

Evolución de las garantías personales en el Derecho español (*)

JAVIER AVILÉS GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Oviedo.

SUMARIO: I. GARANTÍAS PERSONALES. A. SOBRE EL CONCEPTO DE GARANTÍA EN GENERAL. B. LAS NUEVAS FORMAS DE GARANTÍA PERSONAL. C. HACIA UNA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA PERSONAL ATÍPICA. 1. *Dos posiciones matizadas sobre la garantía atípica a la luz de una jurisprudencia reciente.* 2. *La garantía personal como relación u operación jurídica compleja.* 3. *Corolario: garantía personal atípica y fiadores profesionales.* D. GARANTÍA PERSONAL BAJO FORMA DE SEGURO DE CAUCIÓN. 1. *Prestación de la garantía y elementos singulares del seguro de caución.* 2. *Puntos centrales de la crítica a la naturaleza asegurativa de la caución.* II. SEGURO DE CAUCIÓN. A. GARANTÍA Y CAUCIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO. 1. *Concepto, evolución y problemas que se plantean.* 2. *Regulación legal.* 3. *El seguro de caución como seguro por cuenta ajena.* 4. *El riesgo en el seguro de caución.* 5. *El siniestro en el seguro de caución.* 6. *La acción de regreso del asegurador contra el tomador.* 7. *Naturaleza jurídica del seguro de caución.* B. SEGURO DE CAUCIÓN Y OBLIGACIÓN FIDEIUSORIA. 1. *Fianza y seguro (el «contrato de seguro fideiusorio»).* 2. *Fianza y seguro de caución.* 3. *Las pólizas tasadas o estimadas.* 4. *El seguro de caución como obligación fideiusoria.* III. ORIENTACIONES BIBLIOGRÁFICAS.

I. GARANTÍAS PERSONALES

A. Sobre el concepto de garantía en general

Se habla de garantía en un sentido general para referirse a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito. De

(*) Este trabajo forma parte de un estudio más amplio financiado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT) bajo el título de «Algunos aspectos fundamentales de la contratación moderna en los sectores y del seguro» (Proyecto PS 93-0142).

esta manera la garantía viene a ser una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal forma que esta adición o yuxtaposición lo que hace es reforzar al acreedor en la seguridad de que su derecho será satisfecho (1). Con otras palabras cabe entender como garantía en su acepción amplia cualquier medio para asegurar el cumplimiento de una obligación o el goce de un derecho, recogiénose de esta manera toda una serie de instituciones, derechos, facultades y poderes muy heterogéneos, en los que, de alguna manera, la idea de tutela y seguridad está presente (2).

Por otro lado la doctrina moderna viene perfilando un concepto más restringido «con base en el análisis del contenido propio de la función de tutela y en el significado de la actualmente denominada garantía o responsabilidad genérica», de modo que puede afirmarse que la garantía en sentido técnico y específico no surgirá sino «cuando de alguna manera el sistema general de responsabilidad se modifica en el sentido de aumentar la seguridad de que un acreedor verá satisfecho su interés» (3).

Si la garantía es un refuerzo de la posición jurídica del acreedor, es claro que esto sólo puede ser conseguido ampliando el ámbito del poder jurídico del acreedor. Se ha podido afirmar así que toda garantía consiste por ello en un nuevo derecho subjetivo o en una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar. Por ello, lo que en un sentido económico pueden llamarse garantías, en un sentido jurídico son, en puridad, derechos subjetivos o facultades con función de garantía (4).

De este modo la garantía puede concebirse como un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que es concedida al acreedor. Así, se considera que existe una relación de subordinación entre uno y otro, de tal manera que puede, en rigor, hablarse de un derecho principal para

(1) Cfr. DÍEZ PICAZO, *Derecho civil patrimonial*, vol. 1, Madrid 1983, pp. 581 y ss.

(2) Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo 23, Madrid 1990, p. 6. Dentro de esta acepción amplia estima Guilarte, siguiendo en este punto a Fragali, «que se orientan a tal finalidad desde el complejo patrimonial del deudor, sobre el que cualquier acreedor puede satisfacer sus pretensiones, hasta la inscripción en los distintos Registros, comprendiendo figuras tan diversas como las causas de prelación, garantías reales, asunción de deuda, fianza, aval, anticresis, venta con pacto de retraer, cesión de créditos, obligación solidaria, acciones subrogatoria y revocatoria, secuestro, derecho de retención, garantías por evicción o por vicios, responsabilidad objetiva o por riesgo, contratos de garantía, de seguro, documentos y actos de reconocimiento, depósitos, consignaciones, cauciones, inventarios, cláusula penal, etc.» (cfr. *ob. cit.*, p. 6).

(3) Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, p. 7. El contenido básico de la garantía para este autor consiste en la función de aumentar objetivamente la seguridad que un determinado acreedor obtiene de que su interés resultará satisfecho.

(4) Cfr. DÍEZ PICAZO, *ob. cit.* anterior.

referirse al derecho de crédito y de un derecho accesorio para referirse al derecho de garantía. Sobre el problema de la accesoriedad, de vital importancia en esta cuestión, nos detendremos más adelante al tratar de la *obligación de garantía*.

Dentro de esta introducción general algunos autores, tanto mercantilistas como civilistas, se han referido a un concepto que tal vez merecería un estudio pormenorizado por parte de la doctrina, aunque ahora pensamos que sobrepasa el objeto de nuestro estudio. Se trata del concepto de *contrato de garantía*, que, entendido en un sentido amplio, puede concebirse como aquella convención en la que una determinada persona asegura a otra un resultado económico, si éste no llegara a producirse como consecuencia de ciertos hechos, actividades o contratos. Mediante tales contratos se asegura un resultado económico con independencia del incumplimiento de la obligación principal, lo que ha llevado a una parte de la doctrina a pensar que no se trata en estos casos de garantías en sentido técnico (5).

El contrato de garantía tan sólo ha sido objeto de un extenso tratamiento doctrinal a partir de los años cuarenta como reflejo de su creciente difusión práctica, aunque esto haya acontecido ciertamente fuera de nuestras fronteras (6). Pero para nosotros lo más relevante de esta cuestión es destacar el intento doctrinal por distinguir el contrato

(5) Por todos puede verse GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, p. 56. La variedad de estos contratos es grande, y abarca aspectos económicos y sociales de muy distinta naturaleza. Asimismo responden frecuentemente a la circunstancia de que quien asegura el resultado tiene interés en la celebración de un contrato, cuyas consecuencias para la otra parte se presentan dudosas, estimulándose a ésta a la conclusión de aquél por el incentivo que supone la seguridad de obtención de concretos beneficios.

(6) Fue STAMMLER el autor del primer trabajo sobre esta materia en el año 1886 (*Der Garantievertrag*, Archiv für die zivilistische Praxis), el cual sirvió de fundamento a los posteriores estudios de los juristas alemanes en torno a esta figura (KROENER, *Der Garantievertrag und seine Abgrenzung von der Bürgschaft*, Essen 1911; CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Berlín 1981). Posteriormente han sido las doctrinas francesa e italiana las que han elaborado un sistema del contrato de garantía dentro de unas ideas más afines a nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, en España ha sido muy escasa la atención prestada a esta cuestión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Stammler definió este contrato como aquél por el que un sujeto asume gratuitamente el *riesgo* dirigido a obtener una ganancia patrimonial. Posteriormente Kroener entendió que por el contrato de garantía una parte se obliga frente a otra a responder gratuitamente hasta un importe máximo por los daños que para el beneficiario se pudieran derivar de un negocio ya concluido o a punto de concluirse. Para Canaris, por medio de este contrato, el garante se compromete frente al beneficiario a responder por un beneficio determinado o por la pervivencia de una situación determinada; además la prestación asumida no consistirá solamente en prestar el beneficio económico esperado o preocuparse por que se mantenga esta situación, sino que también, en el caso de que no se cumpla alguno de los supuestos, deberá cubrirse el daño económico que de ello se derive para el beneficiario, esto es, estará obligado a satisfacer el *interés* protegido.

de garantía del de fianza, orillando de este modo la confusión reinante al respecto (7). Por otra parte también podrían servirnos las similitudes que, en algunos aspectos, pueden establecerse entre el contrato de garantía y el contrato de seguro. Pero no vamos a entrar en estas cuestiones por considerarlas colaterales al trabajo que nos ocupa.

Reciente orientación de las garantías personales.

Dentro de las evoluciones más notables de actualidad están aquellas relacionadas con el tráfico jurídico asociado al mundo de las finanzas y al mercado bursátil. Y son muy heterogéneas las innovaciones que se vienen produciendo en el ámbito propiamente mercantil, bien sea en el específico de la contratación o bien sea en otros campos afines. A este respecto no es en ningún caso desdeñable, como vamos a ver, el mérito de las aportaciones científicas de algunos mercantilistas en esta materia, y que venía teniendo como contrapunto una cierta inhibición por parte de los que nos dedicamos al estudio del Derecho civil, aun cuando en estos últimos años el interés de los civilistas por estas materias ha ido aumentando progresivamente, quizás a raíz de algunos pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro país de carácter reciente.

La necesidad de acudir a un afianzamiento o garantía de un tercero es algo propio del comercio, tanto nacional como internacional (8). El mero hecho de salir garante de un deudor real o potencial constituye hoy en día una parte muy importante de la actividad profesional de ciertas entidades y, muy especialmente, de las de crédito. Pero si el

(7) Estas ideas aparecen reflejadas en SÁNCHEZ GUILARTE, *Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1984, p. 55 y ss. La diferencia esencial entre contrato de garantía y fianza radica en la naturaleza de la obligación de fiador y garante. Mientras la fianza tiene su fundamento teórico en la idea de la accesoriedad, entendida como la existencia de una relación de dependencia estricta entre la obligación del fiador y la obligación afianzada, el contrato de garantía se configura como una obligación esencialmente independiente (ruptura de la accesoriedad).

(8) Dentro del tráfico internacional algunos entienden que el contrato de garantía es jurídicamente algo distinto del contrato de afianzamiento y su regulación no camina por los cauces de la aplicación analógica de las normas reguladoras del afianzamiento, sino por las propias y específicas de la regulación del tráfico mercantil internacional, entrando en juego la *lex mercatoria* internacional que habrá de deducir, en los casos de falta de claridad o insuficiencia del contrato, de los usos profesionales y de la jurisprudencia arbitral. En la configuración de este contrato de garantía habrá que tener muy en cuenta, sobre todo, las Reglas Uniformes para las Garantías Contractuales aprobadas por el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional en 1978 (cfr. CREMADES, *Conferencias sobre Derecho bancario internacional*, Madrid 1985, p. 74), y más recientemente las *Uniform Rules for Demand Guarantees*, publicadas por la Cámara de Comercio Internacional (n.º 458, abril 1992).

fenómeno de la garantía constituye un factor determinante del tráfico de bienes, habrá que concluir que la misma cobrará todavía un mayor protagonismo al ser una pieza fundamental del derecho patrimonial en una época de crisis.

La Banca y las Compañías de seguros vienen siendo socios inseparables en el tráfico comercial, si bien actúan en esferas distintas. Así mientras la primera mira especialmente hacia la constitución de las garantías, las empresas aseguradoras analizan con preferencia la validez de los contratos suscritos o de sus pólizas. Pues bien, uno de los puntos de fricción en la competencia entre ambas es precisamente el seguro de caución, por cuanto que éste viene a cumplir según algunos unas funciones análogas a las que desempeña la fianza, como tendremos ocasión de examinar (9). Pero el problema no es tan sólo de orden competencial sino que está en la misma naturaleza del seguro de caución.

B. Las nuevas formas de garantía personal

Las garantías en general suelen clasificarse en personales y reales, según el cumplimiento de la obligación sea garantizado por persona distinta del deudor principal, o bien se afecten de modo especial determinados bienes al cumplimiento de la misma, constituyéndose sobre tales bienes un derecho real accesorio de la obligación que aseguran (prenda e hipoteca). Tradicionalmente, y en particular en lo que se refiere a la materia mercantil, vienen siendo más frecuentes las garantías personales que las reales, y quizá sea por ello por lo que el Código de comercio no regule más «contrato autónomo de garantía» que el de fianza (artículo 439 y sigs. del Código de comercio), limitándose a considerar la prenda de efectos o valores públicos como una modalidad accesoria de préstamo (artículos 320 y sigs. del Código de comercio) (10).

(9) Cfr. CREMADES, *Conferencias sobre Derecho bancario internacional*, Madrid 1985, p. 99. Afirma éste que «los quebrantos sufridos recientemente por la Banca en sus operaciones internacionales como consecuencia de ejecución de garantías contractuales llevan a un replanteamiento global del tema y a una puesta en entredicho de las llamadas garantías a primera solicitud. Por el contrario, la postura conservadora de las compañías de seguros en la utilización del seguro de caución les ha dado un importante protagonismo. En concreto, las compañías españolas de seguros están trabajando con extraordinaria eficacia en muchos países y muy especialmente en Latinoamérica. ¿Dónde comienza el seguro de caución y dónde acaba la competencia específica de la Banca y de las entidades de financiación? La línea, sin duda, no está claramente trazada.»

(10) Cfr. URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid 1989, pp. 741 y 742. No es baladí a nuestro juicio el empleo de la expresión «contrato autónomo de garantía» para referirse a la fianza personal, y por eso la entrecomillamos.

Vemos como la práctica jurídica del comercio internacional e inter-no viene recogiendo un rico inventario de *nuevas garantías* (cartas de patrocinio o de confort, actividades de garantía prestadas por las sociedades de garantía recíproca o por los terceros garantizando el cumplimiento de los convenios de suspensión de pagos, las garantías en préstamos, aperturas de créditos y otras formas de financiación bancaria, etc.). En este sentido se puede afirmar con carácter general, como hizo en su momento el Tribunal Supremo, que las garantías personales se van imponiendo como instrumentos complementarios de las garantías reales, debido a que éstas vienen estando sometidas a pesadas formalidades y, en ocasiones, son amenazadas por privilegios particulares. Además el tráfico actual nos ofrece diversos ejemplos de nuevas figuras de garantías personales, que unas veces superan la rigidez de la accesoriedad (garantías a primera solicitud), y otras suponen idéntico contenido que el de la obligación garantizada (11).

(11) El estudio de las garantías personales, según afirma el Tribunal Supremo, «puede mostrar casos en los que el garante —necesariamente un tercero distinto del deudor— entiende asumir un compromiso moral sin consideración al alcance jurídico de su conducta, y en otros supuestos puede aflorar la perspectiva del contrato de adhesión o la posible vinculación de la duración de la garantía al mantenimiento del garante en la misma función, e incluso, frente a una visión tradicional que pudiera reconducir las garantías personales a las obligaciones cambiarias o a la fianza, ofreciendo nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia, como lo revelan sobre todo experiencias del tráfico cambiario, como son las garantías escritas y prestadas por los Bancos en favor del cliente, o bien las concurrentes en préstamos, aperturas de crédito y otras formas de financiación bancaria, las actividades de garantías prestadas por las sociedades de garantía recíproca o por los terceros garantizando el cumplimiento de los convenios de suspensión de pagos, los establecidos en el campo administrativo, singularmente en los ámbitos fiscal y de aduanas, las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional (...)» (Considerando 5.º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983).

Por lo que se refiere a la calificación jurídica de las distintas garantías personales se precisa un esfuerzo doctrinal y dogmático, en el que las opiniones pueden ser diversas. Así por ejemplo, para CARRASCO PERERA, las cartas de patrocinio no son contrato, ni obligación, ni fuente de obligaciones, sino *material empírico calificable*. Del mismo modo éste mantiene que, en un sentido más amplio, aparentes «medios de garantía» o «contratos de garantía» o «formas de garantía» pueden ser simples declaraciones de voluntad, que tendrán que ser interpretadas y calificadas, y cuyo resultado puede concluir en la afirmación de que tales (o una parte) declaraciones son declaraciones de voluntad fideusoria (cfr. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, pp. 122, 129 y 130).

Asimismo este autor señala con cautela que ante la eclosión doctrinal de las «nuevas garantías personales» le asalta la impresión de que se tiene una estrecha concepción de la fianza, lo que le hace pensar a su vez en «la ausencia de una labor de calificación de las declaraciones de voluntad negociales» en este terreno (ob. cit., p. 113).

Es interesante también por la influencia que tuvo en la redacción de la sentencia mencionada reseñar el artículo de BLANCO CAMPAÑA, *Aval cambiario y aval como contrato de garantía*, RDBB, 1982, pp. 677 y ss.

Conviene apuntar que en el ámbito de las garantías personales, al no existir una terminología jurídico-técnica precisa, capaz de comprender la rica variedad de los distintos tipos o modalidades, es fácil caer en alguno de los riesgos anfibológicos que los términos nos deparan (12).

La proliferación de diversas garantías personales de diferente naturaleza obedece a muchas causas. En primer lugar, puede hablarse de la huida que en la práctica mercantil se viene produciendo de aquellos instrumentos o medios de afianzamiento cuya estructura y configuración normativa los hacen incómodos, y esto merced a su vinculación rigurosa con negocios jurídicos de los que el garante pretende permanecer alejado. En segundo lugar podemos hablar de la *profesionalización* de las nuevas figuras obligacionales, pues a los bancos y a otras entidades de crédito debe sumarse el creciente desarrollo de las garantías prestadas por las compañías de seguros a sus clientes. Incluso merece la pena reseñarse que hace ya bastantes años la semejanza entre las garantías prestadas por los bancos y las aseguradoras dio lugar a serios problemas de competencia (13).

A las causas apuntadas hay que añadir que la complejidad que ofrecen la celebración y el contenido de los contratos internacionales ha venido aumentado los riesgos en la ejecución de los mismos, así como la correlativa *necesidad* de nuevos mecanismos que garanticen de forma más flexible el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sustituyendo o innovando las tradicionales garantías formales.

Llegados a este punto, sin menoscabo de ulteriores apreciaciones, es donde hay que apuntar uno de los problemas que subyace latente en todo este trabajo, y que no es otro que el de graduar qué virtualidad sigue teniendo la figura de la fianza frente a la *invasión* ineluctable de esas *nuevas formas* de garantía personal. De cómo resolvamos esta

(12) En el mismo sentido se pronuncia CERDA OLMEDO, *Garantía independiente*, Granada 1991, p. 1, cuando afirma que las posibilidades teóricas y prácticas de garantías personales pueden ser abundantísimas.

(13) Me refiero al Dictamen del Consejo de Estado francés de 6 de octubre de 1952, más conocido como Dictamen Renaudin, que vino a zanjar el conflicto de competencias surgido entre bancos y compañías de seguro, estimando que los avales son una operación de crédito exclusivo de la actividad bancaria (cfr. SÁNCHEZ GUILARTE, Letra de cambio incompleta: transformación del aval cambiario en una «garantía personal atípica», *Revista de Derecho Cambiario y Bursátil*, 1985, p. 191 y ss.). En este mismo sentido se expresa CERDA OLMEDO para quien «en la actualidad, la práctica nos enseña que la intervención de aquel fiador amistoso tiende constantemente a disminuir, en provecho de instituciones especializadas, generalmente personas jurídicas, como bancos y compañías de seguros, que como garantes de reconocida solvencia financiera y acreditada profesionalidad, inspiran una mayor confianza al beneficiario», estimando que «la intervención generalizada del garante profesional en la emisión de las garantías, hace que las reglas de la fianza resulten improcedentes» (Garantía independiente, Granada 1991, p. 2).

tensión jurídica dependerá la solución de alguno de los problemas que abordamos en este trabajo (14).

C. Hacia una construcción doctrinal y jurisprudencial de la garantía personal atípica.

1. *Dos posiciones matizadas sobre la garantía atípica a la luz de una jurisprudencia reciente.*

1.1. Posición mercantilista: una acepción flexible y permisiva.

Pues bien, según el análisis de algunos autores, parece indudable que la fianza tal y como viene recogida en el Código civil y en el Código de comercio, no agota de suyo todas las formas que la garantía personal en general puede adoptar en el tráfico jurídico. Y es que, según parece deducirse de sus comentarios, las *necesidades* prácticas han presionado para que el rígido cuadro de los tipos legales de garantía personal sea ampliado. Para aquéllos el fundamento jurídico para que esas necesidades se abrieran paso en el mundo jurídico ha sido, principalmente, el principio de autonomía de la voluntad (15).

