciones accesorias siguen la suerte de la principal, pues la suerte de la principal no es extinguirse, sino transformarse. El principio *accessorium sequitur principale* sigue siendo la regla general; la novación sólo determina el decaimiento de las relaciones accesorias, si así se pacta expresamente y siempre que sean incompatibles con la *nova obligatio*. Que el acreedor conserve o pierda las garantías que el propio deudor le haya entregado es cuestión de interpretación. Por lo general, el acreedor cuyo crédito está acompañado de garantías no quiere renunciar a estas seguridades; interés legítimo, que es preciso respetar. La novación del crédito garantizado por el propio deudor no determina la extinción de la garantía, salvo que: a) se derogue expresamente (cláusula derogatoria expresa de la garantía); b) se derogue el régimen jurídico anterior (cláusula derogatoria general o acuerdo novatorio abstracto); y,

37 El mero retraso del acreedor en exigir el pago no puede identificarse sin más con la prórroga presunta o de hecho. Ciertamente, puede encubrir auténticos acuerdos de prórroga y también le podría resultar aplicable la *ratio* que justifica la extinción de la fianza cuando el retraso es considerable. Ahora bien, entre ambos supuestos existe una diferencia esencial, pues con el vencimiento empieza a correr el plazo de prescripción y el pago del fiador abre la vía de regreso; la prórroga, en cambio, aplaza uno y otro. Otra cosa sería establecer un plazo de prescripción propio en protección del fiador, más reducido que el de la deuda garantizada. Sin duda, esto sería deseable de *lege ferenda*. Por este motivo, en el tráfico jurídico es frecuente acordar un plazo de caducidad o validez de la garantía. Sobre esta cuestión cfr. VICENTE GUI-LARTE ZAPATERO, ‘Artículos 1822 a 1886 del Código Civil’, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Alabart* 23 (Edersa, Madrid, 1990) pp. 1-683, p. 396; JOSÉ MANUEL FINEZ RATÓN, ‘La prórroga como causa de extinción de la fianza. Análisis crítico del artículo 1851 del Código Civil’, *Revista Jurídica del Notariado* 5 (Consejo General del Notariado, Madrid, 1993) pp. 71-138, p. 109. Por otro lado, vid. la STS 1225/1997, de 30 de diciembre (FJ 3).

c) la garantía sea incompatible con la modificación operada. Lo mismo sucede con una cláusula penal o cualquier otra prestación a cargo del obligado principal; únicamente se extinguen si así se fija en el acuerdo de novación, o si son incompatibles con la modificación esperada.

Pero ¿qué sucede si el garante es un tercero ajeno a la modificación convencional del crédito y no ha consentido en ella? ¿Cómo afecta al fiador la novación de la obligación garantizada? El principio de accesoriedad se ha de armonizar con el de relatividad negocial. La modificación objetiva del crédito no deja indiferente al fiador, y un pacto del que es ajeno no debe ni puede empeorar su situación (principio *res inter alios acta aliis non nocet*). Las soluciones que se han dado en nuestro entorno jurídico y cultural son básicamente tres: a) la garantía no se extingue, pero se concede un derecho de relevación frente al deudor; b) la garantía no se ve afectada por el hecho de la modificación; y, c) la garantía se extingue con la modificación o novación del crédito. La acción de relevación no parece protección suficiente. Considerar la modificación en perjuicio del fiador como no producida respecto del crédito de fianza tampoco atiende suficientemente a sus intereses, al menos en aquellos supuestos en los que no actúe por mandato del deudor principal, en cuyo caso éste le podrá oponer en vía de regreso la sustitución de su obligación o el cambio de condiciones y accesorios. Así pues, las prestaciones debidas por un tercero (fiador personal o real) se extinguen con la sustitución convencional de la obligación principal, salvo cuando el tercero hubiese consentido en ellas o, de buena fe, no pudiera alegar perjuicio alguno.

Así pues, el principio que justificaría la extinción de la fianza por modificación convencional del crédito garantizado sería propiamente el de relatividad negocial, no el de accesoriedad; además, el efecto extintivo no es automático, pues sería necesario: a) que el fiador no haya consentido; y b) que su situación objetivamente resulte agravada. El garante sigue respondiendo cuando la novación no le cause perjuicio objetivo alguno. En este caso, el principio de relatividad negocial se mantiene incólume, pues el cambio no ocasiona ningún perjuicio al fiador; sería contrario a la buena fe que pudiese alegar la pérdida de su garantía por un cambio irrelevante y que, realmente, en nada le afectase. Por esta razón, cuando se trata de un simple incremento del *quantum* debido, el artículo 1207 del CC español no es de aplicación. En este caso, la extinción de la garantía es siempre un efecto excesivo. Que el fiador no resulte afectado es protección suficiente. El garante no puede invocar que el deudor compromete su solvencia patrimonial con la ampliación del débito, pues es libre de endeudarse cuanto quiera, siempre que no medie fraude.

Este es el criterio que debe utilizarse para interpretar el artículo 1851 del CC español. La prórroga supone novación, no del objeto ni del régimen jurídico en su conjunto, sino de una de sus condiciones, cual es el término de vencimiento.

