# TEMA 81. CONTRATO DE FIANZA: CONCEPTO, NATURALEZA Y CLASES. ELEMENTOS DE LA FIANZA. EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR, ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR Y ENTRE COFIADORES. EXTINCION DE LA FIANZA. GARANTÍAS PERSONALES ATÍPICAS.

#### CONTRATO DE FIANZA: CONCEPTO.

En virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal toda persona responde de sus obligaciones con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 C.C.); sin embargo, en muchas ocasiones esta garantía general resulta insuficiente a los acreedores debido a su carácter abstracto y a la fungibilidad de los elementos del patrimonio del deudor.

Para evitar estos inconvenientes, el ordenamiento arbitra los denominados derechos de garantía, que son aquellos que tratan de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, que pueden ser:

* personales, cuyo ejemplo principal en el ámbito civil es la fianza.

* reales, que son definidos por PEÑA "derechos reales limitados, accesorios de un crédito, que confieren al acreedor facultades que aseguran la efectividad del crédito sobre la cosa misma", como la prenda, hipoteca y anticresis.

Así, si bien el legislador emplea el concepto de fianza en un sentido amplio, como sinónimo de caución o garantía (así, el art. 491 del Cc cuando habla de la obligación del usufructuario de prestar fianza), en un sentido estricto o técnico jurídico, consiste en una garantía personal concreta regulada en los arts. 1822 y ss. La define el primero de ellos en su primer apartado al señalar

Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste

#### NATURALEZA

Debemos distinguir entre la relación de la fianza en sí y el contrato de fianza, ya que, como veremos, la fianza puede tener otros orígenes.

SuNATURALEZA JURÍDICA ha sido discutida:

* Tradicionalmente se decía que había una única obligación con dos deudores, uno principal y otro subsidiario.
* Hoy prevalece la opinión de que hay dos relaciones obligatorias diferentes; la garantizada (entre acreedor y deudor) y la de garantía (fiador-acreedor).

Las notas caracterizadoras de esta relación de fianza serían básicamente:

* Que el fiador es siempre un obligado frente al acreedor. La doctrina moderna no cree exacto -como se sostuvo en un tiempo- que sea un supuesto de responsabilidad sin deuda, sino que el fiador debe y responde.

De ahí la posibilidad de que su contenido sea distinto. Y también que su existencia y su posibilidad de modificación y extinción sean independientes, aunque siempre la fianza esté subordinada a la obligación principal como consecuencia de su naturaleza accesoria (RDGRN 30 de septiembre de 2009).

* La obligación del fiador es accesoria de la obligación principal que garantiza, por lo que rige el principio accesorium séquitur principale. Esta nota queda desdibujada en la fianza de obligaciones futuras y en la llamada fianza ó*mnibus* a la que después nos referiremos. Y desactivada en el caso de la GARANTIA A PRIMER REQUERIMIENTO.

* La obligación del fiador es subsidiaria ya que solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación. Ahora bien, esta nota no es esencial. Así,

Art. 1822.2 Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo III, título primero de este libro (obligaciones solidarias)

Esta remisión no significa que deje de existir la fianza y haya dos deudores principales solidarios, porque si bien es cierto que el acreedor podrá dirigir la reclamación contra el fiador, también lo es que éste, si paga, tendrá derecho de repetir contra el deudor la totalidad de lo pagado, sin que se produzca el prorrateo típico entre los deudores solidarios (ex art. 1145.2 Cc).

La nota de subsidiariedad aparece difuminada en alguna moderna forma de garantía personal como la "fianza a primer requerimiento" o "a primera demanda".