Entre las razones alegadas en favor de una ampliación del ámbito de las garantías personales se pueden mencionar, entre otras, las siguientes: a) evitar las formalidades y rigideces en la constitución de las garantías tradicionales, adaptando la institución de la garantía personal a las condiciones contemporáneas de la vida comercial; b) evitar gravámenes fiscales excesivos (que pueden justificar por ejemplo el abandono de las hipotecas); c) evitar determinadas consecuencias contables, producidas por la mayor precisión y rigidez con que, para garantizar intereses de terceros extraños a las empresas, se exige la constancia de la garantía tradicional en el balance; d) *necesidad* de constituir garantías en las que se asegure, por vía contractual, un mayor equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, o adaptar el modelo legal a las necesidades concretas sentidas por las partes inter-

(14) Por todos puede verse DUQUE DOMÍNGUEZ, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990. «Es en esta tensión —afirma DUQUE— entre aptitud jurídica de las instituciones jurídicas tradicionales y necesidades surgidas del dinamismo económico donde tienen que hallarse las razones que justifican que las instituciones bancarias acepten, en sus relaciones con los grandes grupos internacionales, garantías menos rigurosas que las ofrecidas por la fianza tipificada legalmente, y, sobre todo, garantías de las que se ignora su preciso y efectivo valor jurídico» (*ob. cit.*, p. 729). Aunque se refiere a las instituciones bancarias la idea es transferible a otros ámbitos jurídicos y financieros.

(15) En este sentido se manifiesta, entre otros, CERDA OLMEDO, quien al referirse a la garantía independiente o garantía a primera demanda afirma que es un producto de la libertad de contratación que los usos del comercio han venido amparando (*ob. cit.*, p. 6).

vinientes en un negocio. En definitiva, puede afirmarse que aquellos que sostienen este tipo de razones piensan en el fondo que es la notable pobreza del ordenamiento español, en cuanto a la tipificación de las garantías personales, la que ha llevado a la doctrina española a reconducir prácticamente todas las formas de garantía hacia el tipo de la fianza (civil o mercantil) (16).

La fianza viene a ser de este modo el reducto inexpugnable donde se cobijan un sinnúmero de figuras fideiusorias merced a la indigencia de recursos de las leyes decimonónicas. Pero tampoco es este el momento para hacer una reflexión crítica acerca de la figura de la fianza. Tan sólo queremos constatar que un sector doctrinal hecha en falta una mayor flexibilidad de la fianza, en razón sustancialmente de la multiplicidad de formas que viene adoptando la garantía personal, y sin que ello implique desdeñar o preterir la importancia que la institución de la fianza tiene dentro del ordenamiento jurídico español. Pero tampoco debemos dejarnos llevar a la confusión por alguna de las afirmaciones de estos mismos autores, y que muy bien pudieran resultar paradójicas en ciertos aspectos. Así por ejemplo, pueden sostener que la garantía personal en el derecho español es la fianza (17) —cuya característica básica es la accesoriedad de la misma respecto a la relación principal— y, al mismo tiempo, afirmar que la garantía personal puede caracterizarse como el compromiso que adquiere una persona frente a otra de que un tercero hará o no hará alguna cosa en interés del contratante beneficiario. E introducen todavía un mayor margen de confusión si además esta concepción de la garantía personal es, a su juicio, lo suficientemente amplia como para permitirles distinguir dentro de ella diversas especies en razón del *riesgo* que asume el garante (así distinguen garantía de moralidad, garantía de influencia y garantía de ejecución). Con todo ello parece dejarse traslucir que el concepto de *garantía personal* acaba rompiendo por la vía de hecho con el rígido encorsetamiento de la fianza civil o mercantil (18).

(16) *Cfr.* DUQUE DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 730 y 733. En este sentido se abunda en esta idea de indigencia legal, al expresar que «los esquemas negociales puestos a disposición del intérprete español en los textos codificados son muy rudimentarios en cuanto que prácticamente sólo recogen como modalidad de garantía personal la fianza o garantías personales muy cercanas a este tipo (por ejemplo, el aval)».

(17) DUQUE DOMÍNGUEZ reconoce que el Derecho codificado español en este punto ha sido más restrictivo que otros, y matiza lo apuntado diciendo que «en nuestro derecho tan sólo el aval cambiario (Duque) —con la tendencia doctrinal muy fuerte a asimilarlo con la fianza— y, de una manera implícita, la obligación de responsabilidad del librador de la letra de cambio quedaron como instituciones de garantía personal no asimilables totalmente a la fianza convencional del Código de Comercio o del Código Civil» (*ob. cit.*, p. 732).

(18) *Cfr.* DUQUE DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, p. 731 y ss. Este explicita de la siguiente manera las distintas especies de garantías personales por razón del riesgo que asume el garante: a) garantía de moralidad: confirmación directa o indirecta de la fiabilidad del garantizado; b) garantía de influencia: riesgos referentes a la desaparición

1.2. Posición civilista: una acepción restrictiva y conservadora.

Como contrapartida a la posición doctrinal antedicha, permisiva en exceso por la vía de hecho con las *nuevas formas de garantía personal*, existe otra corriente doctrinal más afín al mundo de los civilistas. Esta defiende con rotundidad que los razonamientos anteriormente expuestos se vienen caracterizando por un tratamiento apresurado y superficial de los límites y posibilidades que se encierran en las normas codificadas relativas a la fianza. Asimismo sus mentores sostienen que por una consideración *banalizada o trivializada* sobre las instituciones codificadas, existe un desmesurado gusto por la recurrencia a la atipicidad contractual y un prejuicio —agudizado a su entender por nuestros autores mercantilistas— de que toda nueva manifestación del tráfico contractual requiere por sí misma un tipo contractual nuevo. Concluyen críticamente afirmando que «todo ello está conduciendo a un socavamiento de las normas del Código Civil, que son preteridas por principio sin detenerse a considerar la necesidad de ello, ni las consecuencias perturbadoras que para el sistema supone la creación incontrolada de tipos novedosos no sujetos a ninguna restricción de validez». Con otras palabras puede decirse también que, para estos autores, es preocupante el modo de proceder puesto en práctica por la doctrina más arriba citada (de la flexibilidad del tipo contractual podemos decir), por cuanto que con su aperturismo esa teoría permisiva se hace enormemente tributaria o dependiente de la doctrina extranjera en este punto de las garantías personales, ya que la misma trae causa a su juicio «de la inveterada tendencia a la elaboración de *constructos* nuevos sin explotar las posibilidades del sistema» (19). Matizaremos más adelante esta idea.

de las relaciones entre garantizado y garante; riesgos referentes a la gestión de los negocios del garantizado; riesgos referentes a los medios financieros del garantizado; c) garantía de ejecución: riesgos en relación a la incapacidad de pago (fianza simple); riesgo de incapacidad o de rechazo de pago total o parcial (fianza solidaria); riesgo de incapacidad de pago de invalidez de la obligación (fianza principal). Nótese cómo la noción de «riesgo» introduce un factor innovador dentro del concepto de garantía personal, entendida ésta como aquella por la que una persona «se compromete frente a uno o varios acreedores de otra persona para reforzar la confianza de los acreedores hacia el cumplimiento por parte de sus deudores garantizados» (*ob. cit.*, p. 733). La asunción del riesgo frente al tercer acreedor amplía considerablemente la idea inicial de garantía personal. Aquí podemos recordar la definición de contrato de garantía dada por Stammler como aquél por el que un sujeto asume gratuitamente el riesgo dirigido a obtener una ganancia personal. Este concepto junto con la idea de interés de Canarias, más arriba recogida, nos puede hacer llegar a la conclusión de que existe una similitud en algunos aspectos entre el contrato de garantía y el seguro.

(19) Por todos, CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriidad y contrato de garantía*, Madrid 1991, pp. 2 y ss. De modo categórico afirma éste que todos los que en España se han dedicado últimamente al estudio de las «nuevas formas de garantía personal» concuerdan en un punto de partida, a saber, que la fianza no agota el género de las garantías personales; que la práctica (éste *deus ex machina* de los mercantilistas)

Así las cosas dentro de los civilistas hay algunos que, en estudios recientes, parecen ser más proclives a las tesis que mantienen los estudiosos mercantilistas. En su opinión se hace sumamente ardua la tarea de saber si estas nuevas formas de garantía personal constituyen evoluciones o modalidades de otras figuras ya conocidas o, por el contrario, constituyen nuevos modelos que «exigen que se trace con absoluta precisión el marco efectivo de aplicabilidad de aquellas figuras conocidas, indagando sus límites y la posible elasticidad en su aplicación, así como la permisibilidad jurídica de dichas *nuevas figuras de garantía* que la práctica impone» (20).

Al hilo de algunos casos planteados en nuestro Alto Tribunal vamos a indagar acerca de la posibilidad de construir en nuestro Derecho el concepto de *garantía personal atípica*, cuestión íntimamente ligada al problema de la accesoriedad de la garantía, tal y como se pasa a exponer.

Aquí no serán objeto de estudio las garantías bancarias no accesorias que se desarrollan en el ámbito del derecho comercial internacional ya que merecerían un tratamiento aparte y diferenciado (21).

ha creado nuevas formas de garantía para satisfacer necesidades que no pueden ser cubiertas con la fianza; que la autonomía de la voluntad es el principio que articula esta eclosión de nuevas formas de garantía. Y concluye diciendo, no menos categóricamente, que muchas de estas afirmaciones no responden sino a una concepción estrecha (algunas veces también equivocada) sobre los límites y elasticidad de la fianza en nuestro sistema de Derecho privado (*ob. cit.*, pp. 193 y ss.).

(20) Por todos, CERDA OLMEDO, *Garantía independiente*, Granada 1991, p. 15. Quizá sea el enfoque que el mismo autor hace en su estudio de las garantías a primera demanda lo que condicione su punto de vista. Así este autor subraya que la garantía independiente es indudablemente una garantía mercantil (p. 11); que dispone asimismo de un mecanismo jurídico distinto del de la fianza (p. 6); que la garantía a primera demanda es una figura original, *sui generis*, que se diferencia de cualquier otra por su función específica y por su propia finalidad (p. 5); que es un producto del principio de libertad de contratación que los usos del comercio han amparado (p. 6); que de reconducirse la garantía a primera demanda a las normas reguladoras de la fianza obtendríamos una fianza absolutamente irreconocible con respecto al modelo como la configura el legislador (p. 31). A su juicio la garantía personal independiente es una especie que pertenece al género de los contratos de garantía, entre los que cabe englobar la fianza y la garantía a primera demanda, si bien éstas son «figuras antagónicas absolutamente irreconciliables, que es preciso separar» (pp. 65 y 67). Los nuevos aspectos jurídicos que comporta la garantía personal «no pueden tener cabida en la regulación legal que sobre aquélla (la fianza) nos brinda el viejo Código» (p. 2).

(21) Se trata del fenómeno de las garantías a primera demanda estudiadas, entre otros, por CERDA OLMEDO, *Garantía independiente*, Granada 1991. En ellas el beneficiario de la garantía suele exigir que el banco directamente obligado al pago sea un banco de su propio país. Para ello, el ordenante de la garantía (deudor en la relación básica) concierta un contrato (mandato) con su banco nacional por medio del cual concede la garantía de forma tal que comisione al banco del país del acreedor para que, a requerimiento de éste, realice el pago y repita del primer banco, que, a su vez se reintegrará del ordenante deudor.

Ya aludimos en otro momento, al hablar de las *nuevas garantías personales*, a la pretensión que tienen algunos autores por agotar o explotar todas las posibilidades internas del sistema, aunque sólo fuera con el fin —se dice— de constatar la existencia de un límite inmanente al mismo. Pero si bien éstos afirman por un lado que «todas las formas de garantía en las que el riesgo cubierto sea el incumplimiento de un tercero pueden ser reconducidas al tipo de fianza», por otro sostienen sin ambages que son admisibles dentro de nuestro ordenamiento «técnicas de garantía personal *distintas* de la fianza» (22).

Se reconoce, en suma, la existencia de formas de garantía personal al margen de la fianza, aunque, como puede deducirse de lo escrito por alguno de ellos, son muy cautelosos al pronunciarse sobre esta cuestión, habida cuenta del temor que manifiestan a que el recurso al principio de autonomía de la voluntad —tantas veces invocado— sea el cómodo expediente para rehuir el nada fácil encuadre sistemático de algunas nuevas figuras de garantía. Así, no en vano pensamos, hablan en muchas ocasiones de *técnicas* de garantía personal, dejando de esta manera siempre a salvo la regulación normativa de la fianza como prototipo de garantía a la que es preciso acudir en todo caso.

A este propósito se sostiene por el sector más receloso a admitir estas formas de garantías que el recurso al principio de autonomía de la voluntad del 1255 del Código civil, para justificar la existencia y admisibilidad en nuestro sistema de las diversas figuras atípicas, debe ser *modelado*, y, particularmente, en esta sede. Así, se argumenta por ellos mismos que un contrato no puede valer nunca por su sola referencia al 1255 del Código civil, ya que este precepto no otorga de modo particular validez a ninguna convención, salvo que se parta del supuesto previo de que no existe en el caso un límite concreto de orden público. A su juicio, la afirmación de que la accesoriedad de la garantía no es de orden público no puede fundarse en el 1255 del Código civil, al igual que la admisibilidad de una hipotética garantía abstracta tampoco podría justificarse en el susodicho artículo por el mero hecho de afirmar-se que la exigencia de causa no pertenece al orden público (23).

(22) Por todos, CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid 1991, pp. 3 y 208. Puntualiza éste que «afirmar que una determinada garantía personal es fianza no equivale a decir que deban aplicarse todas las normas fideiusorias. En el Código civil no existe una ponderación tal de intereses en presencia que determinen el carácter imperativo de las normas de la fianza».

(23) De la lectura del 1255 del CC afirma CARRASCO PERERA que «se advierte que la norma es de carácter *neutro*: dice que puede pactarse todo salvo aquello que no puede pactarse (orden público, norma imperativa, moral). Se trata de una tautología. Con ello trato de poner de relieve que el artículo 1255 del CC no puede servir como *habilitación de inclusión en el sistema si previamente no se soluciona la cuestión previa del test de orden público*. Un contrato no puede valer simplemente por referencia al artículo 1255, pues este precepto no otorga particularmente validez a ninguna convención. Salvo que se parta —y esto es lo que de hecho se hace— del presupuesto

El estado de cosas en que nos encontramos es que mientras unos constatan «la pobreza del ordenamiento jurídico español» en materia de garantías, otros afirman como contrapartida que las lógicas referencias o apoyaturas doctrinales que puedan hacerse al Derecho comparado en estos supuestos deberán hacerse con cautela y recelo, pues lo que vale en un momento dado para un ordenamiento extranjero no debe valer necesariamente y de la misma manera para el nuestro. Así ocurriría, por ejemplo, dentro del particular ámbito de las garantías con el *contrato puro de garantía* del derecho alemán (*Garantievertrag*), ya que éste tan sólo puede entenderse en su configuración jurídica desde instituciones negociales propias del BGB alemán, esto es, la promesa abstracta de deuda y la delegación no liberatoria (24).

1.3. Algunas consideraciones al hilo de nuestra jurisprudencia.

La garantía personal por antonomasia en el Derecho español es la fianza, y es el carácter accesorio de la misma el que se invoca frecuentemente para diferenciarla, en mayor o menor medida, de otras figuras con las que tiene ciertas semejanzas (25). A este respecto somos de la

previo de que no existe en el caso un límite concreto de orden público. Por tanto, el artículo 1255 no se utiliza de hecho como razón, sino como efecto de un proceso que no puede justificarse en el propio principio de autonomía» (*ob. cit.*, pp. 6 y ss.). En este sentido es concluyente el juicio crítico de CARRASCO cuando afirma que el Tribunal Supremo vuelve a pecar de exceso verbal cuando excluye sin necesidad alguna la calificación de fianza y se remite a un tipo extravagante de contrato en la Sentencia de 24 de noviembre de 1978 (*ob. cit.*, p. 13) ** No estamos —afirma la citada Sentencia— «ante una simple fianza convencional, sino ante un contrato complejo autorizado por el principio de autonomía de la voluntad privada contenido en el artículo 1255 del CC, a cuya virtud la responsabilidad que contrae el avalista excede de la de una nueva fianza».

(24) En líneas generales estamos de acuerdo con CARRASCO en que «por su filiación histórica y por las sociedades en que nacieron y hoy se aplican, los distintos ordenamientos civiles que conviven en el mundo occidental son de por sí cada uno capaces de suministrar una respuesta satisfactoria a cada uno de los temas de controversia que bajo la aplicación de este ordenamiento se desarrollan». Y ya «en el ámbito del Derecho de contratos, el Derecho español es capaz de suministrar, de conformidad con sus técnicas en el sistema interno de la ley, una respuesta adecuada a cada tema de controversia, por novedoso que se presente».

(25) En este sentido GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo 23, Madrid 1990, p. 17. El problema estriba en que la accesoriedad «conceptualmente no goza de una formulación unitaria y precisa», aparte de que no sea «nota exclusiva de la fianza, sino también de otras instituciones». Aunque se haya relativizado la accesoriedad de la fianza por algún autor, negándose como cualidad esencial de la misma, no se ha llegado a admitir que se trate de una simple cualidad natural, en el sentido de considerarla como efecto jurídico de posible derogación (GUILARTE ZAPATERO siguiendo a FRAGALI, *ob. cit.*, pp. 18 y ss.). En este sentido de cierta relatividad conceptual también se ha pronunciado CERDA OLMEDO al decir que se debe desechar el criterio producido por un rígido formalismo

opinión mayoritaria de que en nuestro Derecho positivo el aval es una fianza cuyos matices propios (dentro de la categoría general de la misma) le vienen atribuidos por el carácter cambiario de las obligaciones que garantiza y, frente a la fianza civil, por su naturaleza de obligación escrita y por su incorporación a un título que impiden su conversión en fianza ordinaria (26). De ahí que no sólo sea justificable el que nos permitamos traer a colación alguna sentencia referida al aval cambiario, sino que también ésta sea muy oportuna y congruente para el fin que pretendemos.

En efecto, el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias ha venido acuñando un *concepto amplio de aval cambiario* cuyo efecto más importante ha sido diluir la exigencia de la accesoriedad en la fianza como requisito esencial de la misma al entenderlo como un «contrato de garantía de cumplimiento de otros negocios» (27). En idéntico sentido el Alto Tribunal en sentencia de 11 de julio de 1983 dio carta de naturaleza a la doctrina moderna que considera el aval «no sólo como afianzamiento propio y privativo del contrato de cambio, sino en un sentido más amplio, como contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se cree en ese momento, otorgándosele carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, fuera de cuyos supuestos obliga a todo lo que naturalmente

contractual entre lo accesorio y lo no accesorio como algo nítido y excluyente entre sí; si permanecemos atentos a la realidad —afirma— veremos que pueden existir garantías personales que presentan distintos grados de accesoriedad o que incluso carecen por completo de ella; a su juicio ni siquiera la fianza es el tipo o modelo más accesorio que pueda concebirse, pues en parte es accesorio y en parte abstracto, ni tampoco la garantía atípica debe ser de modo necesario absolutamente independiente de la relación subyacente (*ob. cit.*, p. 70). En cualquier caso, como principio general, afirmamos con la doctrina más autorizada que el carácter accesorio de la fianza es indubitable, revela un típico carácter auxiliar y nunca es un fin en sí misma (por todos, GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, p. 18).

(26) Por todos, GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, p. 51. Según este autor la nueva Ley cambiaria no impide que pueda insistirse en el carácter accesorio del aval, aun configurado como obligación autónoma de la subyacente y, tendente, con independencia de las vicisitudes de ésta, a asegurar el buen fin de la letra; así se deriva de la propia naturaleza de la función de garantía que aquél desenvuelve y que se sigue manifestando en la exigencia de la existencia y validez formal de la letra garantizada (*ibid.* anterior). Por ello previamente GUILARTE ZAPATERO ha dejado claro que, entre las distintas causas de las que puede hacerse depender la accesoriedad (cuantitativas, genéticas o teleológicas), es precisamente una razón funcional o de cumplimiento de un fin la que explica la misma; y esto por cuanto desempeña un cometido propiamente instrumental reforzando el derecho principal, y da lugar al correspondiente nexo de unión funcional entre obligación de garantía y obligación garantizada (*ob. cit.*, pp. 19 y ss.).

(27) «La doctrina de esta Sala tiene declarado que, además de aquel significado como afianzamiento propio y privativo del contrato de cambio, existe un concepto más amplio del aval, en cuanto contrato de garantía de cumplimiento de otros negocios y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se crea en ese momento otorgándole carácter solidario, siempre que se contraiga en términos generales y sin pactar expresas limitaciones (Ss. de 18 de febrero de 1952, 15 de noviembre de 1967 y 7 de diciembre de 1968)» (*cf.*: Sentencia de la Sala 1.^a del TS, de 21 de marzo de 1980).

se derive del acto o convenio avalado» (28). Comparto en este punto la opinión que estima que el Tribunal ha seguido aquí un criterio valorativo del aval, en el que se da mayor importancia a la finalidad del mismo que a la forma en que la declaración de garantía se ha realizado (29).