La fianza se extingue, si el garante no presta su consentimiento en ese *aliquid novi* en que consiste la prórroga. La *ratio* del precepto es siempre la misma: el fiador no puede resultar perjudicado sin su consentimiento por la actuación de un tercero; la prórroga del crédito garantizado puede perjudicar al fiador al devenir insolvente el deudor durante su transcurso, impidiéndole así el ejercicio útil del derecho de regreso. En efecto, el riesgo de insolvencia garantizado por el fiador no puede extenderse en ningún caso más allá del plazo convenido; se evitan así perjuicios innecesarios al fiador derivados de la mala fe o negligencia del acreedor o del deudor. Sin embargo, la prórroga supone con frecuencia un beneficio para el fiador; para que extinga la fianza es necesario: a) que sea concedida por el acreedor y a favor del deudor; b) que sea expresa o, al menos, tácita por derivar de actos inequívocos del acreedor; c) que sea posterior a la garantía y su concesión no se haya previsto al constituirse la fianza (STS 710/2002, 12 de julio); y d) que no cuente con el consentimiento del fiador y lo perjudique. Por lo demás, en una relación duradera, de tracto sucesivo o continuado, la prórroga del *dies obligationis* no aceptada por el fiador extingue la garantía respecto de las deudas futuras; no de las obligaciones actuales, vencidas o por vencer.³⁸

Cuando se trata de un simple incremento del *quantum* debido, el artículo 1207 del CC español no es de aplicación. En este caso, la extinción de la garantía es siempre un efecto excesivo. Que el fiador no resulte afectado es protección suficiente. El garante no puede invocar que el deudor compromete su solvencia patrimonial con la ampliación del débito, pues es libre de endeudarse cuanto quiera, siempre que no medie fraude.³⁹ Así pues, la acumulación de prestaciones sin el consentimiento del fiador no surte efecto para con él: se impide así que su obligación se extienda más allá de lo fijado en el negocio constitutivo (CC español, art. 1827 en relación con el principio *res inter alios* del art. 1257). En estos supuestos, los

38 Cfr. en este sentido FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, 'Artículos 1203 a 1213 del Código civil', *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* 16.1 (Edersa, Madrid, 1991) pp. 593-792, p. 619, para quien la deuda ampliada, aunque económicamente sea la misma, jurídicamente se trata de dos obligaciones yuxtapuestas; por tanto, es un caso de acumulación en que la primera subsiste con sus garantías y privilegios, que no se extenderán a la segunda (al incremento) en perjuicio de terceros.

39 Se trata de un tema muy debatido en el derecho alemán. A favor de exigir la identidad del acreedor con carácter imperativo Cfr. VOLKER EMMERICH, *BGB-Schuldrecht. Besonderer Teil* (Müller, Heidelberg, 2006) p. 174; NORBERT HORN, '§§ 765-778 BGB', *J. von Staudingers. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 765-778* (Sellier-de Gruyter, Berlín, 1997) pp. 292, 298-299; DIETER MEDICUS, *Schuldrecht. Besonderer teil* (Beck, Munich, 2007) p. 194. La jurisprudencia alemana sigue esta postura, Cfr. BGH Urteil vom 19.09.1991 (BGHE 115, 1992, pp. 177-186). En contra, se manifiestan, entre otros, LUDWIG ENNECERUS - HEINRICH LEHMAN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse* (Mohr Siebeck, Tubinga, 1958) p. 364; KARL SIEBER, 'Übertragung der Forderung', *Plank's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil* (Keip Verlag, Berlín, 1914) pp. 564-565; KARL LARENZ - CLAUDIUS WILCHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrecht. II. Besonderer Teil. 2* (Beck, Munich, 1994) p. 13; y DIETRICH REINICKE - KLAUS TIEDTKE, *Bürgschaftsrecht* (Luchterhand, Neuwied, 2000) pp. 11-12.

fiadores de la primera obligación responden únicamente de esta, y los garantes de la segunda, solo de aquella.

La accesoriadad en la titularidad: el cambio de sujetos

La transmisión del crédito no determina en principio la extinción de la fianza, sino la subrogación del nuevo acreedor en su titularidad. Ceder un crédito consiste en transmitirlo tal cual es, esto es, con todas sus cualidades y vicios. En consecuencia, el crédito se transfiere al cesionario junto con los derechos destinados a asegurarlo (CC español, arts. 1212 y 1528) y, pese al silencio legal, con cualquier otro tipo de accesorio que pudiera acompañarlo (privilegios, cláusulas penales, intereses y rendimientos, pretensiones indemnizatorias). De todos modos, se trata de una regla de derecho dispositivo y nada impide el pacto en contrario.

La identidad entre el acreedor garantizado y el titular de la garantía no es una consecuencia necesaria del principio de accesoriadad, aunque sí es su consecuencia natural. Es cierto que la fianza sigue en todo momento las vicisitudes del crédito principal, y que su existencia y contenido dependen en gran medida de la existencia y contenido de aquel; pero de ahí no se desprende que ambos tengan que estar necesariamente unidos en el mismo titular. Lo esencial es que la garantía se dirija a satisfacer el mismo interés *creditoris*. A pesar de la separación de titularidades, la fianza sigue asegurando el mismo crédito. Por tanto, la cuestión se contrae a determinar su utilidad práctica, y la posibilidad de que comprometa la seguridad del tráfico jurídico[□]. Para ello es necesario distinguir según se ceda el crédito con reserva de la fianza, o bien sea la garantía la que se transmita de forma aislada. En cuanto a la cesión del crédito, la fianza se transmite con el crédito garantizado, a menos que sea intrasmisible o haya sido excluida de la cesión. En este caso, que deba presumirse la extinción de la fianza o, por el contrario, que el cedente quiso reservar la garantía para sí, es cuestión de interpretación. En la duda, la reserva de la fianza parece coherente con el principio general de interpretación de los contratos, que apela a la menor transmisión de derechos e intereses cuando se trata de un acto unilateral (CC español, art. 1289). Ahora bien, la reserva de la garantía no puede comprometer la seguridad del tráfico jurídico y, en consecuencia, la buena fe puede exigir que el acreedor deje clara constancia de su intención de mantener la garantía. Del mismo modo, nada se opone a la cesión aislada del crédito de fianza. Ciertamente se trata de un supuesto muy excepcional, pues en principio nadie está interesado en adquirir un crédito dirigido a satisfacer otro ajeno. Un supuesto típico es el del tercero que adquiere la fianza para gestionar su cobro en nombre propio, pero en interés del ordenante.