Los caracteres del contrato de fianza son:

* Es consensual.
* A tenor del art. 1823.1 Cc, la fianza puede ser gratuita o a título oneroso, aunque lo corriente en la práctica civil es que revista el primer carácter.
* Es unilateral, porque de él solo nacen obligaciones a cargo del fiador y en favor del acreedor, si bien se convierte en bilateral en caso de existir una retribución a cargo del acreedor. No obstante, en este caso Planiol y la generalidad de la doctrina francesa entienden que se desnaturaliza el contrato de fianza, convirtiéndolo en un seguro, en el que la suma pagada por el acreedor es una verdadera prima.
* Un sector doctrinal considera a la fianza como un negocio abstracto, en el sentido de que la obligación del fiador es exigible por el acreedor, cualquiera que sea su relación entre fiador y deudor. Pero como observan Díez Picazo y Gullón este contrato siempre tiene una causa, que es típica y constante: garantizar una obligación ajena (causa garantiae).

#### y CLASES

* La fianza puede ser:
* Civil
* Mercantil: Art. 439 Cco.

Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante.

* Administrativa: la que se constituye con motivo del desempeño de determinados cargos o la ejecución de obras o servicios públicos. No es fianza en sentido estricto, sino garantía legal.
* A tenor del

Art 1823.1 La fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso.

Es convencional cuando procede del contrato de fianza. Se perfecciona por el concurso del consentimiento del acreedor y del fiador, por lo que, como declaró la STS de 23 de marzo de 1988, constando el fallecimiento del fiador sin la aceptación del acreedor, no quedan vinculados los herederos de aquél.

Figuras afines (no son fianza):

* La **asunción cumulativa de deuda**, figura admitida doctrinal y jurisprudencialmente (desde la STS de 28 de septiembre de 1960) como diferente de la fianza solidaria. Se diferencia de la fianza en que en la asunción cumulativa de deuda el que la asume es obligado principal.
* El contrato de **garantía autónoma**, como luego veremos.
* El **seguro de caución**, en el que el asegurador se obliga a “indemnizar” al asegurado en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del tomador del seguro.
* No es propiamente una fianza LEGAL la del **36 LAU**, sino una prenda irregular dineraria, según un importante sector doctrinal.
* La posición del **hipotecante no deudor**. Éste, no siendo fiador, no goza de los beneficios de orden y excusión, ni puede ejercitar la acción cautelar del artículo 1843.1º Cc (STS 6 de octubre de 1995).

Respecto de las dos últimas

**1854 El fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial, debe tener las cualidades prescritas en el artículo 1.828.**

**1855 Si el obligado a dar fianza en los casos del artículo anterior no la hallase se le admitirá en su lugar una prenda o hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación.**

1856 El fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal.

**El subfiador, en el mismo caso, no puede pedir ni la del deudor ni la del fiador.**

* Puede ser simple o subfianza.

1823.2 Puede también constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste.

En la práctica es poco frecuente acudir a la subfianza, ya que el acreedor preferirá imponer el esquema de la fianza solidaria.

* Puede ser definida o indefinida. En el primer caso sólo abarca la obligación principal; en el segundo se extiende a los accesorios, como veremos (1827)
* Puede ser normal o solidaria, en los términos vistos.

#### ELEMENTOS DE LA FIANZA

**SUJETOS**. Son el acreedor de otro, el fiador y el deudor.

La fianza también puede constituirse como contrato a favor de tercero, en el sentido del artículo 1.257, párrafo segundo, siendo el tercero el acreedor favorecido por la garantía personal.

. En cuanto a la capacidad del fiador que es la que aquí nos interesa, establece el CC:

Art. 1.828 **El obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. El fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del Juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse.**

Art. 1.829. **Si el fiador viniere al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas en el artículo anterior. Exceptúase el caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada.**

Si bien el art 1828 se limita a exigir capacidad para obligarse, se ha planteado la doctrina si puede ser fiador el MENOR EMANCIPADO: un sector doctrinal lo niega, porque con la fianza se comprometerían los bienes inmuebles o se podría burlar la prohibición de tomar dinero o préstamo. En base a estos argumentos, la sentencia del TS de 27 de junio de 1941 negó a un menor emancipado capacidad para prestar aval de una letra de cambio.