En palabras del mismo Tribunal Supremo esta «garantía personal atípica tiende a superar la rigidez de la accesoriedad», y esgrime a su vez el 1255 del CC en apoyatura de la construcción de esta figura (tal y como reseñamos en otro lugar más arriba), lo cual es criticable por cuanto se entiende que el mismo artículo no puede servir ni como *habilitación de inclusión* dentro del sistema legal ni tampoco para otorgar particularmente validez a ninguna convención (30).

Ha sido precisamente a propósito de la sentencia mencionada de 1983 cuando se ha apuntado la posibilidad, o más bien la conveniencia, de «una intervención del legislador que remodele la figura típica de la garantía personal», esto es, la fianza. Se ha señalado asimismo por esta doctrina —que tal vez sea la más autorizada— que la figura de la fianza es demasiado *dura* (en su forma habitual de fianza solidaria) con el garante amistoso y desinteresado en las operaciones de financiación de bienes de consumo de sus familiares y allegados, y quizá demasiado *poco operativa*, en ocasiones, cuando son los intermediarios financieros quienes prestan a buen precio su aval (31).

Con todo, mientras para unos esta aportación jurisprudencial acerca de la *garantía personal atípica* se les antoja censurable, para otros no deja de tener visos de meritoria. Así, para estos últimos, el meollo de la doctrina asentada no sólo les parece *acertado*, sino también *sensible* a las multiformes manifestaciones de la vida de los negocios (necesitada como está de una continua actualización jurídica a través de unos cauces jurídicos adecuados), y, *valiente*, por cuanto que dichas sentencias proponen unos horizontes más amplios a los ya conocidos, representando un fuerte reto para la doctrina de las garantías personales (32). Por el contrario, para sus detractores,

(28) La Sentencia se refiere aquí al supuesto en que «la garantía se preste con plena amplitud, es decir, contraída en términos generales y sin pactar expresas limitaciones, puesto que la calificación inicial de toda relación jurídica, como es bien sabido, se produce a través de la identificación del tipo contractual al que pertenece, (...) y en el caso de que no se produzca debe enmarcarse dentro del ámbito que corresponda, lo que conduce en el presente caso a considerar el aval de que se trata, por el aspecto de la *función económica* en que fue concebido y conforme a la identidad de su propia estructura jurídica, (...)» (Considerando 5.º).

(29) Es opinión de SÁNCHEZ-GUILARTE, *Letra de cambio incompleta: transformación del aval cambiario en una «garantía personal atípica»*, RDBB, 1985, p. 188.

(30) Es opinión de CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 6 y ss.

(31) Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, *Cuadernos CJC*, n.º 3, 183, p. 871.

(32) *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pp. 870 y ss. «Representa —a su juicio— un fuerte reto para la doctrina, en este ámbito de las garantías personales, tan vivo en la práctica y tan descuidado en nuestra bibliografía». En un sentido general apunta también muy acertadamente que «habrá que atender a la fijación precisa de las figuras que en la práctica surgen con contornos borrosos, integrándolos adecuadamente en nuestro sistema jurídico». Es lo que nosotros hemos denominado *materia gris* de las garantías personales.

en modo alguno puede justificarse la necesidad de dicha construcción doctrinal, y no dan por aceptable ninguna de las consideraciones jurisprudenciales de las que se haya hecho mención (33).

En un momento del transcurso de esta polémica, no abierta nunca formalmente, se puede llegar a entrever cómo llegan a tergiversarse las razones alegadas en pro y en contra, y, como tal vez ocurra en muchas ocasiones, se hace decir al *oponente* lo que en ningún caso se ha llegado a sostener o ni tan siquiera a insinuar. Así, los defensores de la postura jurisprudencial llegan a afirmar que a nadie se le puede escapar el riesgo de la utilización retórica del *aval en sentido amplio* o del *contrato atípico de garantía personal* para eludir, sin control posible, las reglas del contrato típico de fianza. Pero lo que éstos nunca llegan a aseverar, y que sin embargo sí se les atribuye, es que en ningún modo «queda claro cuál es el efecto y la naturaleza de este particular contrato de garantía» (34). Al contrario, y como hemos apuntado en otro lugar, a aquéllos el núcleo fundamental de la doctrina jurisprudencial reseñada les parece no sólo *acertado*, sino también *sensible* a las fluctuaciones de las cambiantes formas de la vida de los negocios y, además, *valiente*, por

Asimismo para SÁNCHEZ-GUILARTE la solución adoptada por el TS le parece adecuada y justa. A su juicio «que un avalista cambiario, que en cuanto tal responde de una obligación de pago, pueda llegar a verse liberado de toda responsabilidad por la omisión en la letra de un requisito formal que en ninguna medida afecta a la existencia de tal obligación de pago ni a la correspondiente responsabilidad subsidiaria, indicaría, en nuestra opinión, que a causa de una *sacralización jurídica* de la forma se llega a una solución injusta» (*cf. ob. cit.*, pp. 199 y ss.).

(33) Por todos, CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 12 y ss. Su razonamiento es éste: «El problema es tan simple como saber si un aval prestado en una letra de cambio en la que no figuraba el nombre de la persona a cuya orden se mandaba pagar y la posterior inclusión del crédito del librador en la quiebra del aceptante liberaban al fiador». A su juicio «ciertamente el aval podía ser considerado nulo si lo era la obligación cambiaria avalada (artículo 444.3 del Código de comercio), pero para la validez extracambiaria de la garantía no era preciso acudir a la figura del aval en sentido amplio. Bastaba inferir de la lectura del documento perjudicado que el avalista había contraído una obligación como fiador de las obligaciones extracambiarias. Podía entonces hablarse de falta de accesoriedad cambiaria, pero no de falta de accesoriedad fideiusoria».

(34) Personalizando puede decirse que son las posturas discrepantes de DELGADO ECHEVERRÍA y CARRASCO PERERA en las obras ya referidas. A mayor abundamiento y a propósito del *riesgo* mencionado, DELGADO ECHEVERRÍA sostiene, atinadamente a mi juicio, que, «fuera de los casos en que leyes y aun normas de rango inferior regulan o aluden a "avales" de muy variada índole (y muy necesitados de estudio), la evocación de la idea abstracta de *tipicidad social* —sin pormenorizada descripción de los hechos sociales típicos, que habrá que reconducir, en definitiva, a los usos (del comercio o no): artículos 1258 y 1.3 del Código civil— no es garantía suficiente contra el indicado riesgo» (*ob. cit.*, p. 870 y ss.).

cuanto propone nuevas perspectivas en un terreno tan vivo en la práctica y, a su vez, tan descuidado por la doctrina (35).

2. La garantía personal como relación u operación jurídica compleja.

Otro caso útil para nuestro estudio nos lo ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989. El supuesto de hecho sucintamente expuesto es el siguiente: una entidad suscribe con una compañía de seguros una póliza en garantía de la ejecución de un contrato de obra de suministro. La compañía se compromete a pagar al beneficiario, de inmediato y contra la presentación de una simple petición por escrito, cualquier cantidad hasta el importe total de la garantía estipulada sin restricción de ningún tipo. En las condiciones generales del seguro se establece que «el siniestro se entiende producido cuando el asegurado requiera a la compañía el pago de la totalidad o

(35) A mi parecer DELGADO ECHEVERRÍA en este punto pretende mantener un equilibrio que es necesario enjuiciar teniendo en cuenta estas dos consideraciones que hace al respecto. La primera, de carácter general y que es la que aquí más nos interesa, es que las consecuencias jurídicas se hacen derivar o se miden de acuerdo con la voluntad implícita en un concreto comportamiento negocial, según se desprende de la Sentencia de 11 de julio de 1983; de este comportamiento surge una *garantía personal*, la obligación de *responder del crédito*. Podría, a su juicio, leerse el resto de la sentencia del siguiente modo: nada obsta, en nuestro ordenamiento, a que se admita un contrato atípico como el descrito; en el campo de las garantías personales hay una gran variedad de figuras, aludidas por ciertas leyes algunas, surgidas otras de la práctica, además del aval cambiario y la fianza. Nada, concluye, habría que oponer a esta doctrina.

Pero la sentencia afirma o sugiere, y ésta es la segunda consideración, algo más: hay un contrato de garantía con tipicidad (no legal, sino social), que se identifica (si no entiendo mal la sentencia), con el *aval solidario amplio*, que no es aval cambiario, ni fianza (tampoco fianza solidaria), ni asunción cumulativa de deuda. El problema crucial en este planteamiento, a su juicio, es el de definir en qué consiste este *aval amplio* y en qué se diferencia de la fianza. Diferenciación en el doble plano del supuesto de hecho negocial (las declaraciones o, acaso, la declaración unilateral de voluntad) que le da vida; y de la disciplina de las relaciones nacidas de aquél. (En el primer aspecto, las preguntas serían del siguiente tenor: ¿bajo todo aval cambiario subyace un «aval en sentido amplio», cuya operatividad se pondría de manifiesto, sobre todo, al perjudicarse la letra por cualquier causa?; ¿siempre que, fuera del documento cambiario, se expresa la voluntad de «aval», o se utiliza este término, estamos en presencia del «tipo social» de «aval en sentido amplio»?; ¿juega en esta calificación la naturaleza mercantil de la obligación garantizada, o el carácter de comerciante del avalista, o las relaciones que median entre éste y el avalado?; ¿qué criterios, en definitiva son relevantes para esta calificación? En el segundo aspecto (de la disciplina negocial), las cuestiones serían, por ejemplo: ¿tiene o no la obligación del avalista los caracteres de accesoriadad, subsidiariedad, independencia, solidaridad, ...?; ¿cómo se regula el derecho de regreso y subrogación?; ¿qué excepciones puede oponer el avalista?; ¿*quid iuris* ante una pluralidad de avalistas? En general, ¿qué preceptos —si hay algunos de la fianza regulada en el CC— se aplican a esta figura? (*cf. ob. cit.*, pp. 869 y ss.). Pero estas cuestiones, si bien interesantes, tan sólo tocan tangencialmente la cuestión que aquí tratamos.

parte de las cantidades garantizadas (artículo 11), quedando autorizada aquélla para efectuarlo sin necesidad de que el contratante mostrara o no su conformidad, sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago era o no justificado, ni si el contratante había de hacer después alguna objeción a este respecto o interponer las acciones que le correspondieran (artículo 12)» (36).

Entiende en esta ocasión el Alto Tribunal que nos encontramos «ante una *operación compleja* que, más que al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza (...), por su configuración y carácter instrumental se parece a lo que, con nombre ciertamente equívoco, se viene denominando apertura de crédito documentario (...). En definitiva, concluye, parece claro que «no nos encontramos ante una fianza, sino ante otro tipo de garantía exigible en las condiciones pactadas, y toda interpretación que trate de dar a la palabra *garantía* el sentido de la obligación accesoria de la fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación jurídica compleja a la que venimos haciendo mérito, para la que no existe obstáculo legal en orden a su eficacia en nuestro ordenamiento positivo, que encuentra su fuerza vinculante en el principio de libertad de contratación proclamado en el artículo 1255 del Código civil y concordantes sobre los efectos de las obligaciones».

En último lugar se afirma que la obligación de la compañía de seguros es de *carácter abstracto*, en el sentido de ser independiente del contrato inicial entre las partes intervinientes en el contrato de obra. «No entenderlo así quebranta la buena fe y la lealtad mercantil y los artículos 1258 del CC y 57 del CCo, pues la póliza, cual se ha explicado, sustituye a la retención (de un tanto por ciento sobre el importe total de la obra terminada) para producir su mismo efecto y lo garantizado ha de entregarse en cuanto se reclame, incumpléndose lo pactado de no hacerse así (...）」 (37).

Sucintamente expongo ahora alguno de los problemas que la reiterada sentencia suscita un tanto desordenadamente y sin aparente conexión entre sí:

a) Se nos habla de una *operación o relación jurídica compleja* (relación de base, de provisión y de garantía). Tenemos un contrato de seguro de caución donde antes existía una fianza; se nos remite al cré-

(36) *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989. En ella se recogen las condiciones generales 11 y 12 de la póliza suscrita, que son reproducción literal de los artículos 11 y 12 del Anexo 5 de la Resolución de la Dirección General de Seguros, de 17 de marzo de 1981 (BOE de 7 de abril de 1981).

(37) *Cfr.* Sentencia del TS de 14 de noviembre de 1989, Fundamento de Derecho 2.º. Según CERDA OLMEDO esta sentencia es de una gran riqueza doctrinal y perfección técnica, viniendo a subrayar que la emisión de la garantía independiente tiene un significado peculiar en el marco de la relación triangular en que debe enmarcarse, equilibrando los intereses de los individuos intervinientes (*cf. ob. cit.*, pp. 221 y ss.).

dito documentario y se cualifica la relación de garantía como *carta de crédito*. La mención explícita de *formas contractuales* en el texto de la sentencia es considerada de singular interés porque obliga a plantear al intérprete (ya que el propio Tribunal Supremo no lo hace) un doble problema: en primer lugar, el de la concurrencia de la fianza con otros modelos contractuales, y, en segundo lugar, el de la construcción del contrato de garantía no accesoria a partir de otros modelos contractuales como, por ejemplo, el crédito documentario (38).

b) En esta sentencia la fuerza vinculante de esta *relación jurídica compleja* se hace recaer en el principio de libertad de contratación del 1255 del Código civil y concordantes. A este propósito conviene recordar la opinión de los que sostienen que en este caso el TS actúa como si dicho artículo fuera una *cláusula de inclusión de validez*, sin proceder previamente, como sería deseable, a aplicar el test de orden público (en este caso, de la accesoriidad de las garantías). Parece darse a entender de esta manera que debe renunciarse al prurito de crear nuevas formas contractuales al amparo del principio de libertad de contratación, sin antes haber agotado a conciencia todas las posibilidades que virtualmente contiene la fianza en los textos legales vigentes (39).

c) La obligación de la compañía de seguros es tildada como de carácter abstracto, esto es, como independiente del contrato inicial de la que trae causa. Vemos así como la garantía se desvincula de la accesoriidad, pudiéndose hablar en un sentido genérico de *garantía independiente* (40).

(38) Por todos, CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 16. Es particularmente interesante subrayar que es ahora el mismo CARRASCO quien admite aquí la posibilidad de construir un contrato de garantía atípico, después de las reticencias manifestadas con ocasión de otros textos de la jurisprudencia.

(39) Por todos, CARRASCO PERERA, que por otro lado parece dudar de lo afirmado anteriormente cuando sostiene que «el TS pudiera haber evitado preguntar (y responder) por la existencia de garantías personales atípicas si hubiera cuestionado dentro del tipo de la fianza cuál es el máximo de normas excluibles en virtud del principio de autonomía» (*ob. cit.*, p. 15). Creo entender que CARRASCO piensa que se produce una antinomia a este respecto: así, por el modo en que el TS resuelve este caso tenemos que deducir que las normas de la fianza son típicamente imperativas (v. gr. referencia que hace a la excusión) pero tan sólo dentro del contrato de fianza, mientras que las normas de 1822 al 1856 del CC serían dispositivas dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico español.

(40) Aunque tal vez este término pueda dar lugar a equívocos. CERDA OLMEDO hace en este sentido una aclaración: «la sentencia habla de independencia de la garantía frente al contrato inicial, cuando en realidad la independencia debe predicarse de la relación inicial, toda vez que aquel contrato inicial pueda no existir o ser radicalmente nulo y emitirse la garantía que cubre al beneficiario también del riesgo de nulidad». A su juicio «la independencia de la garantía se desenvuelve no sólo de la relación inicial o de base sino también de la relación de apertura de crédito (o de provisión), y las excepciones que deriven de esta última tampoco son oponibles por el garante al beneficiario» (*ob. cit.*, p. 225).

d) En este supuesto la garantía personal pactada sustituye eficazmente a una retención de dinero que, de otra forma, el acreedor garantizado conservaría en su poder. Y es que como se ha señalado esta garantía atípica sustituye con ventaja al viejo depósito improductivo de dinero, como medio de garantía absolutamente seguro y líquido, pero que exige ser pagadera a primer requerimiento, como hemos señalado (41).

Por lo que hasta la fecha conocemos del desarrollo ulterior por parte del Tribunal Supremo de cuestiones relacionadas con la garantía atípica o autónoma puede concluirse, según algunos, que, o bien cae el mismo Tribunal en contradicción con la doctrina anteriormente expuesta, o bien sus resoluciones suponen un claro exponente de confusión e ignorancia sobre sus principios precedentes (42). Sin embargo, en líneas generales, tal opinión nos parece un tanto exagerada, y preferimos afirmar con criterio más ecuánime que, muy posiblemente, las últimas y más significativas afirmaciones en esta materia por parte del TS no contradicen en ningún caso lo anterior, aunque también pensamos que la técnica utilizada es más bien deficiente y deja mucho que desear (43).

3. Corolario: garantía personal atípica y fiadores profesionales.

Como cuestión un tanto marginal merece la pena apuntar que son los fiadores profesionales los primeros interesados en la prestación de garantías personales no accesorias. Estos, en todas sus operaciones, desean eliminar los costes de inseguridad y litigiosidad que resultan del derecho-carga (arts. 1840 y 1853 del CC) de oponer excepciones derivadas de relaciones básicas entre el deudor y el acreedor. El interés

(41) Cfr. CERDA OLMEDO, *ob. cit.*, p. 223.

(42) Por todos CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 17 y ss. Se refiere aquí particularmente a la función que desempeña la cláusula a primer requerimiento o a primera demanda, tratada entre otras sentencias del TS en la de 2 de octubre de 1990.

(43) A este respecto nos parece oportuno traer aquí algún comentario de CERDA OLMEDO al hilo de la Sentencia de 2 de octubre de 1990, relativamente reciente, que en sí misma considerada no aporta nada nuevo, a no ser la mera constatación de que no contradice la doctrina anterior. A su juicio «la garantía independiente únicamente será admisible si lo consiente su función típica, adecuándose a ella, como medio jurídico idóneo para su realización, en armonía con el juego de intereses subyacentes, fuera de los cuales sería una figura exótica e inconcebible, debiendo evitarse, en todo caso, que su emisión determine una anomalía en el sinalagma de la relación de base, una desproporción evidente de las prestaciones de los interesados». Por otra parte se afirma que «ni la garantía (de la que se habla en la sentencia) desnaturaliza la fianza, que son cosas bien distintas, cada una con sus rasgos particulares, en armonía con su función, ni tiene nada que ver con el reconocimiento de deuda ni con el aval; simplemente la garantía deviene inaplicable, en el caso de autos, y la sentencia no contradice la doctrina» elaborada por el TS en sus sentencias de 21 de abril de 1989 y de 14 noviembre de 1989, entre otras (*ob. cit.*, p. 233 y ss.).

del fiador profesional no es poder aprovecharse de las defensas y objeciones que, frente al acreedor, pudiera utilizar el deudor, sino, al contrario, desentenderse de ellas y pactar con el deudor que el riesgo de un pago *indebido* al acreedor repercuta enteramente sobre el deudor, que no podrá oponerle dichas objeciones al fiador en vía de regreso. En consecuencia, el fiador desplaza sobre las partes de la relación básica no sólo el coste de inseguridad sino además las cargas asociadas a la promoción de un litigio (44).

Todo ello nos suministrará un criterio de interpretación de las reglas de la fianza, cuando tengamos que recurrir a ellas, acorde con la realidad social y el tiempo en que las mismas deban ser aplicadas. En efecto, no cabe pensar que el contrato de garantía no accesoria (garantía atípica) debe ser preterido o restrictivamente interpretado, dado que hace más onerosa la condición del fiador. Al contrario, es la condición del deudor la que resulta agravada. En consecuencia, no tiene sentido conceder al fiador en sede de este contrato cualesquiera ventajas, restricciones o excepciones que al fiador no le interesan en modo alguno, siendo como es el primer interesado en que la fianza no resulte accesoria. A todas luces podemos concluir que la garantía personal no accesoria constituye un régimen favorable para el fiador profesional (45).

Bajo la ambivalente terminología que se utiliza en los formularios de las entidades profesionales de crédito (*avales, fianzas, cauciones,...*) suele incluirse la *cláusula de pago a primer requerimiento* (46). Especial atención vamos a prestar a cuál es el juego de esta cláusula dentro de la especificidad del seguro de caución. La especialidad depende en buena medida de la noción peculiar de *siniestro* dentro de la caución como más adelante veremos.

(44) Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 9 y ss.

(45) Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 10 y ss.