Pese a la cesión del crédito, el fiador queda liberado de su obligación cuando paga al cedente sin tener conocimiento de la cesión (CC español, art. 1527). Cier-

tamente, el fiador queda obligado para con el nuevo acreedor desde el preciso instante de la cesión, del mismo modo que el deudor; si bien, al igual que éste, no asume el riesgo del pago al acreedor aparente (en este caso, el cedente), sino desde el momento en que tiene conocimiento de la cesión. En este caso, al cesionario legítimo no le queda más recurso que el de exigir una indemnización por daños y perjuicios. Lo mismo sucede cuando se paga al cesionario aparente en caso de doble cesión (CC colombiano, art. 17). Asimismo, el fiador dispone frente al cesionario de todas las excepciones y medios de defensa que él mismo o el deudor garantizado tuvieran contra el cedente. Tratándose de un crédito viciado, al cesionario no le queda otra vía que resolver el contrato transmisivo y exigir la restitución, o bien exigir al cedente que subsane los vicios que pudieran existir, o de no ser posible, el cumplimiento por equivalente, o incluso, una reducción del precio, si el crédito no se malogra en su integridad (responsabilidad por la *veritas nominis*). Si la subrogación es consecuencia no de convención con el acreedor sino del pago hecho por el tercero, este adquiere una *condictio indebiti*. Por lo demás, la fianza se extingue definitivamente cuando el cedente que acuerda su cancelación asume el riesgo de la insolvencia sobrevinida del deudor (la cesión es resoluble por incumplimiento de una condición resolutoria). El acuerdo de cesión es inicialmente eficaz, pero resoluble; el pacto de extinción de la fianza es decididamente eficaz, pues carece de buen sentido que el cedente extinga la fianza, asuma la responsabilidad por la *bonitas nominis* y después pretenda hacer valer la primera. Téngase en cuenta que el pacto de extinción de la fianza es un pacto distinto del de cesión que, normalmente, es acordado con motivo y en función de este, pero que también puede serlo con total independencia; de este modo, aunque de hecho se adopte con ocasión de la cesión, puede suceder que se hubiera pactado igualmente de no haber tenido lugar esta.

La afirmación según la cual la fianza se extingue por el cambio de deudor en virtud del principio de accesoriedad es exacta, pero imprecisa; exacta porque la fianza efectivamente se extingue y no se extinguiría si no hubiese una relación de accesoriedad respecto del crédito garantizado; imprecisa, porque la razón que justifica la extinción es el juego del principio de accesoriedad con el de relatividad negocial. Así pues, las garantías prestadas por terceros se extinguen con la asunción liberatoria del primitivo deudor, salvo que estos hubiesen consentido en asumir la deuda ajena (CC español, art. 1207). La persona del deudor afianzado es relevante para el garante de una deuda ajena, pues el riesgo que asume se apoya en la confianza que este le merece (probidad) y en su capacidad patrimonial (solventia). Por tanto, cualquier cambio o alteración del patrimonio que garantiza el derecho de crédito requiere su consentimiento: el fiador que no consiente en el cambio de deudor queda liberado de su obligación, al igual que sucede con el deudor sustituido. El antiguo ni siquiera responde de la insolvencia del nuevo; como es lógico, tampoco lo hace el fiador. Por excepción, el garante mantiene

su obligación, esta vez como subfiador, cuando el deudor garantizado responda como garante. Esto sucede: a) cuando el nuevo deudor asume la obligación por delegación del anterior y su insolvencia es anterior y pública o conocida por este (CC español, art. 1206); y b) cuando el nuevo deudor asume su obligación por delegación del anterior y este se compromete expresamente a responder en caso de insolvencia. La garantía personal del asumente también se extingue por confusión de titularidades, siempre que deuda y garantía se integren en un mismo patrimonio y sin perjuicio de los derechos de terceros.

Sin embargo, subsisten en su integridad y son plenamente vigentes las garantías reales constituidas por el antiguo deudor, así como las que hubiese prestado el nuevo antes de asumir la deuda. Es claro que las garantías reales del asumente perviven, incluso si fuesen prestadas con anterioridad a la efectiva asunción de la deuda; el nuevo deudor precisamente es quien asume la deuda, quien nova. Conforme al artículo 1207 del CC español, la garantía subsiste si el garante consiente en el cambio y es evidente que el asumente consiente en asumir. Mayores dudas pueden surgir al considerar si se mantienen las garantías reales del antiguo deudor. A mi entender, este sigue obligado respecto de aquellas. Por lo pronto, el principio de accesoriedad no exige que la garantía se extinga por haberse liberado el primitivo deudor. En efecto, la accesoriedad no implica identidad de titulares, menos aún, de titulares pasivos. Crédito y garantía van dirigidos a satisfacer un mismo interés, pero son relaciones autónomas. La liberación del deudor implica la del garante en la medida en que el crédito se extinga y la garantía pierda su razón de ser; en otro caso, la garantía subsiste. Por otra parte, no cabe interpretar que el acreedor consintió en perder seguridades constituidas a su favor, ni tampoco parece lógico entender que el nuevo deudor asumió esas garantías, o la obligación de constituir unas equivalentes. Pero es que, además, esta parece la solución más justa en atención a los intereses en juego. El primitivo deudor interviene normalmente en la asunción de deuda mediante el *iussum promittendi*, con el que ordena o autoriza al delegatario para que asuma la deuda frente a su acreedor. En estos casos, él es sin duda el principal interesado, y actuaría de mala fe si pretendiese eludir garantías con el consiguiente perjuicio del acreedor. No es posible entender que el acreedor quiso condonar las garantías reales y hacer menos segura su obligación; ni siquiera aunque el nuevo deudor fuese más solvente.⁴⁰ De no mediar delegación, tampoco hay razón suficiente para extinguir las garantías asumidas por el primitivo deudor.