Sin embargo, más recientemente, Diez Picazo y Albaladejo contestan estos argumentos:

* La posible responsabilidad de los inmuebles se produce no solo en la fianza, sino en cualquier clase de obligación contraída por el menor y además en cualquier caso sólo se hará efectiva sobre los bienes que pudiese enajenar sin el consentimiento de padres y tutores.
* La fianza será inválida según las reglas generales si se ha constituido como mecanismo para burlar la ley.

Finalmente, señala Albaladejo, la fianza será válida aunque la misma garantice un préstamo o una obligación de transmitir o gravar bienes inmuebles, ya que el tener que pagar en estos casos no perjudica más el menor que tiene que pagar en cualquier otro (arg art 1304).

**OBJETO** Obligaciones susceptibles de fianza.

**1824 La fianza no puede existir sin una obligación** válida.

Puede no obstante recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad.

Exceptuase de la disposición del apartado anterior el caso del préstamo hecho al hijo de familia” *(debiendo entenderse por tal al sujeto a patria potestad o tutela)*

 En relación con este precepto, hay que decir:

* La fianza puede garantizar toda clase de obligaciones cualquiera que sea su objeto, si bien lo general es que se trate del cumplimiento de obligaciones pecuniarias.
* El último inciso del art. que recoge una tradición jurídica procedente del derecho romano que se remonta al llamado Senado-Consulto Macedoniano y al derecho histórico patrio, que considerando los males ocasionados a la familia y a la moralidad social por los préstamos hechos a los hijos de familia, estimó absolutamente ineficaces dichos préstamos, no menos que las fianzas constituidas para garantizarlos.

Obligaciones futuras

1825 Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida.

La STS 29 de abril de 1992 entendió que la fianza en garantía de obligación futura se extingue si el fiador fallece con anterioridad a la liquidez de la deuda.

Una modalidad de la vida económica moderna es la llamada fianza general o fianza *ómnibus*, mediante la cual el fiador garantiza un conjunto más o menos amplio de operaciones que puedan realizarse entre acreedor y deudor, cuya validez es discutida en la doctrina.

Aunque la jurisprudencia del TS es vacilante, parece inclinarse por exigir que esté constituido o al menos suficientemente identificado el vínculo jurídico del que surgirán las obligaciones afianzadas (el art. 153 bis LH, al tratar de la hipoteca de máximo, exige “*la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*”).

Dentro de los elementos reales hemos de referirnos a la extensión de la fianza, consecuencia

de su carácter accesorio y

de la aplicación del principio utile per inutile non vitiátur.

**1826 El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones.**

**Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor.**

Pero si la fianza no puede ser más extensa que la obligación principal, si puede ser más intensa por ir acompañada de garantías, como prenda o hipoteca, de que carezca la deuda principal.

**Elementos formales**

Ninguna forma especial se exige para la fianza, siendo de aplicación las reglas generales. En particular lo dispuesto en el 1280 ult. Además

**1827 La fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella.**

**Si fuere simple o indefinida, comprenderá no sólo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose, respecto de éstos, que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago.**

Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo no obsta para que la aceptación del acreedor pueda ser tácita, pues esta disposición solo trata de proteger al fiador de los peligros que la fianza implica.

Por otra parte, de este artículo resulta un principio de interpretación restringida de la fianza.

#### EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

Por lo que respecta al acreedor, no tiene otra obligación que pagar al fiador el precio de la fianza (sólo si así se hubiera convenido).

Por su parte, el fiador, en principio, queda obligado a cumplir la obligación garantizada en caso de hacerlo el deudor, y se le conceden dos derechos: el de excusión y el de división.

* El de **EXCUSIÓN** tiene su origen en Justiniano. Permite al fiador eludir el pago si no se acredita la insolvencia del deudor, dado el carácter subsidiario de la fianza. En todo caso, al ser un beneficio, el fiador podrá hacerlo valer a su voluntad, sin que deba operar automáticamente.

1.830 El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor.

1.831 La excusión no tiene lugar:

Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.

Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.

En el caso de quiebra o concurso del deudor.

Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

1.832 Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.

En cuanto a los efectos

1833 Cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anterior, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte.