(46) Bajo esta cláusula el fiador se obliga a pagar a primer requerimiento del acreedor, sin necesidad de obtener la conformidad del deudor, y sin que el fiador pueda entrar a considerar la procedencia o no de la petición hecha por el acreedor. El banco, en su caso, lo que hace es pactar con el deudor la exclusión del artículo 1840 y, en general, cualquier defensa del deudor que éste pudiera alegar con base en la relación obligatoria que le vincula con el acreedor (cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 10 y ss.). Como curiosidad conviene saber además —como señala CERDA OLMEDO— que en USA es frecuente «que muchas garantías a primera demanda se emiten por las compañías de seguros, y no por las entidades bancarias, como suele ocurrir en Europa, porque, en efecto, si con la garantía a primera demanda se pone el beneficiario a cubierto de los riesgos atípicos, la analogía de la garantía con el contrato de seguro, en especial con el seguro-caución, parece evidente, haciéndose de aquélla una variante o modalidad de éste» (*ob. cit.*, p. 87).

D. GARANTÍA PERSONAL BAJO FORMA DE SEGURO DE CAUCIÓN

1. *Prestación de la garantía y elementos singulares del seguro de caución.*

Como hemos comprobado se viene poniendo de manifiesto la rápida creación de nuevas formas de garantía personal por los agentes titulares del tráfico mercantil (mayoritariamente los intermediarios financieros), y, al mismo tiempo, se ha hecho notar con acierto la utilización creciente de instituciones jurídicas inicialmente ajenas al campo de las garantías personales. Todo ello nos permite poner de relieve la insuficiencia de las previsiones legislativas así como la inadecuación de gran parte de las normas que se refieren a la fianza (47).

De ahí que se venga discutiendo desde hace algún tiempo, merced precisamente a la atipicidad reinante en este terreno, el margen que puede tener la admisibilidad de ciertas figuras de garantía ajenas a nuestro sistema jurídico —como el *contrato puro de garantía*—, a la vez que se trata de profundizar en la determinación del régimen jurídico que pueden revestir toda una serie de formas atípicas de garantía utilizadas en la práctica y compatibles con los principios de nuestro ordenamiento jurídico interno (48).

A este respecto, antes que cualquier otra cosa, conviene recordar que ha sido en el seno de la doctrina italiana donde se ha conceptualizado mayoritariamente al seguro de caución como una modalidad particular de garantía personal. No ocurre lo mismo dentro de nuestra doctrina, donde parece dominante la tendencia a encuadrar el seguro de caución en el ámbito del contrato de seguro. Tal parece que sería el criterio lógico y natural en razón de su regulación específica dentro de la LCS (artículo 68), a partir de la reforma de 1980 (49). Sin embargo existen discrepancias y matices notables que pondremos de manifiesto (50).

(47) Cfr. EMBID IRUJO, *Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución*, La Ley, 1990, vol. II, p. 200.

(48) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, anterior, p. 200.

(49) El artículo 68 de la LCS dice así: «Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro».

(50) Son voces discrepantes: FONT GALÁN, *Natura e disciplina giuridica delle polize fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni*, Assicurazioni, 1976, I, pp. 216 y ss.; FONT I RIBAS, *Cuardenos CCJ*, Comentario a la Sentencia del TS de 16 de febrero de 1983; EMBID IRUJO, *El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, La Ley, 1986, pp. 1064 y ss.

Vamos a ocuparnos ahora expresamente de los problemas que plantea el seguro de caución dentro del amplio campo de las garantías personales, y, muy en particular, de su estrecha conexión con el contrato de fianza. Para ello nos serviremos de la exposición crítica de algunas sentencias, pero sin olvidarnos que la jurisprudencia en esta materia no está exenta de perplejidades, circunloquios y dudas, que, en la medida de nuestras posibilidades, intentaremos sistematizar lo mejor posible.

Un ejemplo de esta perplejidad lo tenemos en la Sentencia de 21 de abril de 1989. Ni la terminología utilizada ni los conceptos parecen ser los más convenientes. Sin ir más lejos se observa cómo se sustituye la referencia a la *indemnización* (a satisfacer por el asegurador en caso de siniestro) por la expresión *prestación de garantía*. Este circunstancia es por sí sola reveladora de la singularidad del seguro de caución, al menos desde el punto de vista de la dogmática aseguradora, y además nos muestra la penetración de la finalidad con la que se utiliza en la práctica en los propios razonamientos judiciales (51).

Tal y como parece deducirse del texto de la sentencia, teoría y praxis pretenden ir de la mano, pero sin haber atendido antes a las disfunciones que este hecho ha ocasionado. De este modo (y estamos ante una perplejidad) para nuestros Tribunales no se plantea aquí problema alguno por el hecho de adscribir el seguro de caución dentro del marco general del seguro de daños —que se caracteriza por el carácter indemnizatorio estricto del daño ocasionado— y, simultáneamente, catalogarlo como una *forma de garantizar obligaciones ajenas*, circunstancia que, *prima facie*, se revela incompatible con el funcionamiento del sinalagma asegurador (52).

(51) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 200 y ss.

(52) Así se deduce al menos de la Sentencia del TS de 21 de abril de 1989, a juicio de EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 200. En este sentido ya había adelantado unos años antes MENÉNDEZ MENÉNDEZ que «justo es reconocer que *la instrumentación técnica del seguro* está llegando a supuestos en los que palidece la valoración objetiva del daño o la incertidumbre en el sí y el cuándo del evento. Bien conocidas son en este sentido las dudas y discusiones doctrinales acerca de la fuerza o de la quiebra —según se quiera ver— del principio indemnizatorio en algunas modalidades del seguro en franco desarrollo, como sucede con el seguro de beneficio esperado, el seguro de valor convencional (póliza estimada), y especialmente en el seguro de valor a nuevo, en el que la aproximación a un seguro de amortización de bienes que se insinúa en algunos supuestos hace desaparecer prácticamente la nota de incertidumbre, y con ella, la idea de riesgo. En otros casos, como sucede con el seguro de caución contemplado ahora en el artículo 68 de nuestra ley, es muy dudosa la existencia de un daño en sentido propio, hasta el punto de que una buena parte de la doctrina viene defendiendo que, tanto por su función económica como por su finalidad práctica, se trata, más que de un contrato de seguro, de un contrato de fianza», *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, p. 100.

Nuestra atención sobre la sentencia de 1989 persigue discernir cuál es el encuadramiento de la *garantía pactada* en el ámbito del seguro de daños bajo la modalidad específica del seguro de caución, así como determinar el significado de los principios de aquél (del seguro de daños) en relación con la función de garantía que la figura analizada persigue (53).

En primer lugar, tanto para el Tribunal Supremo como para la Audiencia Territorial de Madrid que estudió el caso, no ofrece dudas el encuadramiento de la caución dentro del sector asegurativo (54), como puede colegirse de la aceptación pacífica del *nomen iuris* otorgado por las partes, de la terminología específicamente aseguradora que impregna la póliza y de la intervención, en fin, de una entidad aseguradora como prestadora de la garantía, según indica la parte dispositiva del fallo de la sentencia. Esta circunstancia modula singularmente el juego de los principios del seguro de daños, lo que, en ocasiones, lleva a hacernos dudar de la exactitud de la calificación jurídica otorgada a la caución (55). Por ser esta una cuestión de fondo vamos a referirnos a continuación a los elementos más característicos que intervienen en el mismo, pero a la luz de las consideraciones que la entienden como una modalidad de garantía personal. Estos elementos son los siguientes: los sujetos intervinientes, el riesgo, el siniestro y la producción del daño. Veamos cada uno de ellos.

(53) En esta Sentencia se contempla la venta de un solar por su propietario a una sociedad constructora, cuya contraprestación consiste en entregar al vendedor una tercera parte, aproximadamente, de la obra realizada en el solar. Interviene una entidad aseguradora que emite una póliza de crédito y caución por encargo de la constructora, que actuaba como tomador, y en favor del vendedor (asegurado). En dicha póliza se hacen constar los riesgos cubiertos por la aseguradora que, según el Supremo, «darían lugar a la prestación de la garantía y abono al asegurador de la cantidad convenida» (fundamento 1.º). La póliza se emite a fin de cuentas con la finalidad de cubrir el supuesto de incumplimiento de la obligación de la entidad constructora frente al asegurado. Tal incumplimiento acontecería (tal y como se consigna en la póliza) por el hecho de no terminar definitivamente las obras de construcción del edificio en el plazo previsto, por haberse declarado en quiebra, por solicitud de suspensión de pagos o por estar afectada la obra en construcción o ya construida por traba o embargo decretado por la autoridad judicial o fiscal.

(54) En este sentido la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 20 de febrero de 1988 señaló que «el contrato de seguro pertenece a la variedad de seguro de caución, carente a la sazón de regulación legal y al que no es aplicable la vigente Ley de contrato de seguro, pero que entonces por construcción doctrinal y hoy por determinación legal, es una modalidad del seguro de daños, por lo que eran aplicables las normas generales de esta clase de seguros y entre ellas, la que prohíbe que el seguro de daños pueda ser fuente de lucro o enriquecimiento, cualquiera que sea la prima pactada o la valoración que en origen se fijara al interés asegurado, cuya suma máxima no puede en ningún caso superar el valor de la cosa expuesta al riesgo. Seguro de concreta cobertura de riesgos naturalmente sentidos lo denomina la doctrina».

(55) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 202.

Por cuanto se refiere a los *elementos personales* es claro que en la póliza de todo seguro de caución intervienen tres sujetos: tomador, asegurador y asegurado (56), lo cual no es sino mero reflejo formal de la configuración del mismo en el artículo 68 de la LCS como un seguro por cuenta ajena. Pero tal y como viene poniéndose de manifiesto por la doctrina no se ve, *en teoría*, ningún obstáculo para que el acreedor concluya como tomador un contrato de seguro de caución en su propio beneficio y contra el riesgo de incumplimiento de su deudor (57). Esto nos lleva de la mano a concluir que esta presencia de tres sujetos, superflua desde el punto de vista asegurador, pone de relieve la utilización del seguro de caución como vehículo de otorgamiento de una garantía. De ahí que sea acertado apuntar que el tomador, el asegurador y el asegurado se corresponden *funcionalmente* con el afianzado, el fiador y el acreedor (beneficiario) de la fianza (58).

En cuanto se refiere al *riesgo* (59) la LCS especifica que éste se verifica *en caso de incumplimiento*, distinguiéndose así con claridad del riesgo cubierto por el seguro de crédito, esto es, *la insolvencia definitiva* (60). Como se ha subrayado este *incumplimiento* se trata de un *concepto jurídico*, cuyo principal problema que plantea es el de determinar cuándo el riesgo se verifica y se convierte en siniestro. Pero tan sólo determinando previamente la naturaleza del riesgo puede concretarse

(56) Según la Sentencia estos sujetos son, de una parte la empresa constructora, deudor por razón de la compraventa efectuada, que asume el papel de *tomador*; por otro lado, el vendedor, acreedor en la relación subyacente (como expresamente la califica el TS), en cuanto *asegurado*; y, finalmente, la *empresa aseguradora* que da cobertura al riesgo de incumplimiento de la obligación del tomador frente al asegurado.

(57) Por todos, OLIVENCIA RUIZ, *ob. cit.*, p. 880. A pesar de que según el esquema legal el seguro de caución será siempre por cuenta ajena y, en contra de lo que establece el art. 7 de la LCS, el tomador no podrá contratarlo por cuenta propia.

(58) También se pueden establecer similitudes con el donante, el garante y el beneficiario dentro del denominado contrato puro de garantía del Derecho alemán o con las garantías a primera solicitud de la práctica internacional más reciente.

(59) El riesgo prevenido consiste en el incumplimiento de la empresa constructora de su obligación frente al vendedor del solar. Pero tal incumplimiento se deduce no sólo del transcurso del plazo fijado sino también de la realización de una serie de hechos, entre los que se establece —como luego aconteció en la realidad— la solicitud de suspensión de pagos. Podría entenderse, según EMBID, que la simple solicitud de suspensión de pagos no impide el cumplimiento ulterior; tal posibilidad, sin embargo, no es ni siquiera considerada por el alto tribunal, ya que constituía un *riesgo independiente* del transcurso del plazo, por lo que su producción «originó la posibilidad de exigencia al asegurador (acreedor) de la prestación de garantía» (Fundamento de Derecho, 5.º) (*cf.* EMBID, *ob. cit.*, p. 203).

(60) El artículo 69 de la LCS dice así: «Por el seguro de crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos por la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores».

su acaecimiento (61). Además aquí el legislador se ha limitado a enunciar el riesgo dentro de este contrato —*incumplimiento de obligaciones*—, pero sin detenerse a definir qué sea este incumplimiento y cuándo se considera que éste existe como tal, introduciendo de este modo un margen de confusión y de ambigüedad notables por la pluralidad de significados que el vocablo *incumplimiento* puede reunir. Y es que dentro del concepto amplio de *incumplimiento* caben diversos grados, a saber: a) la falta de prestación en tiempo, pero susceptible de realizarse ulteriormente (retraso, mora); b) la prestación incompleta; c) la prestación defectuosa; d) la falta absoluta y definitiva de prestación (incumplimiento en sentido propio) (62). En suma, puede concluirse diciendo que la LCS parece haber complicado las cosas al introducir el término *incumplimiento*, y al hacer al tomador responsable de todo pago hecho por el asegurador, lo que significa que puede convertirse al deudor en responsable de unos daños que no le serían imputables conforme a derecho (por ejemplo, en caso de fuerza mayor) (63).

Por lo que se respecta a la producción del *siniestro* y consiguiente valoración del daño, habría que apuntar que la comprobación del siniestro debería limitarse, teóricamente, a la *prueba* del incumplimiento, que como acabamos de ver constituye el riesgo prevenido por el seguro de caución. Siendo esto así, conviene saber que la mayor parte de las modalidades de este seguro que se practican en nuestro país aparecen caracterizadas precisamente por obviar el trámite citado, y optan por *presumir* la producción del riesgo con el simple requerimiento del asegurado ante la compañía de seguros en demanda de la indemnización del daño ocasionado (64). Con ello se hace depender de la *libre apreciación del asegurado* la existencia del incumplimiento, y se sitúa a la compañía de seguros ante un deber cuasi automático de pago, ya que, por regla general, las pólizas no le permiten oponer excepción alguna al requerimiento de pago formulado por el asegurado (65).

(61) Cfr. OLIVENCIA RUIZ, *ob. cit.*, p. 875.

(62) Cfr. OLIVENCIA RUIZ, *ob. cit.*, p. 876. Pone de manifiesto como todo incumplimiento supone desde el lado activo de la relación obligacional la insatisfacción del derecho del acreedor y es en sí mismo un hecho perfectamente objetivo. Sin embargo, desde el lado pasivo, solamente podrá hablarse de incumplimiento cuando el deudor haya infringido el deber jurídico que le atañe en virtud de un comportamiento subjetivo que le sea imputable y del que resulte responsable.

(63) Cfr. *Ibid.* anterior, p. 877.

(64) Cfr. por ejemplo art. 9 póliza de seguro en garantía de licitación de contratos; art. 9 póliza seguro en garantía de ejecución de contrato de obra o suministro; art. 9 póliza seguro en garantía de obligaciones contraídas con las autoridades aduaneras; art. 9 póliza de seguro de fianza a favor de la Administración.

(65) «Por esta vía, el seguro de caución ha pasado a formar parte, como un ejemplo más, de la categoría de las llamadas garantías a primera solicitud, caracterizadas por abstraer la obligación del garante de las vicisitudes de la obligación garantizada. Su encaje en un ordenamiento predominantemente causalista, como el español, no deja de plantear problemas» (cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 204). También puede verse FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 242.

En la Sentencia del TS de 21 de abril de 1989 se afirma que una de las bases del convenio suscrito por las partes viene a indicar expresamente que bastaría el *requerimiento* a la empresa aseguradora "al pago de la indemnización para que ésta deba verificarlo". Parece configurarse aquí el siniestro de una forma similar a la establecida de modo genérico por nuestra práctica aseguradora. Resulta sorprendente, sin embargo, que esta mención de la cláusula sea entendida por el TS como la concesión «al asegurado de una acción directa contra la aseguradora para reclamarle *la prestación de la garantía* que el seguro significa» (66).

El hecho de que la aseguradora deba pagar sin más ante la petición del asegurado no guarda conexión con el significado de la acción directa en el seguro, y más en particular, en el marco del seguro de responsabilidad civil. De seguirse la opinión del TS, se daría la paradójica consecuencia de que sólo en aquellos seguros equiparables al de caución habría una *acción directa* del asegurado frente al asegurador, lo que, como es notorio, contraviene la realidad del sector (67).

Después del siniestro es necesario determinar el *daño* realmente producido, a efectos de fijar la correspondiente indemnización. Como recuerda la LCS vigente, «el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro» (artículo 26 LCS). En el supuesto de la Sentencia de 21 de abril de 1989 la aseguradora alegaba (sobre la base de los arts. 397, 405 y 407 CCo ya derogados) la necesidad de que el asegurado justificase el daño producido a fin de que el seguro no le proporcionaría ningún tipo de beneficio. Sin embargo, el TS rechaza de plano la argumentación y entiende que la simple producción de uno de los riesgos prevenidos (en este caso, la solicitud de suspensión de pagos por la empresa constructora) determina inexorablemente «la prestación de la garantía por parte de la aseguradora», sin ulteriores averiguaciones ni peritaciones en torno al daño producido (68).

Un resultado similar en el marco del seguro de daños sólo puede producirse como consecuencia de la utilización de las *pólizas tasadas o estimadas* del art. 28 de la LCS. Suponen éstas una peculiaridad dentro del principio indemnizatorio, y, por ello, la Ley rodea su manejo de ciertas cautelas. Su utilización viene a ser dentro del seguro de caución una práctica habitual. La propia Ley parece referirse a ellas cuando alude en su art. 68 a que el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado «a título de resarcimiento o penalidad» los daños patrimoniales sufridos. Como se ha puesto de relieve resulta extraña esta frase porque toda in-

(66) Cfr. Sentencia citada, Fundamento jurídico 13.º.

(67) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 204 y ss.

(68) Cfr. Fundamento Jurídico 9.º de la Sentencia mencionada. Puede verse, asimismo, EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 205.

demnización tiene carácter de resarcimiento, aunque la diferencia apuntada en el precepto parece consistir en que la indemnización cubra efectivamente los daños patrimoniales sufridos o que éstos se tasen con carácter previo. En éste último caso, el pago de la indemnización por el asegurador equivale a la satisfacción de una *pena convencional*, que sustituye al resarcimiento de los daños efectivamente sufridos. En otras palabras, la determinación del daño y el importe de la indemnización se establecen aquí en función del valor que al *interés asegurado* fijen de común acuerdo las partes (póliza estimada del art. 28 por excepción a lo dispuesto en el art. 26, y no al 25, como erróneamente se dice en el primero de los artículos citados). En definitiva, nos encontramos en este supuesto con una valoración anticipada y bilateral del daño (69). Nos detendremos en estas pólizas un poco más adelante.

La valoración previa del daño que hace el TS en la Sentencia referida, soslayando el juego de ciertos principios esenciales del seguro, revela la utilización del seguro de caución como una *garantía personal*. Y sorprende que tanto el Tribunal como las partes enjuicien el supuesto fáctico de una garantía bajo el prisma dogmático y legal del seguro, sin atisbar en ello una contradicción o ni tan siquiera una paradoja. Pero debemos aceptar o comprender que esta actitud sea algo habitual en el proceder de nuestra jurisprudencia, que tal vez por *nostalgia asegurativa* impregna las diversas modalidades del seguro de caución de la terminología propia del seguro, *traduciendo* las diversas vicisitudes de un supuesto fáctico de garantía en técnicas y conceptos aseguradores (70). Por lo demás, la intervención de una empresa aseguradora no debe permitir mudar la naturaleza propia de la operación por el mero hecho de la simple intervención de aquélla (71).

(69) Cfr. OLIVENCIA RUIZ, *ob. cit.*, pp. 883 y ss.; GARRIGUES, *ob. cit.*, p. 139. Dice OLIVENCIA que en la frase «a título de resarcimiento o penalidad» puede descubrirse también una identificación de la naturaleza asegurativa de este contrato. El asegurador, a diferencia del fiador, no se obliga a pagar para el caso de que no lo haga el deudor, asumiendo la obligación contraída por éste, sino a indemnizar los daños sufridos por el acreedor en caso de falta de cumplimiento de aquella obligación. La ley ha querido subrayar así el carácter indemnizatorio del contrato, sobre aquel otro de cumplimiento subsidiario de una obligación de pago (art. 1822 del CC para la fianza).

(70) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 206. También a juicio de CERDA OLMEDO «el seguro de caución parece constituir otra forma de garantía personal, intermedia entre la fianza accesoria y el depósito-caución, en donde la obligación propia del asegurador se dirige a satisfacer al acreedor la suma objeto de garantía, siéndole únicamente oponibles las excepciones que deriven de la inobservancia de las formalidades prescritas en la constitución del correspondiente contrato de seguro, no incumbiéndole al asegurador inmiscuirse en las controversias surgidas con motivo del cumplimiento o incumplimiento del deudor en la relación subyacente, dotando al beneficiario de una seguridad semejante a la que le brinda la garantía real consistente en el depósito-caución, pero sin los inconvenientes de éste» (*ob. cit.*, p. 87, citando a RAVAZZONI).