40 JUAN BAUTISTA JORDANO BAREA, 'Asunción de deuda', *Anuario de Derecho Civil* 3 (Ministerio de Justicia – BOE Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1950) pp. 1372-1382, distingue según intervenga o no el deudor primitivo en la asunción de deuda (p. 1378). Cfr. en el mismo sentido JOSÉ GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, 'La sucesión en las deudas a título singular', *Estudios de derecho civil en honor al Profesor Castán Tobeñas. II* (Universidad de Navarra, Pamplona, 1969) pp. 207-226, p. 223. En el Derecho italiano, vid. PIETRO RESCIGNO, 'Delegazione (diritto civile)', *Enciclopedia del Diritto* 11 (Giuffrè, Milán, 1962) pp. 929-982, a quien parece decisiva la *ratio* del art. 1275 *Codice*; *ratio* que no puede invocarse a favor del deudor liberado (p. 978).

En el fondo, las garantías de terceros se extinguen al novar el crédito por aplicación del principio *res inter alios acta*; en el caso concreto de cambio de deudor, el contenido de la garantía no resulta alterado, pero sí el patrimonio que garantiza el derecho de crédito. Por esta razón, las garantías de terceros se extinguen, pues las asumieron en consideración a la persona y al patrimonio del deudor. Ahora bien, siendo garante el mismo deudor, no parece que pueda aplicarse el mismo razonamiento. Ciertamente, quien garantiza con prenda o hipoteca su propia deuda deviene tercero garante tras asumir otro su débito. Sin embargo, no parece lógico que el hecho que determine su condición de tercero garante suponga, a su vez, su extinción, precisamente por devenir tercero garante. El deudor originario no puede considerarse un tercero cuyo consentimiento sea necesario para que las garantías con las que aseguró su propia deuda pervivan tras la asunción. El artículo 1207 del CC español se refiere a los terceros garantes del crédito novado en general y no sólo de la “nueva obligación” o del acto novatorio. Es más, aunque se considere “tercero” al primitivo deudor, este no resulta perjudicado; por el contrario, su negativa sin razón podría perjudicar intereses legítimos del acreedor y del asumente. Por lo demás, de perjudicar al deudor originario, el efecto sería en todo caso la ineficacia de la asunción; nunca, la extinción de las garantías reales. Finalmente, el deudor disconforme siempre puede enervar el cambio con el pago a su vencimiento.

Por lo demás, el cambio de fiador no requiere el consentimiento del fiador sustituido, ni tampoco del deudor fiador, pero sí de los subfiadores y cofiadores. De no contar con él, resulta de aplicación el artículo 1207 del CC español: la subfianza se extingue en su totalidad; en la relación solidaria entre cofiadores, la responsabilidad de los cogarantes se extingue con respecto a la parte que, en la relación entre cofiadores, el fiador sustituido debía a título principal. Sin embargo, la solidaridad sigue en pie, y el nuevo fiador responde junto con los demás de la insolvencia del deudor, o de cualquiera de los demás garantes.

ACCESORIEDAD Y AUTONOMÍA DE LA FIANZA

En realidad, toda garantía de un crédito, por el simple hecho de ser garantía de un crédito, es accesoria del crédito que garantiza. Se trata de una elemental exigencia de lógica jurídica: siempre se garantiza algo, la garantía siempre lo es de algo. Por definición, tiene que haber una relación de dependencia entre el objeto asegurado y la garantía que se constituye en su seguridad. La fianza es la garantía personal del crédito. Lo que se suele conocer como garantía a primer requerimiento o independiente es en realidad una fianza. “Primer requerimiento” y “fianza” no se contraponen: la primera limita el carácter accesorio, pero no lo aniquila; la accesoria subsiste aunque solo en su núcleo más reducido. “Autonomía” y “accesoria” son, pues, conceptos relativos: ni la garantía abstracta es tan

autónoma como se cree, ni la fianza tan accesoria como se piensa. El principio según el cual todo contrato de garantía presupone un vínculo de accesoriadad como condición necesaria de existencia y validez es incontestable. El concepto de garantía postula por definición el de accesoriadad. A mi entender, la cláusula de pago “a primer requerimiento” es un rápido y eficaz medio de pago, no una garantía en sentido técnico; puede insertarse en un negocio fideiusorio y, si bien es cierto que compromete de algún modo el principio de accesoriadad, no lo suprime absolutamente: la posibilidad de condicionar la garantía, la *exceptio doli* y la *condictio* de regreso son expresión de ese mínimo de accesoriadad que existe en la fianza a primer requerimiento.⁴¹

En primer lugar, la cláusula “a primer requerimiento” o *solve et repete* supone un rápido y eficaz medio de pago, no una garantía en sentido técnico. Con ella se persigue desvincular la garantía de la relación subyacente, de modo similar a lo que sucede con las obligaciones cambiarias. En sentido técnico, por garantía se hace referencia a cualquier medio jurídico que aumente el patrimonio sujeto a responsabilidad (CC español, art. 1911); de por sí, la cláusula no aumenta el patrimonio susceptible de ser agredido en caso de incumplimiento. Los medios *ad extra* de protección del crédito pueden ser de muy variada naturaleza y cumplir funciones muy dispares, pero no todos son garantías en sentido técnico. En rigor, una garantía del crédito tiene por objeto reforzar el patrimonio sujeto a responsabilidad. Ciertamente la inclusión de una cláusula penal, o la incorporación del crédito a un título valor, o a un título ejecutivo, son medios de protección del crédito; sin embargo, no son garantías en sentido propio, o al menos, en el mismo sentido en que lo es una fianza o una hipoteca; protegen sin duda al acreedor, pero no suponen un incremento del patrimonio sujeto a responsabilidad. Sólo en sentido lato puede decirse que aseguran el cumplimiento de la obligación.