Para procurar la mayor economía en los gastos y el tiempo de la reclamación

1834 El acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos.

Por último

1.835 La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal.

La hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad.

1.836 El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal.

* El beneficio de **DIVISIÓN** tiene su origen en Adriano y se concedía al fiador para exigir que, en caso de haber varios fiadores, la obligación se repartiera entre todos.

Art. 1.837 **Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.**

**El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.**

La doctrina destaca la contradicción que existe en los términos del 1º y 2º párrafos del art. ya que, si en aquel se presume la mancomunidad salvo pacto en contrario, no tendrá sentido hablar de un beneficio (que presupone la solidaridad).

* DIEZ PICAZO considera que ha de darse preferencia al 2º párrafo por ser el 1º un añadido de última hora (como lo demuestra su incongruencia con el régimen del art. 1.844).
* GUILARTE, en contra, da preferencia a los términos tajantes del párrafo 1º, acordes con la presunción general de mancomunidad del art. 1.137.

En todo caso, como señala PÉREZ ALVAREZ, el principio de presunción de no solidaridad en el ámbito de la cofianza “ha de entenderse, no como presunción de la deuda ope legis, sino como presunción de la facultad para oponer el beneficio de división” (a pesar de que el primer párrafo del art 1837 parece consagrar la división EX LEGE *-en cambio su párrafo ultimo parece exigir para que se aplique la INSTANCIA DE PARTE, ex 1832-*)

Por último, el art. 1.853 dispone:

**El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor.**

ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR

DERECHOS DEL FIADOR ANTERIORES AL PAGO. Además de obtener, en su caso, la retribución de su fianza, conforme al art. 1.843:

**El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal:**

1. **Cuando se ve demandado judicialmente para el pago.**
2. **En caso de quiebra, concurso o insolvencia.**
3. **Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido**
4. **Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.**
5. **Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años.**

**En todos estos casos la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor.**

DERECHOS DEL FIADOR POR EFECTO DEL PAGO. Son la acción de reembolso y la subrogación en los derechos del acreedor.

* Acción de reembolso. Según el art. 1.838 CC:

**El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste.**

**La indemnización comprende:**

1. **La cantidad total de la deuda.**
2. **Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.**
3. **Los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.**
4. **Los daños y perjuicios, cuando procedan.**

**La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor.**

* Subrogación. Dice el art. 1.839:

**El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.**

**Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado.**

Hay, sin embargo, una serie de limitaciones a los derechos de reintegro y subrogación:

**Artículo 1840. Si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago.**

**Artículo 1841. Si la deuda era a plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza.**

**Artículo 1842. Si el fiador ha pagado sin ponerlo en noticia del deudor, y éste, ignorando el pago, lo repite por su parte, no queda al primero recurso alguno contra el segundo, pero sí contra el acreedor.**

#### Y ENTRE COFIADORES

Art. 1.844 **Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.**

**Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.**

**Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra.**

Cuando no se den los presupuestos del precepto:

* MANRESA: el que paga, nada puede reclamar.
* Mayoría de la doctrina: salvo mala fe o negligencia, tendrá derecho a su reembolso, ya que se subroga en los términos del art. 1.210.3º

**Artículo 1845. En el caso del artículo anterior podrán los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor.**

**Artículo 1846. El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable a los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador.**

#### EXTINCION DE LA FIANZA

Como consecuencia de su carácter accesorio, en virtud del principio “*accesorium séquitur principale” el art. 1847 dispone que:*

**La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones.**

* El CC recoge las siguientes REGLAS PARTICULARES sobre su extinción en el título de la Fianza:

**Confusión**. Es causa de extinción de las obligaciones (arts. 1.192 a 1.194). No obstante el art. 1.848 dice que

**La confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador.**

**El pago** de la obligación principal extingue la fianza. También la extingue la **dación en pago** pues dice el art. 1.849 que:

**Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.**

**Liberación** o perdón de la fianza. Art. 1850:

**La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado.**

ya que en caso contrario la obligación se haría más gravosa en contra de su voluntad.

