

# La causa en los contratos de garantía

SUMARIO: I. *La causa*: 1. La causa del contrato: a) Moralidad; b) Función o tipo; c) Intercambio o liberalidad; d) Base del negocio; e) Veracidad; f) Causa y contenido.—2. La causa en los contratos onerosos y en los gratuitos.—3. La causa de la obligación.—4. La causa de la atribución.—5. Recapitulación.—II. *Los contratos de garantía*: 1. En general: a) Fianza; b) Garantía real.—2. La garantía prestada por tercero.—III. *Causa del contrato y causa de la obligación en la prestación de garantía*: 1. Identificación de la causa en los contratos de garantía: a) La causa como denominador común del tipo; b) La causa como regulación de la licitud y la persistencia del contrato.—2. Causa de la obligación o de la atribución en garantía: a) Prestación de garantía por el propio deudor; b) Aseguramiento real o personal constituido por persona distinta del deudor: a') Garantía justificada por la relación entre garante y deudor; a'') Relación deudor-garante; b'') Relación garante-acreedor; c'') La relación acreedor-deudor; b') Garantía justificada por la relación entre garante y acreedor.—IV. *Abstracción de causa y contrato de garantía*: 1. Doctrina y jurisprudencia.—2. Abstracción y externidad de la causa.—V. *Onerosidad y gratuidad en la constitución de garantía*: 1. Doctrina y jurisprudencia.—2. Constitución de garantía por el propio deudor.—3. Constitución de la garantía por tercero: a) Garantía contemporánea; b) Garantía ulterior.—4. La cancelación de garantías.—5. Matización deducida del artículo 1.843 del Código Civil: a) Explicación del precepto; b) Aplicación de los principios que inspiran el artículo 1.843 al tema de la onerosidad o gratuidad de la constitución en garantía.

## I. LA CAUSA

El Código Civil se refiere en diversos lugares a tres distintos conceptos de la causa: a) causa del contrato; b) causa de la obligación, y c) causa de la atribución.

### 1. LA CAUSA DEL CONTRATO

El epígrafe de la sección tercera del título II, libro IV, del C. C. reza «de la causa de los contratos». Según esto, cada contrato tendría una

*causa*. Así también el artículo 1.262, al exigir que el consentimiento de ambos contratantes, es decir, «el concurso de la oferta y de la aceptación», recaiga, además de sobre el objeto, sobre la «causa que ha de constituir el contrato». Esta causa es—explica el art. 1.274—«en los contratos onerosos... para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte... y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

Ahora bien: si examinamos las reglas generales del contrato—y, en su caso, las del negocio jurídico—en el C. C. alemán o en el suizo, observaremos que ni entre los requisitos del contrato ni entre sus elementos se menciona éste de la causa. ¿Es que hay dos distintos conceptos del contrato, uno para los Derechos alemán y suizo, como acuerdo de consentimientos sobre un objeto, y otro en los ordenamientos latinos, incluyendo esa exigencia adicional de la causa?

a) *Moralidad*.—La idea de que el contrato debe tener una *causa* procede, en la doctrina del Derecho común medieval, de los canonistas, quienes, al salir del sistema romano de *numerus clausus* de contratos y reconocer la eficacia vinculante de los *nuda pacta*, introducen a la vez la idea de que cualquier negocio de obligación, para su efectividad, requiere algo más que el simple intercambio de consentimientos. El contrato no vincula sino cuando reúne condiciones de veracidad y moralidad, es decir, si recae sobre una operación jurídica verdadera y viene impulsado por motivos honestos: si la operación es simulada, las partes no han querido contratar; si la finalidad del contrato es inconfesable, las partes no hubieran debido contratar.

Estas condiciones de veracidad y moralidad no suponen un elemento del contrato distinto del consentimiento o el objeto, sino, respectivamente, la realidad de aquél—sobre la que vuelvo *infra*, apartado e)—, o la licitud del contenido, como en cualquier negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*.

En particular, el concepto de *causa ilícita* se relaciona, no con un nuevo requisito autónomo del contrato, sino con los motivos individuales de los contratantes. Esto es evidente en las donaciones, en las cuales la ilicitud o la inmoralidad no podrían alcanzar sino a los móviles del donante, y no a la intención liberal considerada abstractamente, pero también vale para los negocios onerosos, pues el intercambio de prestaciones entre sí, o la función económica del contrato, teniendo un objeto permitido sólo pueden ser ilícitos a causa de la torcida intención de los contratantes, que viciará el contrato íntegro cuando sea común o compartida.