(71) Cfr. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Valencia 1986, p. 473.

Queda abierto de este modo el problema de calificar jurídicamente el resultado de aplicar a *una operación de garantía personal* (auténtica *causa* del negocio) los esquemas legales y contractuales del seguro. En este sentido se afirma por los que admiten estas nuevas formas de garantía personal que el jurista español deberá partir de la disciplina de la fianza (72).

2. *Puntos centrales de la crítica a la naturaleza asegurativa de la caución.*

Fue posiblemente a raíz de la Sentencia del TS de 16 de febrero de 1983 cuando la doctrina retomó toda una serie de discusiones (cuya sede originaria ha estado en el derecho italiano y alemán), para trasladarlas a los problemas que viene planteando la práctica dentro de nuestras fronteras. Por esta razón nos servirá la misma como punto de partida para centrar la discusión acerca de la naturaleza asegurativa o no de la caución.

Al margen de la calificación que pueda darse al contrato de seguro de caución —cuestión en la que no entra aquí el TS—, resulta ser una opinión generalmente compartida por la doctrina el hecho de que la obligación de garantizar el cumplimiento o devolución de sumas anticipadas, para la ejecución de un contrato de obra o suministro —objeto del contrato de seguro de caución es este caso—, constituye una relación obligatoria inserta en el esquema negocial del propio contrato a cargo del arrendador y a favor del arrendatario (73). Estamos en presencia, por tanto, de una *obligación de garantía*, accesoria a la obligación principal de cumplimiento, cuya falta acarreará necesariamente

(72) Por todos, EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 206.

(73) Por todos, FONT GALÁN, *ob. cit.*, p. 223 y ss. En efecto, dice éste, el hecho de que la obligación de prestar caución se inserte dentro del contenido negocial de la relación jurídica principal, obliga al intérprete a indagar cuál sea la *función económica específica* que la caución cumple dentro de aquella relación jurídica principal y los particulares intereses tutelados por la misma. Dentro de esta función que tiene la caución respecto a la relación jurídica principal es importante, a su juicio, hacerse esta pregunta: ¿la caución tiene la función de *garantizar* el cumplimiento de la obligación principal o la de *resarcir* los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación principal? En ningún caso quiere decirse que la caución tenga naturaleza fideiusoria en un caso y naturaleza asegurativa en otro. Solamente, concluye, puede afirmarse que la caución constituye una *obligación de garantía* por cuanto que su función es asimismo de garantía. El hecho de que ésta sea prestada por el obligado mediante depósitos reales de dinero o títulos, o bien a través de una póliza emitida por una compañía de seguros, es meramente *instrumental* y no afecta ni a la naturaleza ni a la función típica de la caución.

la ejecución de la misma. El único punto de discrepancia doctrinal se centra aquí en la función indemnizatoria o no de esa *obligación de garantía* (74).

Si como en el caso que estudiamos la obligación asegurada es la ejecución de un contrato de obra, no cabe dudar que entre este contrato y el que instrumenta la garantía (sea fianza o seguro) existe una auténtica *vinculación funcional*, en la medida que sólo el incumplimiento de la obligación garantizada dará lugar al pago de la indemnización o garantía correspondiente a cargo del tercero, cuya obligación habrá asumido previa la existencia del contrato de obra que le sirve de base (75).

Una vez aceptada la premisa del carácter accesorio de la *obligación de garantía* queda bastante desdibujada la estructura negocial del seguro de caución. Estando así las cosas la crítica en contra de la naturaleza asegurativa de este contrato se hace esencialmente en estos tres puntos:

a) Inoperatividad de la mala fe del asegurado en la liberación del pago de la prestación al asegurador. En efecto, se admite que el principio, según el cual la contribución de mala fe del asegurado (en sentido amplio, incluyendo aquí también al tomador) en la producción del siniestro libera al asegurador del pago de la prestación (art. 19 LCS), *no puede ser* de aplicación a los supuestos del seguro de caución, por cuanto el interés asegurado es el derecho del acreedor a ser satisfecho, y será precisamente la insatisfacción de este interés por el incumplimiento de la otra parte contractual la que dará lugar al siniestro.

Asimismo se establece en estos casos un derecho de regreso *propio y autónomo* a favor del asegurador para dirigirse contra el tomador del seguro, independiente del derecho general de subrogación que reconoce el artículo 43 de la LCS al asegurador para proceder, en lugar del asegurado, contra el autor del siniestro.

En último término la determinación del daño y del importe de la indemnización se establecen en función del valor que al interés asegurado fijen de común acuerdo las partes. Así lo permite el art. 28 de la LCS, por excepción al principio señalado en el art. 26 de la misma, que establece la estimación del daño en función del valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro. Estamos, pues, ante un supuesto de valoración anticipada y bilateral del daño (76).

(74) A favor, OLIVENCIA RUIZ, *Seguros de crédito, caución, responsabilidad civil y reaseguro. Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, pp. 865 y ss. En contra, FONT GALÁN, *ob. cit.*, p. 216 y ss.

(75) *Cfr.* FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 242.

(76) En este sentido concuerdan GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid 1983, pp. 350 y ss., y OLIVENCIA, *ob. cit.*, 867 y ss.

b) Inexistencia de una relación de equivalencia entre la noción de riesgo y la de siniestro. Quizá sea éste el argumento más convincente contra la naturaleza asegurativa de esta modalidad contractual. En efecto, en el seguro de caución el riesgo consiste en el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del tomador del seguro. Pero si bien al amparo del art. 1 de la LCS debe considerarse riesgo asegurable cualquier prestación aleatoria o subordinada a un evento incierto y susceptible del cálculo estadístico-actuarial (77), no hay que olvidar que el riesgo que en este caso se asegura es un *riesgo jurídico* (78) que depende —o, al menos, puede depender— directamente de la voluntad de las partes. Precisamente ese carácter *jurídico* del riesgo (incumplimiento) es el causante de la dificultad para determinar su verificación y conversión en siniestro.

En este sentido resulta poco afortunada la construcción un tanto evanescente que de la verificación del riesgo hacen las pólizas a que nos referimos. En ellas se establece que «se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera al asegurador el pago de la totalidad o parte del capital asegurado a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones de ejecución del contrato de obra o suministro» (79), lo que viene a significar que se hace depender exclusivamente de la libre apreciación del asegurado la existencia del incumplimiento que provoca el siniestro, en la medida que el simple requerimiento hecho por éste faculta a la aseguradora para realizar el pago de la indemnización sin necesidad de detenerse a considerar la justificación del mismo (80). Con ello no sólo se contradice un principio esencial en materia de seguros, según el cual el pago de la indemnización procederá luego de haber realizado el asegurador las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro (art. 18 LCS), sino que prácticamente se deja al *arbitrio de una parte* —que no es contratante, pero sí beneficiaria y parte interesada— el cumplimiento del contrato (art. 1256 del CC). En consecuencia el *alea* inherente al contrato de seguro desaparece por completo y resulta lesionado un principio de orden público económico, el cual tiene por función asegurar el *equilibrio de la transacción* —pago de la prima contra pago de la

(77) Cfr. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Valencia 1986, p. 576. El artículo 1 de la LCS establece que «el contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas».

(78) Cfr. OLIVENCIA, *ob. cit.*, p. 875.

(79) Cfr. Cláusula 11.ª del Anexo 5.º de la Resolución de 17 de marzo de 1981 de la Dirección General de Seguros.

(80) Cfr. Cláusula 12.ª de la Resolución anterior.

indemnización por supuesto casual o incierto— en condiciones óptimas de absorber el daño. (81)

c) La función *primaria* de este contrato consiste en garantizar el cumplimiento de la obligación principal (82). Aun cuando admitamos que el interés asegurado es el del acreedor, y en este sentido será la falta de satisfacción de su crédito la causa que ha producido el daño que hay que indemnizar, no hay que olvidar que la finalidad de este contrato no es tanto excluir las consecuencias dañosas ocasionadas por el siniestro como la de garantizar el cumplimiento de la obligación principal. El hecho de que esa garantía se haga a título de «resarcimiento o penalidad» (art. 68 LCS y cláusula usual en las pólizas de esta especie) no debe conducir a equívocos. La función de este contrato es *primera y principalmente una función de garantía más que una función indemnizatoria*, por cuanto que el importe de la indemnización aparece tasado de antemano por acuerdo entre las partes y coincide, además, con el precio del incumplimiento. Sin embargo, ello no debe ser obstáculo para que *legal y técnicamente* el incumplimiento de una obligación y el daño que el mismo origina no pueda cubrirse mediante un contrato de seguro (83).

De esta manera el problema puede decirse que es únicamente de regulación legal. En la medida que las compañías aseguradoras han ido introduciéndose en un ámbito hasta el momento desconocido para ellas, como es el mercado de las garantías, han intentado configurar la prestación de las mismas con arreglo a su propia técnica asegurativa e impregnan las pólizas de su terminología característica. Pero persiguen un objetivo final en el modelaje de la estructura contractual del seguro de caución: la eliminación del riesgo que puede suponer el ejercicio de una *acción de regreso* contra el deudor principal sometida a un doble juego de excepciones (las derivadas del contrato garantizado y las procedentes de la relación de garantía) a las que estaría sometido la aseguradora si ejercitara el derecho de subrogación ordinario (tanto el derivado del contrato de seguro, art. 43.1 LCS, como el procedente de la fianza, art. 1839.1 CC (84)). Por esta razón se ha introducido legalmente un derecho de regreso *independiente* del ejercicio de la subrogación y, por esta razón también, establecen las pólizas aquella cláusula que permite al asegurador realizar el pago de la indemnización sin necesidad de verificar el incumplimiento de la obligación que acarrea el siniestro.

(81) Cfr. FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 242.

(82) Cfr. FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 225 y ss.

(83) Cfr. FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 243.

(84) El artículo 43.1 de la LCS dice así: «El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización». Por su parte el artículo 1839.1 del CC dice lo siguiente: «El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor».

II. SEGURO DE CAUCION

A. GARANTIA Y CAUCION. REGIMEN JURIDICO

1. *Concepto, evolución y problemas que se plantean.*

El concepto de caución en líneas generales aparece normalmente ligado a la garantía que media en el cumplimiento de una obligación, en la que la ley o la voluntad de las partes imponen al deudor eventual la entrega al acreedor de un conjunto de cosas muebles, ya estén éstas determinadas en razón de su cantidad (dinero, títulos al portador, mercancías) o ya estén individualizadas (títulos nominativos, objetos preciosos). El acreedor queda de este modo garantizado ante la eventualidad de que el deudor no cumpla la obligación, pudiendo resarcirse del daño experimentado con el valor de las cosas recibidas como caución.

Nota común a todas las formas de caución es el carácter eventual e indeterminado del resarcimiento del daño, normalmente derivado del incumplimiento de la obligación principal. La utilidad que la caución ofrece al acreedor es resarcirle con el valor de las cosas recibidas, evitando el doble riesgo de la insuficiencia del patrimonio del deudor y del concurso de otros acreedores. Con la caución se trata, en suma, de reforzar la garantía patrimonial atribuyendo un derecho de prelación que en nada se diferencia de las garantías personales típicas (85).

Como se viene poniendo de manifiesto la caución real se encuentra con el inconveniente, no desdeñable, de que tal procedimiento conduce a inmovilizaciones de capitales costosos e improductivos, muy negativos a la luz de los intereses del tráfico económico (86). Precisamente el seguro de caución surge para contrarrestar el mal señalado y, al mismo tiempo, intenta salvaguardar la capacidad de satisfacer de modo inmediato el interés del acreedor (la denominada *autotutela*

(85) Cfr. MARTORANO, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1960, pp. 652 y ss.

(86) Cfr. EMBID IRUJO, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990, pp. 698 y ss. Desde mediados del siglo XIX, donde aparecen en Gran Bretaña, hasta nuestros días se viene acentuando «la función social típica de las diversas modalidades del seguro de caución», transformando ciertas garantías reales, cuya constitución se debía a la ley o a un contrato, en garantías personales, con la doble ventaja de evitar costosas inmovilizaciones de dinero o títulos y de conseguir el mismo resultado al que se llegaría mediante la constitución de depósitos de garantía (cfr. EMBID IRUJO, *Seguro de caución, cit.*, La Ley 1986, p. 1064).

del acreedor, entendida como acto unilateral por el que se tiene la disponibilidad material de los bienes objeto de caución), propio de la caución real (87).

Estamos asistiendo tanto en el comercio interno como internacional a la traslación de muchos supuestos propios de una caución real al ámbito del seguro de caución. A este propósito se puede hablar de un fenómeno de sustitución en el plano de la naturaleza de la garantía: de la aportación directamente realizada por el deudor a través de la entrega de dinero o títulos, se pasa a una *garantía personal* asumida por una entidad aseguradora que emite una póliza de seguro (88).

Esta *finalidad de garantía*, propia del seguro de caución, ha sido objeto de controversia como hemos venido apuntando, discutiéndose también en el fondo la naturaleza aseguradora o no del mismo. Así, su proximidad funcional con la más característica de las garantías personales —la fianza— ha llevado a considerar esta figura por un importante sector doctrinal y jurisprudencial (en particular italiano) como un ejemplo específico de fianza, y no como una modalidad de contrato de seguro (89). Por otro lado, la discusión doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del seguro de caución se viene desarrollando aludiendo, paralelamente, al seguro de crédito, con el que aparece vinculado desde el origen.

A este respecto se ha podido percibir una clara diferencia entre ambas modalidades. Así el seguro de crédito se concluye para prevenir el riesgo de *insolvencia del deudor* y, consiguientemente, resarcir el daño producido por la pérdida definitiva del crédito; y como seguro de daños que es, éste cumple plenamente la función indemnizatoria. En el seguro de caución, sin embargo, el contrato se concluye para *prevenir* el riesgo del incumplimiento de una obligación, y cuya actualización en siniestro no permite hablar todavía de la producción del daño indemnizable. Se sostiene, en este sentido, que la prestación del asegurador tras el incumplimiento de la obligación por el tomador del seguro (deudor de la misma), no tiene el carácter de indemnización típico de los seguros de daños, sino que representa el cumplimiento de la obligación insatisfecha por el tomador del seguro. Para algunos esta cir-

(87) Cfr. RAVAZZONI, *La c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie, Le operazioni bancarie*, II, Milano 1978, pp. 1032 y ss.

(88) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 699 y ss. Este resume en dos grandes categorías la diversidad de supuestos que pueden dar lugar a la emisión de pólizas de seguros de caución: a) las pólizas suscritas por empresas que se comprometen a ejecutar obras o servicios a favor de la Administración Pública (las regula una disposición legal), o en favor de particulares para asegurar el cumplimiento de una obligación (tienen su origen en un contrato o en la ley); y b) las pólizas suscritas por funcionarios públicos con tareas relativas al tráfico económico, o por personas encargadas temporalmente de funciones públicas, cuya emisión se suele fundamentar en una disposición legal.

(89) Entre los sustentadores más sobresalientes de esta posición podemos citar a DONATI, FRAGALI, RAVAZZONI y FONT GALÁN.

cunstancia es de por sí concluyente para demostrar que la *causa* del seguro de caución no es la propia de los seguros de daños, sino que se identifica con la de la fianza, en cuya regulación ha de buscarse el régimen básico de aquél (90).

El negocio formalmente asegurador se intenta que responda a la función y finalidad con que se realiza la constitución de una caución real (91). En ésta se pone a disposición del acreedor un conjunto de bienes con los que éste puede satisfacer inmediatamente el daño producido por el incumplimiento de la obligación garantizada, mediante la entrega de la caución.

En el caso de las diferentes modalidades del seguro de caución, el mantenimiento del *sistema de autotutela* propio de la caución real exige la configuración de la estructura del seguro (y, en particular, en lo referente a la producción del siniestro) de una forma tal que la sustitución de la entrega de una caución real por la emisión de una póliza de seguro no lleve consigo una pérdida de eficacia protectora del acreedor en la segunda —esto es, como asegurado— frente a la primera.

Precisamente para evitar esa eventual mengua protectora, es frecuente que las diversas modalidades del seguro de caución estatuyan el deber, por parte de las empresas aseguradoras, de satisfacer al acreedor-asegurado la suma asegurada, tras la *simple declaración* por parte del asegurado indicando que se ha producido el siniestro. Éste viene a identificarse nominalmente con el incumplimiento de la obligación garantizada. En consecuencia se puede afirmar que la presencia de estas cláusulas (que configuran el seguro de caución, aparentemente, como un ejemplo de las *garantías a primer requerimiento o solicitud*) viene exigida primariamente por la *función* que el seguro de caución pretende cumplir, esto es, sustituir la constitución de una caución real (92).

2. Regulación legal.

En el ámbito del Derecho comparado el seguro de caución carece, por regla general, de regulación legal desde el punto de vista jurídico-

(90) Por todos puede verse EMBID IRUJO, *El seguro de caución, cit.*, pp. 1065 y ss., que sigue los razonamientos en este punto de DONATI, *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, III, Milano 1956.

(91) En este sentido afirma RAVAZZONI, a propósito de la caución realizada mediante la estipulación de una fianza, que mientras, la prestación de una caución consiste normalmente o bien en la entrega de una determinada suma de dinero o bien en el depósito de una específica cantidad de títulos de crédito o de mercancías, excepcionalmente, como en este caso, la caución puede aparecer reflejada en la instauración de una obligación fideiusoria (viniendo así a responder de un modo práctico a una evidente utilidad por parte del comerciante), *Assicurazioni*, 1959, I, pp. 276 y ss.

(92) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 700.

contractual, si bien suele ser considerado como un ramo o modalidad aseguradora en el ámbito de las diferentes normas sobre ordenación del seguro privado (93). Así pues, salvo excepciones muy particulares, la fuente decisiva de la ordenación del régimen jurídico del seguro de caución en el Derecho comparado es la autonomía de la voluntad, dentro de los límites generales que señale el ordenamiento y en el marco de la legislación específica de seguros (94).

En nuestro Derecho interno existe una semejanza con lo que acontece en el Derecho comparado. El Código de comercio de 1885 carecía de toda referencia al seguro de caución, lo que no impidió el desarrollo del mismo al amparo de la amplia libertad contractual existente en la materia (95). Así, una abundante legislación especial ha configurado definitivamente al seguro de caución como particular *forma de garantía*; en concreto, aquélla relacionada con la adjudicación y ejecución de obras públicas (96).

La vigente Ley de 8 de octubre de 1980 sobre Contrato de Seguro ha introducido, como ya hemos dicho, por vez primera en nuestro ordenamiento una norma en la que se recoge sucintamente el concepto y régimen jurídico del seguro de caución: el artículo 68, incluido en el Título II de la Ley relativo al seguro de daños y ocupando una sección específica (la sexta), desgajada del seguro de crédito.

Desarrollando la Ley se dictó la Resolución de la Dirección General de los Seguros de 17 de marzo de 1981 (ya mencionada), sobre adaptación de pólizas a la LCS, y en la que se incluyó un anexo quinto referido al régimen de una de las más características modalidades del seguro de caución, el seguro de garantía de los contratos de obra o suministro. Tal Resolución carecía de carácter vinculante, lo que no impidió su difusión de modo casi literal dentro del clausulado de numerosas pólizas emitidas en nuestro país, que siguen manteniendo en la actualidad, por la fuerza de la costumbre, el mismo contenido que antes. Así y todo, conviene apuntar que la susodicha Resolución ha sido objeto de derogación expresa por el Reglamento del Seguro privado de 1 de agosto de 1985 (97), por lo que la fuente del régimen jurídico de este seguro viene a ser, de nuevo, la autonomía de la voluntad de las partes, dentro de sus límites generales y de los derivados de la legislación de seguros.

(93) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 701.

(94) En el ámbito comunitario el seguro de caución aparece en la Directiva 73/239/CEE, relativa a las condiciones de acceso al estatuto de empresa aseguradora en los ramos no-vida, modificada por la Directiva 87/343/CEE, que suprime la prohibición originaria de acumular el seguro de caución con la gestión de otros ramos del seguro.

(95) Véase sino el derogado art. 385 del Código de comercio.

(96) En este sentido puede verse TIRADO SUÁREZ, *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial, Ley de Contrato de Seguro*, vol. II, p. 417 y ss.

(97) En la disposición derogatoria A, número 27.

Además de su vertiente jurídico-contractual, el seguro de caución constituye un ramo del seguro, según la clasificación de los ramos recogida en la Orden Ministerial de 29 de julio de 1982, cuya vigencia no ha sido afectada por la Ley de Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, ni por su Reglamento (98).