**Prórroga** de la obligación principal. Dice el art. 1.851 que:

**La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza.**

Ya que no es justo que el acreedor pueda arbitrariamente alterar las condiciones de la responsabilidad del fiador, exponiendo a éste a que durante la prórroga cayese en insolvencia el deudor y se viese privado del ejercicio útil de su derecho de reintegro.

En relación con este precepto el TS ha señalado que no supone prorroga, y por tanto no conlleva la extinción de la fianza:

· Cuando la prorroga haya sido concedida por la autoridad judicial (art. 1124) y no voluntaria y expresamente.

· El hecho de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación a su vencimiento o la mera tolerancia en percibir con retraso el pago de lo adeudado, pues en ambos casos asiste al fiador la posibilidad de dirigirse contra el deudor para relevarle de la fianza. Art. 1843.4.

**Hechos del acreedor** obstativos a la subrogación del fiador.

**Art 1852 Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo.**

Porque el acreedor no ha de poder por su sola voluntad empeorar la facilidad de reintegro.

Según el TS el hecho del acreedor ha de ser personal, directo y de carácter positivo, excluyéndose la mera pasividad o falta de diligencia.

* También en la regulación de otras figuras recoge el Código NORMAS ESPECIFICAS relativas a la extinción de la fianza.

La consignación. Art. 1181:

**Si, hecha la consignación, el acreedor autorizase al deudor para retirarla, perderá toda preferencia que tuviere sobre la cosa. Los codeudores y fiadores quedarán libres.**

La condonación. Art. 1190:

**La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera.**

La confusión:Art. 1193:

**La confusión que recae en la persona del deudor o del acreedor principal, aprovecha a los fiadores. La que se realiza en cualquiera de éstos no extingue la obligación.**

La compensación. Según el art. 1.197

**No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el fiador podrá oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal.**

La novación extintiva. Según el art. 1.207

**Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento.**

La Prescripción. Si la obligación principal se extingue por prescripción, quedan también extinguidas las obligaciones accesorias.

* Además, por prescripción, puede también extinguirse la fianza sin que se extinga la obligación principal. Sería el caso, según un sector doctrinal, de la acción real sobre bienes INMUEBLES (art 1963) garantizada con fianza personal *(ésta se extinguiría a los 5 años y aquella a los treinta)*.

* En orden a la interrupción de la prescripción, el art. 1975 dispone:

**La interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda, surte efecto también contra su fiador; pero no perjudicará a éste la que se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o reconocimientos privados del deudor**

Remisión a tema 54 en cuanto a las particularidades de la denominada “solidaridad impropia”

#### GARANTÍAS PERSONALES ATÍPICAS

En los últimos años han comenzado a utilizarse nuevas formas de garantías personales en la contribución mercantil. Especial mención requieren: las cartas de patrocinio (o comfort letters) y las garantías a primer requerimiento.

Tu tema solo trata las cartas de patrocinio, pero no la Garantia a Primer Requerimiento (no entiendo por qué) Habría que consultar Carperi

**CARTAS DE PATROCINIO**

Sobre las cartas de patrocinio, también denominadas cartas “de apoyo”, “de conformidad”, de “responsabilidad” o carta de garantía” ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia del TS, entre otras, en la reciente STS 28 julio 2015.

Se trata de una institución muy frecuente en el tráfico mercantil pero atípica (admisible al amparo del art 1255 Cc). Su origen se encuentra en el Derecho Bancario Financiero, ámbito del que se extienden más tarde a operaciones inmobiliarias, generalmente en casos en los que interviene una filial poco capitalizada que forma parte de un grupo.

CLASES. Se distingue entre:

* Cartas “débiles”, simples recomendaciones relativas a la confianza en la capacidad de gestión de las personas que aspiran al crédito.
* Cartas “fuertes”, que se definen como un contrato atípico de garantía personal, que generan verdaderas obligaciones de pago del patrocinador en caso de que no pague el patrocinado. Nos centramos en éstas.