41 Cfr. ÁNGEL CARRASCO PERERA, ‘Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento’, *Tratado de garantías en la contratación mercantil. I. Parte general y garantías personales* (Madrid 1996) pp. 623-763, pp. 668-669, para quien la garantía a primer requerimiento responde al tipo jurídico de la fianza. Asimismo, ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back* (Cedam, Padua, 1988) pp. 200-202, afirma la existencia, aunque sea implícita, de la accesoriadad en la garantía a primera demanda; a su juicio, la distinción con la fianza se reduce a detalles: carga de la prueba, cláusula *solve et repete*, tutela cautelar. Pese a negar su carácter fideiusorio, la mayoría de los autores reconocen la aplicación analógica de su normativa. Cfr. VICENTE INFANTE PÉREZ, ‘La difusión del uso privado de los avales bancarios solidarios y abstractos’, *Derecho de los negocios* 7 (La Ley-Actualidad, Madrid, 1991) pp. 17-23, p. 23. En parecidos términos se manifiesta RODRIGO ECHENIQUE GORDILLO, ‘Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones’, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 5 (Lex Nova, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Valladolid, Madrid, 1982) pp. 147-163, p. 162. Cfr. también JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda* (Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995) p. 103. Este último autor considera aplicable el artículo 1826 del CC español a la garantía independiente, si bien, interpretado de forma restringida (p. 312-323). Así mismo considera aplicables los artículos 1828, 1829, 1842 del CC (p. 401 y 403). Por lo demás, a través de la *exceptio doli* abre la posibilidad de aplicar la normativa de la fianza en su práctica totalidad. Respecto de la jurisprudencia, vid. SSTS 460/2004, de 28 de mayo (FJ 3); y, 735/2005, de 27 de septiembre (FJ 1 y 2).

Además, nada impide que esta cláusula se desarrolle en otro tipo de obligaciones. La cláusula *solve et repete* ni es una garantía en sentido propio y técnico, ni es exclusiva de la fianza. Así, por ejemplo, el compromiso del deudor de reembolsar a primer requerimiento del fiador *solvens*. Es evidente que el deudor no garantiza nada en sentido técnico, esto es, no amplía el patrimonio sujeto a responsabilidad más allá del artículo 1911 del CC español; simplemente, refuerza el derecho de regreso del fiador, haciéndolo más rápido y eficaz. Ciertamente que el fiador está más seguro y tiene mayor probabilidad de recuperar lo desembolsado; pero solo en sentido amplio e impropio es posible hablar en este caso de “garantía” y “seguridad”. También es importante distinguir una promesa de depósito caucional a simple solicitud de la fianza a primer requerimiento. Por la primera, el promitente asume la obligación de entregar una suma en concepto de depósito caucional a simple solicitud del beneficiario, o bien tras acaecer una determinada situación (contra entrega de determinados documentos, en caso de incumplimiento de obligaciones preliminares y accesorias).

Por otro lado, que la garantía se asuma con cláusula de pago a primer requerimiento no supone el paso a un tipo contractual distinto; sigue siendo fianza, pues siempre habrá que tener en cuenta la regulación de la fianza. De hecho, la doctrina termina acudiendo a ella, aunque sea por analogía. Podría pensarse que el pacto a primer requerimiento desnaturaliza la fianza, al igual que el pacto de uso desnaturaliza el depósito (CC español, art. 1768). Sin embargo, es discutible el sentido que deba darse a este precepto; de hecho, parece más correcto hablar de una modalidad de depósito (el depósito irregular o de uso) distinta del depósito ordinario o de mera custodia, y limitar la remisión del precepto al pacto de uso. Ciertamente, el depósito bancario (prototipo de depósito de uso) reviste una estructura similar al préstamo-mutuo: la entrega de una cosa en propiedad con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. Al igual que el mutuario, el depositario obtiene una disponibilidad plena sobre la cosa entregada. Con todo, el depósito en uso conserva la obligación principal de custodia, que se traduce en la posibilidad de reclamar en cualquier momento su restitución (CC español, art. 1766). Por el contrario, en el préstamo-mutuo la reclamación debe hacerse a su vencimiento.

A mi juicio, el mero pacto de pago a primer requerimiento no justifica la construcción de una nueva categoría negocial; simplemente exige atender a sus especialidades. En realidad, el pacto de pago a primer requerimiento origina una modalidad atípica de fianza. Calificar un acuerdo e incluirlo en una determinada categoría negocial tiene sentido para determinar la regulación supletoria y, en su caso, las normas imperativas que han de aplicarse. En el caso de la fianza a primer requerimiento, lo definitivo es determinar en qué se asemeja a la fianza ordinaria, para acudir a su regulación; en qué difiere, para atender a sus especialidades. Por lo demás, insinuar que la garantía independiente se rige por la voluntad de las partes

y por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos en nada distingue esta figura de la fianza, que también se rige por la autonomía de la voluntad y por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos. Con todo, es importante distinguir la garantía del crédito de otras que simplemente aseguran la calidad de un determinado producto o servicio. Obviamente, sólo la primera modalidad puede conceptuarse como fianza; la segunda modalidad se traduce en una obligación de subsanar o indemnizar por daños y perjuicios, sin ser, pues, garantías en sentido técnico o, al menos, en el mismo sentido. Sin crédito, sin obligación asegurada, no hay fianza, pero tampoco garantía del crédito en sentido propio.