El estudio del régimen jurídico del seguro nos obliga a tener en cuenta que las pólizas emitidas por las compañías aseguradoras de nuestro país recogen, en su mayoría casi literalmente, el contenido de la ya derogada Resolución de la DG de Seguros de 17 de marzo de 1981, dictada en su día para el seguro en garantía de contrato de obra o suministro (99).

3. *El seguro de caución como seguro por cuenta ajena.*

El seguro de caución es, en sus distintas modalidades, un seguro por cuenta ajena. De tal forma que aquél que es deudor en la actualidad o va a serlo en un futuro inmediato contrata el seguro como tomador del mismo, en beneficio de su acreedor, considerado en el contrato como asegurado. Sin embargo, no parece que tal cosa sea necesaria, y cabría pensar razonablemente en que fuera el acreedor el que asegurase *directamente* su interés en el cumplimiento de la obligación de la que es titular (100). Sin embargo, las pólizas del ramo emitidas en España muestran un claro carácter de seguro por cuenta ajena (101).

(98) El artículo 10.2 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, se refiere al seguro de caución a propósito del capital social o fondo mutual del que han de disponer las entidades aseguradoras para poder llevarlo a cabo. El seguro de caución se incluye, a tal efecto, en el grupo segundo, en el que también se integran el seguro de crédito y aquellos seguros «en los que se cubra el riesgo de responsabilidad civil». No se lleva a efecto, en consecuencia, una auténtica especialización de entidades aseguradoras con relación al seguro de caución (EMBIJ IRUJO, *ob. cit.*, p. 1067).

(99) Nosotros hemos manejado en esta exposición las siguientes pólizas de la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.: contrato colectivo de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas (y de protección oficial); de seguro en garantía de licitación de contratos; de seguro de garantía de ejecución de contratos de obra o suministro; de seguro en garantía de las obligaciones contraídas con las autoridades aduaneras; de seguro de fianza a favor de la Administración.

(100) Según OLIVENCIA RUIZ, «en teoría, no se ve ningún obstáculo para que el acreedor concluya como tomador un contrato de seguro de caución en su propio beneficio y contra el riesgo de incumplimiento de su deudor» (*Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, vol. I., p. 880).

(101) Así lo suelen expresar, o bien el artículo 1.º de las pólizas referidas anteriormente, o bien el preámbulo de las mismas.

Es precisamente la presencia de tres sujetos la que pone de relieve, una vez más, la prestación de una garantía bajo forma de seguro. Tomador, asegurador y asegurado se corresponden, funcionalmente, con las figuras del afianzado, fiador y acreedor-beneficiario en un contrato de fianza como ya se ha hecho notar (102).

Como afirma el artículo 7 de la LCS en el seguro por cuenta ajena «las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquéllos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado», y, por otro lado, «los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado». Existe, en consecuencia, un *vínculo único* entre el asegurador, por un lado, y el tomador del seguro y el asegurado, por otro, lo que permite que, realizado el siniestro, el asegurado pueda reclamar *directamente* al asegurador el pago de la prestación convenida sin haberlo estipulado formalmente el contrato (103).

Por lo que respecta a la posibilidad de oponer excepciones por el asegurador frente a la reclamación del asegurado, se entiende que, en el seguro por cuenta ajena, el asegurador podrá oponer los hechos que han impedido la constitución válida del derecho exigido por el asegurado, lo han paralizado o lo han extinguido (104). También le serán oponibles al asegurado las excepciones que derivan del contrato de seguro. Ahora bien, en algunas pólizas encontramos cláusulas que permiten excluir la posibilidad de que el asegurador pueda oponer al asegurado la falta de pago de las primas por el tomador del seguro, a los fines, en concreto, de la rescisión del contrato o la suspensión de la cobertura (105).

Esta circunstancia ha servido para fundamentar nuevos argumentos contra la naturaleza aseguradora del seguro de caución, por cuanto se ha dicho que los mismos *contradicen* la estructura sinalagmática del contrato y los principios de la técnica aseguradora, que exigen el pago anticipado como presupuesto de la garantía (106). No obstante este criterio no sería definitivo, pues, si bien el impago de las primas se opone al *sinalagma funcional*, tal oposición no repugna a la naturaleza del contrato de seguro, por cuanto se mantiene el *sinalagma genético* entre

(102) O también con el ordenante, el garante y el beneficiario o en una garantía al modo del contrato puro de garantía del Derecho alemán o de la práctica del comercio internacional, como ya apuntamos en otro lugar.

(103) Cfr. GARCÍA LUENGO, *Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena*, RDM, 1983, pp. 26 y ss.

(104) Cfr. *Ibid.* anterior, p. 61 y ss.

(105) Así, por ejemplo, en el artículo 8 de las pólizas individual y global de afianzamiento de anticipos de viviendas.

(106) Cfr. DONATI, *Trattato, cit.*, p. 297; FONT GALÁN, *Natura e disciplina giuridica, cit.*, p. 239.

la asunción de una obligación de la empresa aseguradora subordinada a la verificación de un evento previsto en el contrato (107).

Conviene recordar que en el seguro de caución se realiza una valoración anticipada y bilateral del daño, utilizando en la contratación las pólizas tasadas o estimadas del art. 28 de la LCS. Esto supone que la prestación del asegurador es conocida con antelación y no es el resultado, como acontece en los seguros de daños, de una valoración objetiva del posible daño experimentado como consecuencia del incumplimiento de su obligación por el deudor-tomador del seguro. Por esta razón cabría deducir que el seguro de caución no tiene, en sentido estricto, un carácter *indemnizatorio*, a pesar de las expresiones empleadas en el artículo 68 de la LCS, tendentes si acaso a reforzar, cuando menos nominalmente, el carácter indemnizatorio —y, por tanto, asegurador— del seguro de caución (108).

4. *El riesgo en el seguro de caución.*

El riesgo prevenido en las diferentes modalidades del seguro de caución es el incumplimiento por el deudor-tomador del seguro de su obligación frente al acreedor-asegurado. La propia ley española así lo manifiesta cuando se refiere, en el mismo art. 68 LCS, al «incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del tomador». No precisó más la ley, y esta escueta consideración ha sido criticada por la doctrina más autorizada, que ha resaltado la pluralidad de significados del término *incumplimiento*, en particular si se contempla desde la perspectiva del deudor o del acreedor (109). En consecuencia, corresponde inexcusablemente a las pólizas determinar qué se entiende por riesgo, y precisar, en suma, cuándo se ha producido el incumplimiento; o lo que es lo mismo, cuándo se ha verificado el siniestro. Pero tampoco las pólizas han sido demasiado explícitas en este extremo. En líneas generales, puede observarse la exclusión de la fuerza mayor entre los riesgos asumidos por el asegurador, así como, en menor medida, de los llamados riesgos catastróficos.

(107) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 1068, que sigue el criterio, entre otros, de RAVAZZONI, *Fideiussione, cit.*, p. 274. Esta opinión parece válida en el Derecho español, pues la LCS permite en su art. 15 —norma de carácter dispositivo— el pacto que mantenga la validez del contrato de seguro ante el impago de la prima. Por otra parte, tal cláusula sería, además, más beneficiosa para el asegurado, pudiéndose afirmar su validez aunque el art. 15 no la hubiera permitido expresamente (mediante la posibilidad del pacto en contrario de lo que dispone el propio precepto), conforme a lo establecido en el art. 2 de la citada Ley (cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios, cit.*, vol. I, pp. 44 y ss).

(108) Cfr. OLIVENCIA RUIZ, *Comentarios, cit.*, p. 874; GARRIGUES, *Contrato, cit.*, p. 139.

(109) Cfr. FONT RIBAS, *Comentario a la Sentencia de 16 de febrero de 1983*, Cuadernos CJC, 1, 1983, p. 242; OLIVENCIA RUIZ, *Comentarios, cit.*, p. 876; GARRIGUES, *Contrato, cit.*, p. 350.

La exclusión de la cobertura de los riesgos catastróficos parece lógica a tenor de lo dispuesto en el art. 44 de la LCS (110), pero sorprende la exclusión de la fuerza mayor. Según algunos, tal exclusión puede entenderse si se la conecta a la acción de regreso que, con carácter general, tanto la Ley (artículo 68) como las pólizas, atribuyen al acreedor para reclamar del deudor todo pago efectuado al asegurado una vez que se ha producido el siniestro. Si se cubriera la fuerza mayor, parecería injusto reclamar del tomador la cantidad pagada al asegurado, por cuanto que el incumplimiento no era en absoluto imputable al deudor. Se agravaría de este modo, por el juego del mecanismo del seguro, la responsabilidad del deudor *ordinario* en el Derecho de obligaciones y contratos. Por lo tanto, siendo tal exclusión justificable, nos permite dudar de la consideración del seguro de caución como un auténtico seguro (111).

5. El siniestro en el seguro de caución.

a) Configuración jurídica del siniestro. Una cuestión que plantea nuevos problemas para la calificación de esta figura deriva del hecho de que con tales pólizas se pretende dar cobertura por el asegurador a la producción voluntaria, o cuando menos, negligente, del siniestro por el tomador del seguro. Si se repara en que el *riesgo asegurado* es el incumplimiento —sin ninguna matización— de la obligación del tomador frente al asegurado, y que del clausulado de las pólizas se excluye la fuerza mayor, se deducirá con sorpresa que pertenece a la esencia de este seguro la cobertura de un *hecho voluntario* como productor del siniestro. Esta circunstancia ha llevado a un amplio sector doctrinal a negar el carácter asegurador de esta figura, por entender que es inconciliable con la idea de aleatoriedad, típica del contrato de seguro (112). Sin embargo, otros, dentro de nuestra doctrina, matizan esta afirmación diciendo que bastará con que en el *momento de la formación del contrato de seguro* el riesgo se presente *incierto* para que se considere que existe el *alea* contractual (113).

(110) El art. 44 de la LCS dice: «El asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya precedido o no declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios, salvo pacto en contrario. No serán de aplicación al contrato de seguros contra daños por grandes riesgos, tal como se delimitan en la Ley de Ordenación del Seguro Privado, el mandato contenido en el artículo 2 de esta Ley».

(111) Por todos, EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 1069 y ss.

(112) En este sentido: DONATI, *Trattato, cit.*, III, p. 297; FRAGALI, *Fideiussione e assicurazione, cit.*, p. 140.

(113) En este sentido EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 1070, que sigue en este punto la opinión de SÁNCHEZ CALERO, *Validez de la cláusula de suicidio y carácter aleatorio del contrato de seguro*, Estudios Serrano, II, Valladolid 1966, pp. 434 y ss.

b) Determinación del siniestro. Salvo alguna excepción (114), la mayoría de las pólizas configuran la producción del siniestro sin conexión aparente al incumplimiento de la obligación por el deudor-tomador del seguro o, lo que parecería lógico dado el carácter *jurídico* del riesgo, a la prueba del mismo. En este sentido, la producción del siniestro se hace coincidir con la declaración del asegurado dirigida al asegurador requiriéndole el pago de la totalidad o parte de las sumas garantizadas, haciéndose depender así, de la libre apreciación del asegurado, la existencia del incumplimiento determinante del siniestro.

c) El deber de pago de la entidad aseguradora. Esta configuración tan peculiar de la producción del siniestro se completa con el establecimiento de un deber cuasi-automático de pago por parte del asegurador ante el simple requerimiento del asegurado. No se requiere en las pólizas de que tratamos ni la conformidad del tomador del seguro ni tampoco el hecho de que el requerimiento sea justificado. De todos modos la entidad aseguradora se obliga a hacer al asegurado que le requiera de pago «las reservas y objeciones que el contratante estime pertinentes tan pronto como éste las comunique a la compañía» (115). Esta cláusula parece referirse a la posibilidad de negarse al pago de la prestación cuando el incumplimiento sea debido a la realización de un riesgo no cubierto por la póliza, como lo es, en general, la fuerza mayor (116).

Si se prescinde de aquellas pólizas en que la prestación del asegurador parece subordinada a la apreciación objetiva del incumplimiento por el contratante del seguro, en el resto de las pólizas —la casi totalidad— se subordina la prestación del asegurador a la simple prestación del asegurado. La razón de ser de esta peculiar configuración del siniestro y consiguiente deber de pago del asegurador estriba en la finalidad que persigue el seguro de caución, esto es, cumplir una función *equivalente* a la de la caución real, en dinero o títulos. Si en ésta se permite una tutela inmediata del acreedor, que hace suyos los bienes entregados por el deudor eventual, en el seguro de caución el instrumento utilizado es la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera solicitud o demanda.

La irrupción de las entidades de seguros en el mercado de las garantías ha llevado a aquellas a configurar su prestación con arreglo a su

(114) Por ejemplo, las constituidas por las pólizas individual y global de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas (artículo 8).

(115) Cfr. art. 11 de las pólizas de licitación y ejecución de obras públicas; art. 12 de la ejecución de obra y suministro; art. 15 de la fianza a favor de la Administración.

(116) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 1072. «Entender lo contrario, y considerar que la aseguradora debe pagar *en todo caso*, supondría convertir el seguro de caución en España en una especie de las llamadas garantías a primera solicitud».

propia técnica organizativa y con utilización de términos e instituciones propios del Derecho de seguros, no necesariamente compatibles con figuras que carecen de las características propias de las diferentes modalidades del seguro de daños. Con razón se ha hablado en este sentido de *nostalgia aseguradora* (117).

La utilización de esta cláusula a primer requerimiento supone la exclusión de excepciones oponibles por la entidad aseguradora frente a la reclamación del asegurado. Se crea de este modo una pura disponibilidad económica en favor del asegurado, desconectando la obligación del asegurador de la relación garantizada.

6. *La acción de regreso del asegurador contra el tomador.*

El artículo 68 de la LCS dispone que «todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro». Esta acción de regreso, que no constituye un ejemplo de la subrogación establecida en el art. 43 de la Ley (118), se recoge también en las pólizas, y frente a ella las propias pólizas excluyen la oposición de excepciones por el tomador del seguro (119). Parece tratarse de una *acción propia* del asegurador, que nace de la responsabilidad del tomador por la causación voluntaria del siniestro (120).

Es precisamente el reconocimiento legal y convencional de la acción de regreso en favor del asegurador lo que ha llevado a la doctrina a negar el carácter asegurador a la figura de la caución, por cuanto no se puede hablar en este caso de *transferencia del riesgo* al asegurador, ya que éste puede recuperar siempre en vía de regreso la suma pagada (121).

(117) Cfr. FONT RIBAS, *ob. cit.*, pp. 243 y ss., que sigue a DONATI.

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

(119) Según EMBID «esta *renuncia* del tomador a oponer excepciones al asegurador se ha querido justificar aduciendo que el asegurador ha renunciado a todas las excepciones oponibles al asegurado. Pero ambas renunciaciones no son homogéneas, como parece querer FONT GALÁN (*Natura giuridica, cit.*, pp. 245-246), sino que, más bien, se deben a la diferente posición contractual del asegurador y del tomador, que permite descargar sobre éste último el peso patrimonial de la operación. No resulta lógico que el tomador no pueda oponer al asegurador las excepciones derivadas del contrato de seguro» (*ob. cit.*, p. 711).

(120) Cfr. GARRIGUES, *Contrato, cit.*, p. 352.

(121) En este sentido RAVAZZONI, *Fideiussione in luogo di cauzione*, Assicurazioni, 1959, I, pp. 271 y ss.

7. Naturaleza jurídica del seguro de caución.

En el examen de las pólizas del seguro de caución aparece siempre una finalidad común a todas ellas, que es la *finalidad de garantía*, sobre la que pivota gran parte de los problemas que aquí sugerimos. La entidad aseguradora se compromete a *garantizar* al asegurado el pago de una cantidad debida como caución por el tomador, sobre la base de una disposición legal o una cláusula de la relación contractual que le une con el asegurado, para el caso del incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente impuestas al tomador (122).

Es un seguro, como se ha hecho notar, de características muy singulares porque se parece y a su vez se diferencia de la fianza. Se parece porque el asegurador asume un papel semejante al del fiador en la relación básica de fianza, en la que el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste (art. 1838 CC); además la causa del seguro de caución se identifica con la de la fianza, por cuanto en este seguro la empresa aseguradora no se obliga a *resarcir* los daños hipotéticamente producidos por el incumplimiento, sino, más bien, a *cumplir* la obligación del tomador (123). Se diferencia principalmente en que, como sabemos, en este seguro intervienen tres elementos personales (tomador, asegurado y asegurador) (124).

Este seguro protege al acreedor contra el incumplimiento del deudor. A diferencia del contrato de crédito, el siniestro no consiste en la insolvencia del deudor sino en el mero incumplimiento suyo al no pagar. Se trata, en suma, de una diferencia en la entidad del riesgo: en el seguro de caución es un simple *incumplimiento*, pero no nos dice la Ley qué clase de incumplimiento puede ser éste, pues puede ocurrir que el incumplimiento no engendre responsabilidad alguna por el deudor, por haber mediado un caso fortuito o de fuerza mayor, que excluye toda indemnización según el 1905 del CC (125).

(122) Cfr. EMBIDI RUJO, *El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, La Ley 1986, p. 1074. Por su parte FONT GALÁN ya había puesto de relieve el carácter de accesoriedad —respecto al contrato principal— que tiene el negocio mediante el cual se presta la caución debida, y constata la necesidad de que este negocio tenga una tipicidad social idónea para prestar o constituir la caución, es decir, una función social típica de garantía (*ob. cit.*, p. 225 y ss.).

(123) Cfr. DONATI, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, t. III, Milano, 1956, pp. 296 y ss. El asegurador que paga en caso de incumplimiento en lugar del deudor principal resuelve una obligación *pari gradu*. Según DONATI en estos supuestos la naturaleza jurídica no depende de la denominación que puedan darle las partes, ni tampoco ésta puede mudarse según el contrato sea realizado por una compañía de seguros o por un banco, sino que depende de la *causa* del contrato. Con lo cual quedamos abocados a establecer una analogía entre ambas figuras jurídicas.

(124) Cfr. GARRIGUES, *ob. cit.*, p. 350.

(125) Es éste uno de los puntos donde se quiebra la teoría general del seguro como ya apuntamos. Según GARRIGUES «entre los distintos intereses que juegan en

Dentro del seguro de caución se garantiza el cumplimiento de una obligación del tomador, añadiendo un nuevo deudor (la empresa aseguradora) que se obliga en el mismo plano que el deudor inicial, esto es, solidariamente. Producido el siniestro, el asegurado se puede dirigir indistintamente contra la compañía o contra el tomador del seguro. De esta manera, la posición jurídica de la empresa aseguradora parece configurarse en las pólizas como la de un auténtico *fiador*, que no goza del beneficio de excusión —común en nuestro Derecho— y que se obliga en el mismo plano y condiciones que el deudor inicial (126).

En el seguro de caución, frente a otros seguros, el tomador y el asegurado son personas distintas. El tomador del seguro, una vez concluido el contrato, queda al margen de su desarrollo entre el asegurado y el asegurador. Pero no queda libre de responsabilidad, y esto es lo característico, por cuanto es el causante del siniestro garantizado consistente en el incumplimiento de sus propias obligaciones legales o contractuales.

Con todo se justifica la atribución, legal y convencional, al asegurador de una *acción de regreso* que difiere de la subrogatoria, y que tiende más bien a identificarse con la acción que nuestro CC otorga al fiador que paga por el deudor. Se trata de una *acción propia*, nacida de la responsabilidad del tomador del seguro, como deudor incumplidor de sus obligaciones y, en consecuencia, provocador del siniestro; acción que tiene un doble fundamento: a) impedir que el deudor culpable se libere de responsabilidad, tanto frente al acreedor pagado por el asegurador como frente al acreedor que recibió ese pago; y b) impedir que este deudor culpable, al verse liberado por el seguro, se enriquezca a costa de su acreedor, al que no ha pagado. Para evitar estas consecuencias, el inciso final del artículo 68 dispone que «todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro» (127).

Todo lo dicho nos permite confirmar el carácter del seguro de caución como una *auténtica garantía*, y esto al margen de su finalidad in-

este seguro, el art. 68 parece inclinarse al interés del acreedor, quien debe ser garantizado del daño sufrido por cualquier incumplimiento de su deudor, aunque fuese debido a caso fortuito. Creemos, sin embargo, que el daño que ha de reparar el asegurador ha de estar dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato, como se desprende del final del inciso primero del artículo» (*ob. cit.*, p. 351).

(126) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, anterior.