NATURALEZA

* Algunos autores como DE CASTRO MARTÍN las han asimilado al denominado “mandato de crédito” que, tal y como se estudia en el tema 78 del programa, no es objeto de regulación en Derecho común, aunque sí en la Compilación Navarra.
* Otro sector doctrinal considera que se trata de una especie de fianza. No obstante, este punto de vista podría chocar con el **artículo 1.827 CC** que exige que la declaración constitutiva de fianza sea clara y precisa, sin que pueda sustentarse en expresiones equívocas, que a menudo se prodigan en las cartas de patrocinio.
* El TS considera que la carta de patrocinio ni es una fianza ni cabe (salvo pacto expreso de las partes) una mera aplicación analógica de su regulación a la carta de patrocinio. Pues ésta es una modalidad de garantía personal atípica, con personalidad propia y diferenciada. Así:
* El patrocinador no viene obligado a ejecutar a favor del acreedor una prestación idéntica a aquélla que adeuda el deudor principal o patrocinado por la operación financiera programada sino otra de distinta naturaleza y contenido, a saber, una obligación de indemnidad patrimonial respecto del buen fin o resultado de la operación financiera en cuestión.
* El compromiso indemnizatorio asumido por el patrocinador puede ser mayor que la prestación programada (no le es aplicable, por tanto, en principio, la extensión máxima de la fianza)
* Tampoco rige *en principio* el beneficio de excusión a favor del fiador o el régimen de excepciones oponibles al acreedor de la fianza.

REQUISITOS. La jurisprudencia en sus orígenes exigía que el patrocinador fuera matriz y el patrocinado su **filial**.

* Una STS 13 de febrero de 2007 suavizaba este requisito, al bastar una posición de dominio sobre la patrocinada como titular de la mayoría absoluta de su capital.
* La STS 2015 citada admite la figura en un caso en que la patrocinadora solo tenía una participación del 20% en la sociedad patrocinada, pero era acreedora suya en un elevado porcentaje de deuda (50%). En conclusión, parece que lo importante es el interés del patrocinador en la operación crediticia por resultar beneficiario de la misma.

**GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO**

También denominado contrato “autónomo” de garantía, de garantía “pura o incondicionada» (en Italia), Garantieverträg (en Alemania) y también aval “a prima richiesta” (a primera demanda o requerimiento).

Es un contrato por lo general unilateral y oneroso, por el que el garante (normalmente una entidad de crédito o cía de seguros) garantiza una deuda (o apariencia de deuda) de su mandante, frente al beneficiario de la garantía (normalmente un proveedor), obligándose frente a él al abono de una cantidad de dinero a modo de [indemnización](https://es.wikipedia.org/wiki/Indemnizaci%C3%B3n_de_perjuicios) de inmediato que le notifique formalmente el pretendido incumplimiento de su mandante.

La figura es de construcción doctrinal. Históricamente surgió en la doctrina alemana, como garantía destinada a conferir seguridad jurídica al comercio exterior.

* Para ese ámbito del comercio exterior, la Cámara de Comercio Internacional publicó unas Reglas Uniformes sobre Garantías Contractuales, en las que se alude asimismo a la ***garantía a primera demanda*.**
* En España, se aceptó por la jurisprudencia, la primera vez, en STS **14 de noviembre de 1989.**

Garantía INDEPENDIENTE (no accesoria sino desligada del contrato garantizado) en el sentido de que el garante se verá obligado a pagar sin posibilidad de cuestionar la actuación de quien le requiere:

* Despliega sus efectos por la simple notificación del incumplimiento del deudor, sin que sea exigible la demostración de tal incumplimiento efectivo.
* Será luego el garantizado quien exija responsabilidad al beneficiario que hubiera abusado al exigir el pago al garante sin que se diera la situación de hecho comprometida en la garantía.

La garantía no absolutamente abstracta, pues cabe frente al requerimiento de pago la “**EXCEPTIO DOLI”** (por aplicación de la doctrina general del abuso de derecho).