En fin, “primer requerimiento” y “accesoriedad” no se contraponen. La cláusula no elimina la accesoriedad de la fianza, si bien es cierto que debilita sus efectos. En el tráfico jurídico y en general, es usual hablar de garantía independiente o autónoma. La terminología no es exacta, pero sí ilustrativa. Nada impide que continúe usándose. Sin embargo, más riguroso y acertado es hablar de fianza a primer requerimiento o de fianza abstracta o de fianza con exclusión de excepciones derivadas de la relación garantizada. Hablar de “independencia” parece innecesario o, cuando menos, exagerado. Es innecesario, porque la fianza tradicional también lo es respecto de la relación de cobertura, e incluso, en cierta medida, también respecto de la relación de valuta, habida cuenta que el fiador nunca responde por deuda ajena, sino por propia, la cual por lo demás puede tener un contenido distinto. Es exagerado, pues, si bien es cierto que se produce un debilitamiento en el principio de accesoriedad, este no llega a desaparecer. La dependencia entre la relación asegurada y la garantía se desprende de la posibilidad de condicionar la garantía, de la posibilidad de alegar dolo y del hecho de que el deudor, y en algunos casos también el fiador, puedan dirigirse contra el acreedor para exigirle aquello en lo que se ha enriquecido injustificadamente.⁴²

42 Es común distinguir una “garantía independiente” de una “fianza a primer requerimiento”; las diferencias se apreciarían en la vía de regreso. A mi entender, sin embargo, en ambos casos la posible acción del fiador contra el acreedor es excepcional: el garante *solvens* siempre podrá dirigirse en regreso contra el deudor y, solo en casos excepcionales deberá dirigirse contra el acreedor (pago indebido, doble pago con omisión del deber de notificar al deudor). La posibilidad del fiador de dirigirse en regreso contra el deudor también a primer requerimiento dependerá de la relación de cobertura. A mi entender, sólo sería posible diferenciar un contrato autónomo de garantía de la fianza a primer requerimiento, si con el primero quisiéramos abarcar toda la compleja operación (garantía, relación subyacente y negocio de cobertura) y con el segundo nos refiriésemos exclusivamente al supuesto en que el fiador acuerda la cláusula sin contar con la orden o aprobación del deudor, similar a la que se da entre la expromisión simple o con delegación, y a la que existe en la prestación de tercero con consentimiento del deudor o sin su aprobación. En cualquier caso, es claro que la distinción no depende de la nota de accesoriedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones 2* (Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago).
- ALONSO SÁNCHEZ, BEATRIZ, *Protección del fiador en vía de regreso* (Tecnos, Madrid, 1993).
- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO, 'El artículo 1207 del Código civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación', *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 2* (Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1973) pp. 1413-1431.
- ALVENTOSA DEL RÍO, JOSEFINA, *La fianza: ámbito de responsabilidad* (Comares, Granada, 1988).
- ANDREWS, GERALDINE, – MILLET, RICHARD, *Law of guarantees* (Sweet & Maxwell, Londres, 2005).
- BETTERMANN, KARL, 'Akzessorietät und Sicherungszweck der Bürgschaft', *Neue Juristische Wochenschrift* (C. H. Beck, Munich, 1953) pp. 1817-1818.
- BIANCA, MASSIMO, *Diritto civile. IV. L'obbligazione* (Giuffrè, Milán, 1997).
- BIGLIAZZI GERI, LINA, 'Artt. 1460-1462', *Commentario del Codice Civile. A cura de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca* (Zanichelli, Bolonia-Roma, 1988).
- BONFANTE, PIERO, – SRAFFA, ANGELO, 'Solidarietà o mutua fideiussione?', *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni 1* (Piccin Nuova Libreria S.p.a., Padua, 1914) pp. 905-915.
- BÖTTCHER, CHRISTINA, *Das abstrakte Schuldversprechen in der Kreditsicherung* (Lang, Frankfurt am Main, 2007).
- BÜLOW, PETER, *Recht der Kreditsicherheiten* (Müller, Heidelberg – Munich, 2007).
- BYDLINSKI, PETER, *Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht* (Springer, Viena – Nueva York, 1991).
- CAFFARENA LAPORTA, JORGE, *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva* (Edersa, Madrid, 1980).
- CANTARELLA, EVA, *La fideiussione reciproca (Allelengye e mutua fideiussio). Contributo allo studio delle obbligazioni solidali* (Giuffrè, Milán, 1965).
- CARNELUTTI, FRANCESCO, 'Transazione, giuramento, sentenza su obbligazione in solido senza partecipazione di tutti i condebitori o concreditori', *Rivista di Diritto processuale civile* (La Litotipo, Padua, continuada por *Rivista di Diritto processuale*, 1942) pp. 51-52.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL, 'Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento', *Tratado de garantías en la contratación mercantil. I. Parte general y garantías personales* (Madrid 1996) pp. 623-763.
- *Fianza, accesoriidad y contrato de garantía* (La Ley, Madrid, 1992).
- CASANOVA MUSSONS, ANA MARÍA, *La relación obligatoria de fianza* (Bosch, Barcelona, 1984).
- COHN, ERNST, 'Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte', *Archiv für civilistische Praxis 15* (Gunter Narr Verlag, Tubinga, 1932) pp. 67-68.
- CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *La cofianza* (Edersa, Madrid, 1993).
- D'ORS, ÁLVARO, 'Sobre la causa de los actos jurídicos', *Anuario de Derecho Civil* (Ministerio de Justicia – Boe Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1956) pp. 578-586.