(127) Cfr. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid 1983, p. 351 y ss. Dice GARRIGUES que así nace esta extraña figura de un tomador del seguro, quien no sólo no adquiere ningún derecho en el contrato, sino que adquiere una responsabilidad fundada en este contrato. La acción de responsabilidad que la ley concede recuerda la acción del fiador que paga por el deudor. En el artículo 1838 del CC se concede al fiador que paga el derecho a ser indemnizado por el deudor y se declara cuáles son los conceptos que comprende esta indemnización (cantidad total de la deuda, intereses legales de ella, gastos ocasionados por el fiador y los demás daños y perjuicios cuando procedan).

demnizatoria. La *causa* del contrato, como hemos indicado, no es la correspondiente al seguro sino que muestra claramente su inclusión en el ámbito de las fianzas o avales emitidos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

El hecho de que la garantía sea prestada por una entidad aseguradora no permite alterar la naturaleza de la figura en atención a este dato subjetivo. En este sentido, y a pesar de un cierto renacimiento de las concepciones *empresariales* del contrato de seguro (128), la condición personal de una de las partes del contrato —la aseguradora—, no permite, salvo decisión expresa de la ley, modificar la calificación del contrato en atención a tal circunstancia.

Nos parece, en suma, acertada la opinión de aquellos que en presencia de una póliza de seguro de caución entienden que deben aplicarse las normas sobre la fianza, como figura más próxima a la causa del contrato concluido (129). Y ello sin perjuicio de que nos encontremos, en muchos casos, con formas de garantía autónoma que no se corresponden como ya vimos con los presupuestos de la regulación de la fianza (130). La presencia de ciertos elementos propiamente aseguradores en el contenido de las pólizas requerirá la aplicación a los mismos de las normas específicas del contrato de seguro, y, sin perjuicio, lógicamente, del sometimiento de las entidades aseguradoras a la normativa ordenadora del seguro privado vigente en nuestro país.

(128) Entre nosotros, VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, Valencia 1982, p. 544.

(129) Por ejemplo, EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 1076; FONT RIBAS, *ob. cit.*, p. 242; FONT GALÁN, *ob. cit.*, p. 217.

(130) A juicio de EMBID en estos casos nos encontramos ante un negocio de fianza en el que se han insertado cláusulas atípicas respecto del mismo, correspondientes al contrato de seguro. Esta combinación de cláusulas de los dos tipos, fianza y seguro —sobre la base de una función de garantía—, no permite que las modalidades del seguro de caución puedan ser consideradas ejemplos de la categoría de los contratos mixtos (aquéllos que tienen una *causa mixta*). El propósito empírico de las partes que suscriben una póliza de seguro de caución, en la que aparecen cláusulas de naturaleza aseguradora, no contradice, antes bien, es perfectamente conciliable con las características esenciales del tipo de la fianza. No cabe deducir de la instrumentación de la garantía en una póliza de seguro, y de la presencia en la misma de cláusulas típicamente aseguradoras, la creación de una figura contractual atípica, que no es reconducible al esquema general de la fianza. Considera EMBID admisibles para nuestro sistema las reflexiones expuestas por la doctrina y jurisprudencia italianas sobre la concepción de nuestra figura como un *sub-tipo innominado de fianza*. Desde este punto de vista debe aplicarse, a su juicio, la disciplina del contrato de seguro a aquellas cláusulas incluidas por las partes en la póliza del contrato con la finalidad de adaptar el mismo a las especiales necesidades que les han llevado a concluirlo, y que no sean reconducibles al esquema negocial de la fianza. Pero ello bien entendido que la aplicación de tal disciplina debe hacerse teniendo presente la *finalidad de garantía* —la causa de fianza, en suma— que el seguro de caución pretende conseguir (*ob. cit.*, pp. 1076 y ss.).

B. SEGURO DE CAUCION Y OBLIGACION FIDEIUSORIA.

Retomamos la Sentencia del TS de 14 de noviembre de 1989. La garantía prestada por la parte recurrente era un contrato de seguro por cuenta ajena en el que la aseguradora se obligaba a pagar a primer requerimiento del actor beneficiario. En ninguna fase del pleito ponen en duda el tribunal ni las partes que el punto de referencia de esta garantía sea la fianza. Ni tan siquiera se hace por el TS consideración alguna sobre la particularidad que podría prestar al supuesto la forma asegurativa. Esta cuestión, como se ha señalado, es de singular importancia pues pone sobre el tapete el problema relativo al sistema de tipos contractuales en nuestro ordenamiento jurídico (garantía personal atípica) y a las formas en que se haya de producir una correlación de estos tipos (131). Fianza y seguro son los dos tipos que ahora estudiamos interrelacionados, para tratar de llegar a un entendimiento sobre qué es la *obligación fideiusoria*, a la que ya hemos aludido en otro momento de esta exposición.

1. Fianza y seguro (el «contrato de seguro fideiusorio»).

La doctrina española dominante parte de un punto de vista distinto al tradicional, en el que imperaba una notable *rigidez* del tipo fideiusorio; no existía fianza sino seguro cuando el acreedor remuneraba al fiador, siendo esta remuneración la prima a pagar por la cobertura de un riesgo. Hoy, sin embargo, se piensa que el fiador remunerado por el acreedor o por el deudor puede estar realizando una *operación de seguro* y que, con todo, esta operación de seguro pertenece al tipo de fianza (132). Conforme a esto el contrato de seguro estaría creando a cargo de la aseguradora una *obligación accesoria* de la principal, siendo el objeto de la obligación asegurativa el mismo que el del contrato básico.

En la dirección apuntada se argumenta diciendo, en primer lugar, que no existe una causa asegurativa sino fideiusoria, por cuanto el *sinistro* no consiste en un daño en el patrimonio del asegurado, sino en el mero incumplimiento contractual; después, que no existe una fun-

(131) Lo plantea CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid 1991, pp. 104 y ss.

(132) No obstante a EMBID IRUJO no le parece plenamente identificable el concepto «privado» o «contractual» de seguro con las nociones de «actividad aseguradora» u «operación de seguro» que se utilizan en las normas relativas al estatuto de las empresas aseguradoras (*cf. ob. cit.*, p. 1074), frente a la opinión de OLIVENCIA RUIZ que identifica, con base en la expresión gramatical de la Ley, *operación con contrato de seguro* (*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Madrid 1988, vol. I, p. 153).

ción indemnizatoria, sino una función de cumplimiento mediante la creación de una obligación de refuerzo ; y, en último término, que falta la aleatoriedad, por cuanto el asegurador puede recuperar del tomador los pagos hechos (133).

La doctrina italiana ha elaborado profusamente desde hace años un trabajo sobre las llamadas *pólizas fideiusorias*, que no son más que obligaciones de garantía personal prestadas por entidades de seguro cuyo objeto es asegurar por vía subsidiaria el cumplimiento de una obligación ajena. El sector doctrinal que todavía pretende defender la independencia de este seguro (*assicurazione fideiussoria*) se encuentra actualmente en franco retroceso. Hoy en día la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria italianas parten, por el contrario, de una remisión más o menos explícita de estas pólizas a la figura de la fianza (su jurisprudencia habla de un *esquema jurídico fideiusorio*) (134).

Dentro ya de nuestra doctrina, admitida la autonomía del denominado *contrato autónomo de garantía*, se vienen haciendo dos consideraciones básicas en torno al binomio seguro-fianza: a) la existencia de una *obligación fideiusoria* es independiente de la forma en que haya de articularse la obligación del garante con la obligación del deudor principal; la obligación fideiusoria se cualifica por la circunstancia de que *alguien se obligue a cumplir por otro*, como establece el art. 1822 del CC; y b) respecto al contrato, no cabe duda de que el tomador del seguro (deudor) que paga la prima de este seguro de caución por cuenta ajena concierne un *contrato de seguro*, y no un contrato de fianza; ni tan siquiera un contrato de fianza en favor de tercero (135).

(133) No en vano habla CARRASCO de «contrato de seguro fideiusorio» para referirse a esta figura (*ob. cit.*, pp. 104 y ss.). Además de decirse que la caución no es un contrato de seguro aleatorio, se afirma que con carácter general puede ponerse en duda el carácter aleatorio del seguro. A su juicio todo seguro puede ser construido como un contrato oneroso creador de obligaciones recíprocas. El asegurador se obliga, antes que a la eventual indemnización, a la prestación de una cobertura de riesgos, y esta cobertura es ya un interés patrimonial para el asegurado; el contrato de seguro podría entonces construirse como un contrato de prestación de seguridad (*ob. cit.*, p. 107).

(134) La doctrina italiana ha utilizado diversas teorías con las que poder explicar o justificar esta relación de pertenencia o reciprocidad del seguro con el tipo fideiusorio. Para CARRASCO estas teorías serían esquemáticamente las siguientes: a) una forma de negocio jurídico indirecto (TAMBURRINO); b) un subtipo innominado de fianza (FRAGALI); c) una especie de contrato mixto (FUSARO); y d) una garantía estipulada en favor de tercero, perteneciente al género del contrato autónomo de garantía, con carácter atípico (LIPARI) (*ob. cit.*, p. 107 y ss.).

(135) También a CARRASCO le «resulta igualmente claro que la obligación del asegurador nace de un contrato de seguro, no de un contrato de fianza celebrado con el acreedor. Contrato de seguro sometido a las exigencias de forma y fondo de la LCS. La razón por la que la compañía pacta un seguro y no una fianza no deriva de estructuras intrínsecas de nuestro Derecho privado, sino de normas públicas imperativas. La Ley 33/1984, ordenadora del seguro privado, prohíbe a las empresas de seguro el ejercicio de actividades no basadas en la técnica y el otorgamiento de avales y garantías distintas a la actividad aseguradora (art. 3)» (*ob. cit.*, p. 110).

Con todo, lo que se viene a subrayar es la *naturaleza fideiusoria* de este tipo de operación aseguradora. Pero no como contrato de fianza —que ciertamente no existe—, sino como *obligación fideiusoria*. De este modo la obligación de pago derivada del contrato de seguro de caución es una obligación fideiusoria, cuya fuente no es un contrato de fianza; obligación fideiusoria que habrá de predicarse allí donde uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero, siendo el objeto de la obligación asumida el mismo que el de la obligación principal (arts. 1826, 1827.2 CC). Conforme a esto se entiende que pueda decirse que son aplicables en estos casos las normas de la fianza, salvo el beneficio de excusión; de la misma manera que ocurre con un contrato de fianza, también aquí podrán derogar convencionalmente las normas del CC que no resulten imperativas (136). No concuerda esta idea que aquí exponemos con alguna sentencia del TS, en la que no se tiene en cuenta que la *obligación* que resulta del *contrato* de seguro es una *obligación fideiusoria*; en este supuesto, sin embargo, para el Alto Tribunal el *tipo* contractual de seguro excluye los *efectos fideiusorios* de la obligación (Sentencia de 7 de abril de 1992) (137).

2. Fianza y seguro de caución.

La sentencia de 19 de mayo de 1990 consideró que existen *diferencias sustanciales* entre la fianza y el seguro de caución. Según ésta el

(136) Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 111 y ss. Según éste «no se puede decir que, a diferencia de la fianza (garantía accesoria), en el seguro no hay accesoriadad, siendo el incumplimiento del deudor una especie de condición de la que se hace depender el nacimiento del crédito contra el asegurador (según RAVAZZONI, *La fideiussione*, 1957, p. 130). Se puede jugar aquí con la anfibología de la expresión del art. 1822.1 («en caso de no hacerlo»). Esta expresión no debe entenderse en la fianza como delimitación de una obligación como subsidiaria. Otro tanto cabe decir del seguro. Ni el pago por el fiador ni por el asegurador pueden ser obligaciones «principales» sometidas a condición, porque el interés directo del beneficiario no está en esa obligación, sino en la principal. Contraponer «condicionalidad» y «accesoriadad» no tiene sentido si la obligación condicional está, como en la fianza, continuamente sometida a las eventualidades de la deuda principal. Y a mí me parece claro que el asegurador, en nuestro caso, puede apoyarse en los arts. 1824, 1847 y 1853, que definen el estatuto de la accesoriadad».

(137) Esta posición viene siendo criticada por CARRASCO PERERA para quien lo más reprochable de esta jurisprudencia conceptualista, que apela a las naturalezas jurídicas, se encuentra precisamente en la relajación de argumentos que propicia; y es que, a su juicio, el sentenciador se ahorra los costes de argumentar la no aplicación de una norma o de seleccionar entre varias en concurso, cuando se dispone del expediente fácil de cobijarse en la naturaleza jurídica de una cosa para eludir en bloque la aplicación de normas cuya exclusión requeriría una justificación más ponderada. De este modo, concluye, cabe el peligro de que se acabe metiendo por la ventana incontrolable de la analogía lo que se expulsó por la puerta de la naturaleza jurídica (cfr. CARRASCO PERERA, *Cuadernos CJC*, 1992, 29, 764, pp. 465 y ss).

fundamento de la diferencia estriba en que, en el seguro de caución, el garante no se obliga a cumplir por otro, sino a *resarcir* el daño causado por el incumplimiento del tomador (138).

Entre las muy diversas maneras en que el TS se ha referido a la caución no siempre ha adoptado una terminología unívoca y, por tanto, precisa. Así por ejemplo, en la sentencia citada se refiere a la misma como un *afianzamiento mediante aval prestado por las entidades aseguradoras* (139). Pero también las mismas compañías de seguros son oscuras a la hora de utilizar una terminología apropiada; así llegan a hablar de *aval caución* o simplemente de *aval prestado*.

Esta sentencia de 1990 no concuerda en parte con el razonamiento expuesto en la sentencia de 14 de noviembre de 1989, a la que ya hicimos referencia. Ahora ya no se nos habla, por vía del artículo 1255 del CC, del recurso a la atipicidad contractual (contrato atípico de garantía). Aquí la postura del juzgador es indubitable; para éste toda garantía personal prestada por una compañía de seguros se trata sin ambages de un seguro de caución. El factor relevante es ahora el *tipo contractual* elegido para hacer nacer la función de garantía. Especial atención en la configuración de la figura caucional se presta a la prohibición legal que pesa sobre las entidades aseguradoras de efectuar, entre otras, operaciones consistentes en «el otorgamiento de avales o garantías distintas de las propias de actividad aseguradora» (140). Mientras el TS en 1989

(138) «La diferencia entre el contrato de fianza y el contrato de seguro de caución, ya se considere éste como una figura de seguro autónoma al modo que lo hace el art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro, ya se considere como una modalidad del seguro de crédito, presenta ciertas dificultades nacidas de la *idéntica función de garantía* que cumplen ambos contratos, no obstante lo cual la mayoría de la doctrina, tanto civilista como mercantilista, se pronuncian por su neta separación; así, mientras la *fianza* es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, en el *seguro de caución* el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido, de donde se desprende que para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por él contraída es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo, se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras como el carácter accesorio de la fianza frente al de principal obligación del asegurador, se ponen de manifiesto en las definiciones que de uno y otro contrato se dan en nuestros textos legales, (...)» (Fundamento de Derecho 4.º, Sent. del TS de 19 de mayo de 1990).

(139) Cfr. Sentencia del TS de 19 de mayo de 1990, Fundamento de Derecho 1.º.

(140) Así lo esgrime la Sentencia del TS de 19 de mayo de 1990, Fundamento de Derecho 4.º, *in fine*, citando el art. 5,1,c) del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado de 1 de agosto de 1985 adaptado a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la CEE por Real Decreto 2021/1986, de 22 de agosto.

La Sentencia del TS de 5 de junio de 1992 se refiere a esta «peculiar manifestación de los seguros en nuestra legislación vigente» afirmando que «en el presente caso no se trata de un contrato de *fianza* aun cuando sea preciso reconocer que ciertos

no dio relevancia alguna al tipo contractual del que surge la causa de garantía, en 1990, al resaltar precisamente este extremo, se desdeña la típica función de garantía que indefectiblemente desempeña el seguro de caución (141). Esto en cuanto respecta a la distinción que viene haciendo la Sala 1ª del TS entre fianza y seguro de caución en estos últimos años.

A pesar de estos vaivenes un amplio sector doctrinal en nuestro país, dejándose notar el influjo de la sólida doctrina italiana, se viene inclinando por reconocer abiertamente al seguro de caución como una forma de garantía personal frente a su configuración asegurativa (142).

sectores doctrinales vienen procurando hacer ver o poner al menos de relieve sus semejanzas con dicho contrato, y ello, porque el citado art. 68 de la Ley 50/80 lo impide claramente (...) dado que: a) si cual se ha dicho el citado precepto otorga un amplio juego a la autonomía de la voluntad, aquí ésta ha quedado suficientemente reflejada en las tantas veces citada póliza de «seguros en garantía de ejecución de contrato de obra o suministro»; b) este tipo de pólizas constituye una de las muy diversas manifestaciones asegurativas que pueden realizar las Sociedades de este tipo que aparecen descritas en el art. 8 en relación con el 10 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado; c) a su vez es de llamar la atención el hecho de que en el art. 3, ap. c) de dicha Ley se comprende entre otras operaciones prohibidas a las entidades distintas de las propias de la actividad aseguradora, salvo que haya obtenido autorización del Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, de los Ministerios competentes» (Fundamento de Derecho 4.º).

Esta Sentencia de 1992 acoge acríticamente la *finalidad de garantía* que persigue en el tráfico jurídico el seguro de caución, sin ver en ello problema alguno para la calificación jurídica. A juicio de EMBID IRUJO hubiera sido conveniente prestar alguna atención al contenido específico de la póliza suscrita, tributaria, por lo demás, de lo preceptuado en el Anexo 5 de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981. De esta forma se hubiera comprobado, efectivamente, el juego de la autonomía de la voluntad, y, a su vez, el tratamiento concreto de muchas cuestiones necesariamente auentes de la disciplina legal (delimitación del riesgo, producción del siniestro, etc.). Por otra parte, el recurso que hace el TS a normas institucionales del seguro privado no termina de resultar plenamente convincente, según EMBID, dadas las finalidades específicas —y no del todo coincidentes con las normas propiamente contractuales— perseguidas por ellas. En suma, la respuesta jurisprudencial no es convincente, y ello porque además de constatar la inclusión de la caución en la LCS, hubiera sido conveniente indagar en el propio *concepto legal*, de un lado, y en la *concreta disciplina contractual*, de otro. Una vez que hemos aceptado que la *finalidad de garantía* —causa del contrato de caución, en sentido propio— nos aleja del esquema tradicional del seguro para insertarnos propiamente en el marco de las garantías personales, lo decisivo en esta materia está en valorar con exactitud la conmixtión en un solo negocio —el seguro de caución— de elementos pertenecientes al seguro y a la fianza o, en su caso, al contrato autónomo de garantía, cosa a la que no parece ser proclive nuestro TS (cfr. EMBID IRUJO, *Cuadernos CJC*, 1992, 29, 776, pp. 639 y ss.).

(141) Cfr. CARRASCO PERARA, *Cuadernos CJC* (23), p. 659.

(142) Las razones por las que se justificó en un primer momento, y particularmente en Italia, la naturaleza asegurativa de la caución eran sustantivamente éstas: a) la estructura empresarial del garante basada en la técnica actuarial de cobertura de riesgos; b) la onerosidad del contrato, por cuanto el garante cobra una prima por asumir el riesgo, a diferencia de la fianza; c) el garante no actúa “espontáneamente”, a diferencia del fiador; d) su obligación no resulta accesoria, sino principal.

Así podemos deducirlo cuando vemos que el asegurador no paga —a diferencia del seguro de crédito— el *daño* resultante de la insolvencia del deudor, sino, de modo subsidiario, el *interés de cumplimiento* del acreedor asegurado; además el *siniestro* es el propio *incumplimiento* de sus obligaciones legales o contractuales, y no el daño eventual que pudiera resultar del mismo. Con ello vemos cómo quedan en entredicho tanto el principio indemnizatorio como el principio de aleatoriedad típicos del contrato de seguro, puesto que la compañía no asume de forma definitiva el riesgo eventual del incumplimiento del deudor, toda vez que podrá reembolsarse de éste todo pago hecho al acreedor asegurado, tal y como previene el artículo 68 LCS en su apartado final (143).

Con todo hacemos nuestra la opinión de los que sostienen que dentro del seguro de caución ni la voluntad contractual ni la causa del contrato tienen un *carácter indemnizatorio*, sino que cumplen una *función de garantía* (también utiliza esta expresión el TS en la sentencia de 1990). O con otras palabras: la *causa de garantía*, como incompatible con los principios del seguro, sería en suma el criterio definitivo de asignación de la figura al régimen de la técnica fideiussoria. (144)

Por otro lado, la *impropiedad* terminológica del artículo 68, a la que nos hemos referido en otro lugar, se nos hace más patente cuando comparamos la semántica legal con el contenido ordinario de las pólizas. De este modo, el *siniestro* tan sólo equivale al «incumplimiento por el tomador de sus obligaciones garantizadas» (145), sin que sea necesario —en contra de lo que afirma en este caso el TS— que como consecuencia del mismo *incumplimiento* «se hayan producido *daños y perjuicios* al asegurado» (146). Pero es que además, en este ámbito, las pólizas a que nos referimos están configuradas de tal modo que el acreedor-asegurado queda habilitado para decidir *unilateralmente* cuándo se ha producido aquel incumplimiento, fijación unilateral que se hace coincidir precisamente con el *requerimiento* hecho al asegurador para que pague la totalidad o parte del capital asegurado, y que éste no puede discutir (147).

(143) Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 660.

(144) Una postura distinta es la que mantiene CAMACHO DE LOS RÍOS, en «El seguro de caución. Estudio crítico», Madrid 1994, pp. 143-145.

(145) Cfr., entre otros, art. 9 de la póliza del seguro en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro, art. 9 de la póliza del seguro de fianza a favor de la Administración, y art. 9 de la póliza de seguro en garantía de las obligaciones contraídas con las autoridades aduaneras. Hay que apuntar que estos artículos son una copia prácticamente textual del Anexo 5 de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981, sobre condiciones generales para pólizas.

(146) Cfr: Fundamento de Derecho 4.º, de la Sentencia del TS de 19 de mayo de 1990.

(147) Ya hemos apuntado que en estos casos no es necesario que el tomador muestre o no su conformidad ni detenerse a considerar si el requerimiento de pago es o no justificado, conforme a los arts. 11 y 12 del Anexo 5 de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981.

3. Las pólizas tasadas o estimadas.

A todo lo dicho habría que añadir además que el carácter formal del *siniestro* comporta que la valoración del interés en estos supuestos se realice *anticipadamente* a través de las pólizas estimadas, contempladas en el artículo 28 de la LCS (148). Estas pólizas permiten entender el principio indemnizatorio de una manera flexible, constituyendo posiblemente una peculiaridad en la aplicación de ese principio. Pólizas tasadas que no son más que el instrumento convencional de la indemnización, ya que a través de las mismas, asegurador y asegurado (o tomador en el caso de la caución, por ejemplo), acuerdan expresamente la atribución al *interés asegurado* de un determinado valor que será decisivo a la hora de fijar la indemnización derivada de la producción del siniestro (149).

El uso de la póliza estimada es útil por cuanto nos permite obtener una mayor seguridad en el desarrollo de la relación jurídica, además de ser un medio de prevención y simplificación de las controversias, en el caso de que éstas se presenten. Al fijarse en la póliza estimada el *valor del interés asegurado* , una vez producido el siniestro (*incumplimiento*), el asegurado queda liberado de la prueba de ese valor y, en definitiva, de la cuantía del daño (150).

Desde 1980 la Ley de Contrato de Seguro atribuye en su artículo 28 un valor sustantivo o negocial al acuerdo por el que las partes fijan convencionalmente el valor del interés en la póliza estimada, superándose así la mera dimensión procesal del problema, que estimaba que la valoración aceptada por el asegurador implicaba solamente

(148) El art. 28 LCS dice: «No obstante lo dispuesto en el art. 25, las partes, de común acuerdo, podrán fijar en la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato el valor del interés asegurado que habrá de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización. Se entenderá que la póliza es estimada cuando el asegurador y asegurado hayan aceptado expresamente en ella el valor asignado al interés asegurado. El asegurador únicamente podrá impugnar el valor estimado cuando su aceptación haya sido prestado por violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro fijado pericialmente».

(149) Cfr. EMBID IRUJO, *Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro* , La Ley 1990, p. 308. La póliza estimada, afirma EMBID, «puede conducirse, como es obvio, a que lo percibido por el asegurado exceda del valor real al tiempo del acaecimiento del siniestro; por tal razón, en el Derecho comparado es habitual permitir la reducción de tal suma cuando exceda notablemente del valor real del interés».

(150) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial* , tomo 24, vol. 1, *Ley de Contrato de Seguro* , Madrid 1990, pp. 374 y 378.

una *presunción de exactitud* que se traducía en la inversión de la carga de la prueba (151).

Las pólizas tasadas o estimadas vienen, de esta forma, a constituir un supuesto peculiar del principio indemnizatorio, de progresiva utilización en el sector del seguro y, en particular, en el seguro de caución. Este principio va hoy inseparablemente unido a la evolución del contrato de seguro y su significado actual y su vigencia en las diferentes modalidades del contrato vienen siendo objeto de profunda discusión en la doctrina y en la práctica (152).

4. Seguro de caución como obligación fideiusoria.

La contraposición mencionada entre fianza y seguro debe reconducirse a sus justos términos, puesto que nada nos impide sostener que a través de una *forma contractual asegurativa* —la del seguro de caución del art. 68 de la LCS— puede llegar a crearse, y de hecho se crea, una *obligación fideiusoria* (153). Fianza y seguro no son necesariamente dos figuras excluyentes, sino que pueden estar unidas por un *vínculo causal*. En este sentido lo corrobora una exégesis del 1822 del CC,

(151) Tal y como entendía GARRIGUES, en su *Contrato de seguro terrestre*, edición de 1973, p. 175. *Vid.*, también EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 308 y ss. «A la luz de lo expuesto, dice EMBID, la tasación del interés acordada expresamente por las partes no se limita a producir una mera inversión de la carga de la prueba (como parece pensar GARRIGUES en la interpretación del art. 28 LCS, *vid. Contrato de seguro terrestre*, 2.^a ed., *cit.*, p. 139), sino que *predetermina* el importe de la indemnización. Este principio decae, no obstante y como señala expresamente el párrafo tercero del art. 28, cuando la aceptación del asegurador «haya sido prestada por violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente». Obsérvese que el legislador no acepta sin más la impugnación del valor estimado por cualquiera de las partes con arreglo a las causas que vician la voluntad en la teoría general del negocio jurídico; se limita, más bien, a señalar las que hacen posible la oposición del asegurador (pueden verse al respecto las matizaciones de SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, *cit.*, pp. 378-379).

(152) *Cfr.* SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 355 y ss.

(153) *Cfr.* CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 661 y ss. Según éste «fianza y seguro no se sitúan al mismo nivel significativo de tipos contractuales concurrentes y, por ende, excluyentes». De lo contrario no habría más remedio, a su juicio, que dar la razón al TS y quitársela a quienes sostienen la naturaleza fideiusoria del seguro de caución. En efecto, «si la operación examinada responde al esquema causal del contrato de fianza, se trataría de una operación prohibida para las compañías de seguros», a la luz de lo prescrito en el art. 3 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984 (argumento que, como apuntamos, utiliza el TS en el Fund. Jur. 4.º de la Sentencia de 19 de mayo de 1990).

a cuya luz puede interpretarse el mismo tanto como una *obligación* como un *contrato de fianza* (154).

Con todo, la fianza puede ser habitualmente —y lo es en la mayoría de los casos— un *contrato* pactado entre el garante y el acreedor, contrato típico del que nace la obligación fideiusoria disciplinada en el CC. Pero además la fianza puede ser *una descripción de la obligación fideiusoria* del garante, cuya fuente no se encuentre en un contrato típico de garantía. Y esto es posible porque el término *fianza* en el Código civil viene siempre referido a una *concreta conducta debida* por el garante. En ningún caso se mencionan obligaciones del acreedor nacidas de un eventual contrato de fianza (los arts. 1833 y 1852 no contienen obligaciones del acreedor) (155).

En resumidas cuentas podemos concluir que el seguro de caución, sin ser un contrato de fianza como hemos visto, crea sin lugar a dudas una *obligación fideiusoria*, a pesar de los términos impropios con los que se expresa el artículo 68 de la LCS. No puede ser de otra forma, toda vez que tomador, acreedor-asegurado y asegurador están de acuerdo en que ese contrato se ha pactado para cubrir al acreedor del riesgo de incumplimiento del tomador del seguro. El seguro de caución realiza pues una *función de garantía* con una *caracterización causal* que en nuestro sistema —huyendo de la remisión a la atipicidad general del 1255 del CC— sólo puede venir referida a la fianza (civil o mercantil) (156).

(154) La raíz histórica de esta interpretación radica en el hecho de que el art. 1733 (precedente del actual art. 1822 CC) del proyecto de CC de 1851 caracterizaba precisamente a la fianza como «obligación de pagar por otro». Este predicado desapareció de la redacción actual del art. 1822 del CC, pero sin que por ello haya que suponer un cambio de criterio. Además es significativo, a favor de lo que decimos, que el encabezamiento del Título XIV del Libro IV del CC no habla de «contrato de fianza», en comparación con la referencia que se hace a los contratos de prenda e hipoteca en el 1857 del CC.

(155) *Cfr.* CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 663. Para éste, la aceptación de la fianza hecha por el garante en la fianza legal o judicial no es una aceptación contractual; tanto más cuanto la fianza legal resulta de una situación de hecho descrita por la ley, sin posibilidad de que la persona elegida por la norma pueda sustraerse a esta obligación fideiusoria.

(156) *Cfr. ibid.* anterior. Vale como referencia en esta materia lo dicho a propósito de la remisión al 1255 del CC con ocasión de las denominadas garantías personales atípicas.

III. ORIENTACIONES BIBLIOGRAFICAS

- ALONSO SANCHEZ, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988)*, en Anuario de Derecho Civil, 1989, 979 y ss.
- ALONSO SOTO, *Consideraciones sobre la noción de siniestro en la nueva Ley de Contrato de Seguro*, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, 199 y ss. *El seguro de la culpa*, Madrid 1977.
- ALONSO UREBA-BONARDELL LENZANO-GARCIA VILLAVERDE(COORD), *Nuevas entidades , figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990.
- ALVENTOSA DEL RIO, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada 1988.
- ARAMENDIA GURREA, *La llamada carta de confort y su problemática jurídica*, en DDBB, 1984, 779 y ss.
- BARRES BENLLOCH, *Seguro de caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?*, Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 52, 1993. *Régimen jurídico del Seguro de caución*, Pamplona 1996.
- BENATTI, *Voz Garanzia (Contrato autonomo di)*, en Novissimo Digesto Italiano, Appendice, vol. 8, Torino 1982, 918 y ss. (También en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1982, I, 171 y ss.).
- BLANCO CAMPAÑA, *Aval cambiario y aval como contrato de garantía*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1982, 677 y ss.
- BONELLI, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, en Diritto del Commercio internazionale, 1987, 127 y ss.
- BREHM, *L'assurance-cautionnement*, Winterthur 1960.
- CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid 1980.
- CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, 1989.
- CAMACHO DE LOS RIOS, *El Seguro de caución (Estudio crítico)*, Madrid 1994.
- CANARIS-HUECK, *Derecho de los títulos valor*, Barcelona 1988.
- CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid 1991.
Comentario a la Sentencia de 19 de mayo de 1990, en Cuadernos CJC, 23, 1990.
- CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona 1984
- CERDA OLMEDO, *El aval a primer requerimiento, Derecho de los negocios*, núm. 15, diciembre 1991.
Garantía independiente, Granada 1991.
- CLAVERIA GOSALBEZ, *Derecho del Seguro y Derecho Civil Patrimonial (Nota Crítica)*, en Anuario de Derecho Civil, 1105 y ss.
- COSSIO, *La fianza por deudas futuras. Interpretación a perspectivas del artículo 1825 del Código civil, Derecho de los negocios*, núm. 31, abril 1993.
- CREMADES, *Conferencias sobre Derecho Bancario Internacional*, Madrid 1985.
- CUADERNOS CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL, Sentencia de 11 de enero de 1983, Caffarena Laporta, 1, 1983.
Sentencia de 11 de junio de 1984, Galán Corona, 6, 1984.
Sentencia de 17 de junio de 1985, Delgado Echeverría, 8, 1985.
Sentencia de 16 de diciembre de 1985, López-Uriel, 10, 1986.
Sentencia de 21 de diciembre de 1987, Pérez Alvarez, 16, 1988.
Sentencia de 23 de marzo de 1988, Guilarte Zapatero, 16, 1988.
Sentencia de 16 de septiembre de 1988, Coca Payeras, 18, 1988.
Sentencia de 2 de diciembre de 1988, Guilarte Zapatero, 18, 1988.
Sentencia de 24 de enero de 1989, Alonso Pérez, 19, 1989.

- CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, *Derechos personales de garantía; aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, CJPJ, Madrid 1995.
- CUESTA RUTE, *Algunos aspectos de la accesoriadad del aval cambiario*, La Ley 1982.
- DE SIMONE, *Nel genus fideiussioni: la garanzia 'automatica' bancaria*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1977, I, 85 y ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, *La fianza*, en Elementos de Derecho Civil, II, vol.3, Barcelona 1986.
Comentario a la Sentencia de 11 de julio de 1983, en Cuadernos CJC, 3, 1983.
- DENOZZA, *Le garanzie fideiussorie*, en Nigro-Volpe Putzolu (a cura de), *Profili di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, Milano 1985, 162 y ss.
- DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri d'interpretazioni*, en Rivista di Diritto Civile, 1961, II, 490 y ss.
- DIAZ MORENO, *Aval o garantía a primera solicitud*, *Derecho de los Negocios*, núm. 31, 1993.
Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales, RDM, I, 1993, pp. 1551 y ss.
- DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid 1983.
- DONATI, *L'assicurazioni del credito*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1955, 37 y ss.
Tratato del Diritto delle assicurazioni private, Milano, 1956.
Natura giuridica delle c.d. polizze fideiussorie, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1957, II, 75 y ss.
- DONATI-VOLPE PUTZOLU, *Manuale di Diritto delle Assicurazioni Private*, Milano 1987.
- DUQUE DOMINGUEZ, *Las cartas de patrocinio*, en Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero, Madrid 1990.
- ECHENIQUE GORDILLO, *Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones*, en RDBB, 1982, 147 y ss.
- EMBIÓ IRUJO, *El seguro de caución, régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, La Ley, 1986, 1064 y ss.
Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro, La Ley, 1990, 307 y ss.
Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución, La Ley, 1990, 198 y ss.
- FEDUCI, *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980, París 1980.
- FERNANDEZ-ARMESTO, *Créditos documentarios con banco notificador y reglas y usos uniformes (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1984)*, en RDBB, 1985, 897 y ss.
- FERRI, *Garanzie bancarie da sodisfare a semplice richiesta*, en Rivista di Diritto Commerciale, 1988, II, 339 y ss.
- FONT GALAN, *Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni*, Assicurazioni, 1976, I, pp. 216 y ss.
- FONT RIBAS, Comentario a la Sentencia de 16 de febrero de 1983, en Cuadernos CJC, I, 1983.
- FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles 1966.
- FRAGALI, *Fideiussione e assicurazione*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1955, I, 135 y ss.
Voz Garanzia, en Enciclopedia del Diritto, tomo 18, Milano 1969, 447 y ss.
Voz Fideiussione, en Enciclopedia del Diritto, tomo 17, Milano 1968, 323 y ss.
La fideiussione generale, en Banca, Borsa e Titoli di Credito. 1971, I, 321 y ss.

- GALGANO, *Le garanzie personali*, en *Diritto Civile e Commerciale*, II, 2, Padova 1990.
- GAMBINO, *Fideiussione, fideiussio indemnitis e polizze fideiussorie*, en *Rivista Diritto Commerciale*, 1960, II, 57 y ss.
- GARCIA LUENGO, *Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1983, 7 y ss.
- GARCIA VILLAVARDE-BONARDELL LENZANO (COORD), *Contratos Bancarios*, Madrid 1992.
- GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid 1983.
Contratos bancarios, Madrid 1985.
- GILLIERON, *Les garanties personnelles en matière bancaire*, Genève 1958.
- GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris 1964.
- GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, artículos 1822 a 1866 del Código Civil*, tomo 23, Madrid 1990.
Comentario del Código Civil (arts. 1822 a 1856), Ministerio de Justicia, Madrid 1991, 1781 y ss.
- GULLON BALLESTEROS, *La promesa de hecho ajeno*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1964, 3 y ss.
Sobre el artículo 1844 del Código Civil, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid 1990, 1027 y ss.
- HERVAS CUARTERO, *Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 11, 1983, 579 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, *La causa en los contratos de garantía*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, 709 y ss.
- LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, en *Giustizia Civile*, 1986, II, 13322.
- MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, en *Dizionario del Diritto Privato*, Milano 1982.
- MAGGIOLO, *La natura degli obbligati nelle garanzie a prima richiesta*, en *Rivista di Diritto Privato*, 1990, II, 427 y ss.
- MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, tomo 12, Madrid 1973.
- MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ, *El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley, julio 1992.
- MARTORANO, *Voz Cauzione*, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo 6, Milano 1960.
- FONT GALAN, *Natura e disciplina giuridica delle polizze rilasciate dalle compagnie di assicurazioni*, en *Assicurazioni*, 1976, I, 216 y ss.
- MOLLE, *Fideiussione bancarie e assicurazione fideiussorie*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1953, I, 442 y ss.
- MONTES PENADES, *Observaciones sobre la aleatoriedad del Contrato de Seguro*, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, 155 y ss.
- MUNGARI, *Sulle garanzie cauzionali (contract bonds) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzioni di lavori all'estero*, en *Assicurazioni*, 1979, I, 47 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, *Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro*, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguros*, I, Madrid 1982.
- PADOVINI, *Contratto autonomo di garanzia e contratti standard*, en *Contratto e Impresa*, 1991, 125 y ss.
- PEREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona 1985.
- PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, *Comentarios al Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones de ENNECCERUS*, tomo 2, vol. 2, 2ª parte, Barcelona 1986.

- PORTALE, *Le operazione bancarie*, I y II, Milano 1978 (Coordinador).
El contrato autónomo de garantía (causalidad y abstracción en el «Garantievertrag»), en RDBB, 1990, 633 y ss.
Le garanzie bancarie internazionali, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1988, I, 1 y ss.
Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1985, I, 169 y ss.
- RASCIO, *Fideiussione omnibus*, en Dizionario del Diritto Privato, Milano 1980.
- RAVAZZONI, *Voz Fideiussione (Diritto Civile)*, en Novissimo Digesto Italiano, tomo 7, Torino 1957, 275 y ss.
La fideiussione generale, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1980, I, 257 y ss.
Fideiussione in luogo di cauzione, en Assicurazioni, I, 1959, 266 y ss.
Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie, en Le operazioni bancarie II, Milano 1978.
- REYES LOPEZ, *Fianza y nuevas modalidades de garantía (Análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentarios y Jurisprudencia)*, Valencia 1996.
- ROJO FERNANDEZ-RIO, *El aval*, en Estudios de la Ley Cambiaria y del Cheque, 1986.
- ROSSI, *Le garantie bancaire à première demande*, Lausanne 1990.
- SACERDOTI, *Aspetti delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano*, en Assicurazioni, 1956, I, 278 y ss.
- SANCHEZ CALERO Y TIRADO SUAREZ, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial, Ley de Contrato de Seguro*, tomo 24, vol.I,II y III, Madrid 1985, 1990.
- SANCHEZ CALERO, *Validez de la cláusula de suicidio y carácter aleatorio del contrato de seguro*, en Estudios de Derecho Público y Privado, Estudios Serrano, II, Valladolid 1966.
- SANCHEZ GUILARTE, *Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1984, 51 y ss., y 587 y ss.
Letra de cambio incompleta: transformación del aval cambiario en una «garantía personal atípica», en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1985, 173 y ss.
Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio (Comentario a la sent. de 18 de octubre de 1984 de la AT de Madrid), en RDBB, 1985, 871 y ss.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías a primera demanda*, en Contratos Bancarios, Madrid 1992.
- SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano 1988.
- SANTOS, *El contrato bancario*, Bilbao 1972.
- SCYBOZ, *Le contrat de garantie et cautionnement*, Fribourg 1979.
- SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova 1988.
- SIMMLER, *Le cautionnement*, París 1982.
- STOLFI, *Natura giuridica dell'assicurazioni cauzioni*, en Assicurazioni, 1958, I, 61 y ss.
- TAPIA HERMIDA, *Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del crédito documentario. El deber del banco emisor de examinar los documentos*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1989, 612 y ss.
- TIRADO SUAREZ, Apéndice a la edición española de *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, de BASTIN, 651 y ss.
Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros, en Contratos Bancarios, Madrid 1992.
- TOMMASEO, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta*, en Rivista di Diritto Civile, 1992, II, 143 y ss.

URIA, *Derecho Mercantil*, Madrid 1992.

VALCAVI, *Sulla fideiussione bancaria ed i suoi limiti*, en II Foro Italiano, febrero 1990, 558 y ss.

VERDERA Y TUELLS (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I y II, Madrid 1992.

Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado, I y II, Madrid 1988.

VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I y II, Barcelona 1990.

VOLPE PUTZOLU, *Garanzie fideiussorie e attività assicurative*, en *Assicurazioni*, 1981, I, 1981, 493 y ss.

WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire*, Paris 1964.