- *Derecho privado romano* (Eunsa, Pamplona, 2006).
- DALMARTELLO, ARTURO, ‘Solve et repete (Patto o clausola del)’, *Novissimo Digesto Italiano* 17 (Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1970) pp. 847-861.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, ‘La prescripción’, *Temas de derecho civil* (Rivadeneyra, Madrid, 1972) pp. 145-172.
- *El negocio jurídico* (Civitas, Madrid, 1997).
- DE MARTINO, FRANCESCO, *L'autonomia classica della sponsio* (Jovene, Nápoles, 1937).
- DE NICTOLIS, ROSANNA, *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back* (Cedam, Padua, 1988).
- DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS, – PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica* (Dykinson, Madrid 2005).
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, ‘La interrupción de la prescripción’, *Revista de Derecho Notarial* 41-42 (Consejo General del Notariado de España, Madrid, 1963) pp. 14-70.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato* (Civitas, Madrid, 2007).
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias* (Civitas, Madrid, 1996).
- ECHENIQUE GORDILLO, RODRIGO, ‘Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones’, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 5 (Lex Nova, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Valladolid, Madrid, 1982) pp. 147-163.
- EMMERICH, VOLKER, *BGB-Schuldrecht. Besonderer Teil* (Müller, Heidelberg, 2006).
- ENNECERUS, LUDWIG, - LEHMAN, HEINRICH, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse* (Mohr Siebeck, Tubinga, 1958).
- FIKENTSCHER, WOLFGANG, – HEINEMANN, ANDREAS, *Schuldrecht* (de Gruyter, Berlín, 2006).
- FINEZ RATÓN, JOSÉ MANUEL, ‘La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor. Estudio del artículo 1852 del Código civil’, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 614 (Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1993) 9-54.
- ‘La prórroga como causa de extinción de la fianza. Análisis crítico del artículo 1851 del Código Civil’, *Revista Jurídica del Notariado* 5 (Consejo General del Notariado, Madrid, 1993) pp. 71-138.
- FLUME, WERNER, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschafts-Stipulationen* (Böhau, Weimar, 1932).
- FRAGALI, MICHELE, ‘La fideiussione generale’, *Banca, borsa, titoli di credito* 1 (Giuffrè, Milán, 1973) pp. 321-345.
- FREZZA, PAOLO, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano I. Le garanzie personali* (Cedam, Padua, 1962).
- GALGANO, FRANCESCO, *Diritto civile e commerciale. II. Le obbligazioni e i contratti. 1. Obbligazioni in generale. Contratti in generale* (Cedam, Padua, 1999).
- GARCÍA VALDECASAS, JOSÉ GUILLERMO, ‘La sucesión en las deudas a título singular’, *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas. II* (Universidad de Navarra, Pamplona, 1969) pp. 207-226.

- GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho mercantil. I. Edición revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz* (Imp. Aguirre, Madrid, 1976).
- GEIB, OTTO, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts* (Laupp, Tubinga, 1894).
- GIORGIANI, MICHELE, ‘Obbligazione solidale e parziaria’, *Scritti minori* (Napoli 1988) pp. 595-604.
- GÓMEZ-BLANES, PABLO, ‘La protección del fiador en el Derecho alemán. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19-10-1993’, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 683 (Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004) pp. 1337-1349.
- GRAF LAMBSDORFF, HANS GEORG, - SKORA, BERND, *Handbuch des Bürgschaftsrechts* (Beck, Munich, 1994).
- GUARINO, ANTONIO, *Diritto privato romano* (Editore Jovene Napoli, 12ª edición, Nápoles, 2001).
- GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, ‘Artículos 1137 a 1148 del Código civil’, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* 15.2 (Edersa, Madrid, 1983) pp. 190-399.
- ‘Artículos 1822 a 1886 del Código civil’, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Alabart* 23 (Edersa, Madrid, 1990) pp. 1-683.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005).
- *Derecho Privado Romano. I.* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996).
- HABERSACK, MATHIAS, ‘Die Akzessorietät. Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts’, *Juristenzeitung* (Mohr Siebeck, Tubinga, 1997) pp. 857-865.
- HORN, NORBERT, ‘§§ 765-778 BGB’, *J. von Staudingers. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 765-778* (Sellier-de Gruyter, Berlín, 1997).
- *Bürgschaften und Garantien. Aktuelle Rechtsfragen der Bank- Unternehmens- und Außenwirtschaftspraxis* (RWS-Verl., Colonia, 2001).
- INFANTE PÉREZ, VICENTE, ‘La difusión del uso privado de los avales bancarios solidarios y abstractos’, *Derecho de los negocios* 7 (La Ley-Actualidad, Madrid, 1991) pp. 17-23.
- JAKOBS, HORST HEINRICH, - SCHUBERT, WERNER, *Die Beratung des Bürgerliches Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse III* (de Gruyter, Berlín - New York, 1983).
- JAUERNIG, OTHMAR, ‘Zur Akzessorietät bei der Sicherungsübertragung’, *Neue Juristische Wochenschrift* (C. H. Beck, Munich, 1982) pp. 268-270.
- JORDANO BAREA, JUAN BAUTISTA, ‘Asunción de deuda’, *Anuario de Derecho Civil* 3 (Ministerio de Justicia - BOE Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1950) pp. 1372-1382.
- KASER, MAX, *Das römische Privatrecht. 1. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (Beck, Munich, 1971).
- *Das römische Privatrecht. 2. Die nachklassischen Entwicklungen* (Beck, Munich, 1975).
- LARENZ, KARL, - CANARIS, CLAUDIUS WILCHELM, *Lehrbuch des Schuldrecht. II. Besonderer Teil. 2* (Beck, Munich, 1994).
- LECCESE, EVA, *La clausola solve et repete* (Giuffrè, Milán, 1998).

- LETTL, TOBIAS, 'Akzessorietät contra Sicherungszweck (Rechtsfragen bei der Gestaltung von Bürgschaftserklärungen)' *Wertpapier Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht* 54 (WM Gruppe, Frankfurt am Main, 2000) pp. 1316-1326.
- LEVY, ERNST, *Sponsio, fideipromissio, fideiussio* (F. Vahlen, Berlín, 1907).
- LÓPEZ VILAS, RAMÓN, «Artículos 1195 a 1202 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* 16.1 (Edersa, Madrid, 1991) pp. 478-592.
- LUCCHI, C., 'Solve et repete (patto o clausola del)', *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile* 18 (Utet Giuridica, Turín, 1998) pp. 586-598.
- MEDICUS, DIETER, *Schuldrecht. Besonderer teil* (Beck, Munich, 2007).
- MEO, GIORGIO, *Impresa e contratto nella valutazione dell' atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione omnibus* (Giuffrè, Milán, 1991).
- MIRAGLIA, CATERINA, 'Solve et repete', *Enciclopedia del Diritto* 42 (Giuffrè, Milán, 1990) pp. 1255-1270.
- MUGDAN, BENNO, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II. Recht der Schuldverhältnisse* (Nachdr. d. Ausg., Berlín, 2005).
- NART, IGNACIO, 'Pago por consignación', *Revista de Derecho Privado* (Edersa, Madrid, 1951) pp. 210-214.
- OROZCO PARDO, GUILLERMO, *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho civil* (Universidad D.L., Granada, 1995).
- PACCHIONI, GIOVANNI, *Diritto civile* (Utet Giuridica, Turín, 1921).
- PAZ-ARES, CÁNDIDO, *La naturaleza jurídica de la letra de cambio* (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2005).
- PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL, *Solidaridad en la fianza* (Aranzadi, Pamplona, 1985).
- PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS, – ALGUER, JOSÉ, *Ludwig Ennecerus. Heinrich Lehman. Tratado de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. 1. Doctrina general. Traducción española con anotaciones* (Bosch, Barcelona, 1954).
- PLUGIESE, GIOVANNI, 'Intorno all'impossibilità della prestazione causata dal paterfamilias e dal fideiussore', *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli* (Felice le Monnier, Florencia, 1956) pp. 569-597.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión* (Bosch, Barcelona, 1996).
- *Fundamentos de Derecho civil. II. 2. Contratos en particular* (Bosch, Barcelona, 1982).
- PUIG I FERRIOL, LLUIS, 'Régimen jurídico de la solidaridad de deudores', *Libro-Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre. II* (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1976) pp. 433-500.
- RAVAZZONI, ALBERTO, 'La fideiussione generale', *Banca, borsa, titoli di credito* 1 (Giuffrè, Milán, 1980) pp. 257-299.
- REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO, 'Artículos 1974 al final del Código civil', *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* 25.2 (Edersa, Madrid, 1994) pp. 622-753.

- REINICKE, DIETRICH, - TIEDTKE, KLAUS, *Bürgschaftsrecht* (Luchterhand, Neuwied, 2000).
- *Kreditsicherung* (Luchterhand, Neuwied, 2006).
- RESCIGNO, PIETRO, 'Delegazione (diritto civile)', *Enciclopedia del Diritto* 11 (Giuffrè, Milán, 1962) pp. 929-982.
- SALVESTRONI, UMBERTO, *Solidarietà d'interessi e d'obbligazioni. Profili sistematici per lo studio della solidarietà fideiussoria* (Cedam, Milán, 1974).
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda* (Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995).
- SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, 'Artículos 1203 a 1213 del Código civil', *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* 16.1 (Edersa, Madrid, 1991) pp. 593-792.
- SCHMIDT, CHRISTOPH, *Die sogenannte Akzessorietät der Bürgschaft. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgrund beim Verpflichtungsgeschäft* (Duncker & Humblot GmbH, Berlín, 2001).
- SIEBER, KARL, 'Übertragung der Forderung', *Plank's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil* (Keip Verlag, Berlín, 1914).
- SOLAZZI, SIRO, 'nè accessiones nè adpromissiones', *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'* 38 (Giuffrè, Milán, 1930) pp. 1-28.
- STADLER, ASTRID, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendung anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts* (Mohr, Tübinga, 1996).
- TALAMANCA, MARIO, *Istituzioni di Diritto Romano* (Giuffrè, Milán, 1990).
- TIEDTKE, KLAUS, 'Bürgschaft für ein sittenwidriges Darlehen', *Juristenzeitung* (Mohr Siebeck, Tübinga, 1987) pp. 853-859.
- TIEDTKE, KLAUS, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* (RWS-verlag, Colonia, 1989) pp. 863-864.
- TORRENT RUIZ, ARMANDO, 'Accesoriedad de las garantías personales y beneficium excussionis', *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calogne*. 2 (Caja Duero, Salamanca, 2002) pp. 1033-1048.
- VATTIER FUENZALIDA, CARLOS, 'Contribución al estudio de las obligaciones accesorias', *Revista de Derecho Privado* 1 (Edersa, Madrid, 1980) pp. 28-49.
- VÁZQUEZ GUNDÍN, EUGENIO, 'Artículos 1790 a 1856 del Código civil', *Quintus Mucius Scaevola. Código civil* 28 (Reus, Madrid, 1953) pp. 1-723.
- WEBER, HANSJÖRG, - WEBER, JÖRG ANDREAS, *Kreditsicherungsrecht* (Beck, Munich, 2006).
- WESTERKAMP, WILCHELM, *Bürgschaft und Schuldbeitritt* (Ebering, Berlín, 1908).