En tal plano se sitúa el artículo 1.275 al decir que *los contratos... con causa ilícita no producen efecto alguno*: al menos la causa ilícita su-

pone un análisis de la intención personal del acreedor y el obligado. Lo que viene a decir el artículo es que el propósito con que las partes concluyen el acuerdo y contraen obligaciones no puede ser opuesto a las leyes o la moral.

Por su parte la jurisprudencia habla de *ilicitud de la causa* refiriéndose a aquellas connotaciones de la voluntad cuya presencia califica el querer de las partes en relación a un negocio concreto. Estas contratan para alcanzar ciertos objetivos, movidas por la representación de un específico resultado, y esa motivación cae bajo la censura del ordenamiento, que reclama la honestidad, no ya sólo del tipo o del objeto, sino de las circunstancias cuya concurrencia contemplan las partes como un presupuesto de la manifestación de su voluntad.

O sea: cuando pretende emitir juicio sobre la validez moral del negocio, la jurisprudencia conceptúa a tales circunstancias como causa, y siendo el juicio negativo, las califica de *causa ilícita*, aun no siendo sino simples motivos, ajenos a las definiciones del artículo 1.274.

La causa no es aquí, como se ve, propiamente un requisito: motivación, la tiene todo acto humano, y lo que exige es la *licitud* de ésta, en una cierta medida y hasta unos ciertos límites. A aquella parte de los motivos en cuyo análisis entra el juez para determinar la licitud o ilicitud del contrato les llama también el C. C. causa (o al motivo subjetivo de la disposición a causa de muerte: art. 767), aunque evidentemente no por ello pierden su carácter de motivos ni se crea un nuevo requisito del contrato, el negocio, la atribución o la declaración de voluntad.

La doctrina se preocupa, en relación al motivo ilícito, de los órdenes de problemas: de una parte, cuál sea el nivel de importancia y de principalidad requerido para que el motivo deba ser apreciado a los efectos de determinar la licitud del contrato, esto es, para que asuma la veste de *causa*; de otra, cuál sea el grado de conocimiento o cooperación de la contraparte preciso para que el motivo se eleve a causa. Problemas cuya solución es innecesaria a los efectos del presente trabajo.

b) *Función o tipo*.—Parte de la doctrina moderna relaciona la *causa* asimismo con el contenido del contrato, pero desde otro punto de vista muy distinto del de su moralidad, y esta vez objetivo: el de la función o finalidad práctica del tipo contractual, que valdría—y cuya suficiencia sería indispensable—para justificar la protección que le concede el ordenamiento. Un acuerdo de voluntades—explican algunos autores—sólo vale como contrato cuando la función práctica es tal que justifica la tutela del Derecho. El Derecho no concede su protección a caprichos, o a fines de reducida proyección social, sino sólo a funciones que la merecen

por su trascendencia. Así como el ordenamiento no transforma en derecho subjetivo todos los intereses, así tampoco transforma en negocio jurídico todos los acuerdos, aunque persigan un fin no reprobado por la ley o la moral. Pero los contratantes pueden querer cualquier combinación no prohibida, y en un sistema de libertad de contratar cualquier acuerdo seriamente querido vincula a las partes si versa sobre prestaciones posibles y lícitas; sin que la trascendencia o el grado de seriedad de *lo querido*, no de la voluntad de las partes, actúe como límite de la eficacia jurídica vinculante del convenio.

c) *Intercambio o liberalidad*.—También señalaron los canonistas otro aspecto en el contrato que la doctrina moderna relaciona con el requisito de la causa, a saber, la presencia de una finalidad que en los contratos bilaterales se ha de alcanzar por ambas partes: por cada una a consecuencia de la prestación de la otra. No prestando una, la finalidad del contrato no se alcanza por la otra. O sea: no se exige que el contrato tenga una finalidad, pues en cuanto acto humano no podría dejar de tenerla, sino que aquélla se realice.

La exigencia de *causa* representa entonces el imperativo legal de que cada parte, en el contrato sinalagmático, no quede decepcionada por la promesa de la otra que carece de contenido o no se puede cumplir; los canonistas, así, estructuraron el requisito en cuestión extendiendo su influencia a la fase de cumplimiento del contrato: ninguna de las partes viene obligada a ejecutar lo convenido si la otra rehúsa pagar su deuda. Punto de vista que se prolonga hasta los artículos 1.100 *in fine* y 1.124 de nuestro C. C. Pero entonces la «finalidad objetiva» del contrato (cuya representación subjetiva impulsó a los contratantes a adoptar aquella figura y vincularse en el *do ut des* correspondiente) no es sino el plan de intercambio: la regulación de intereses que el consentimiento va a poner en vigor. Es el contrato mismo, e identificar tal finalidad con la causa exigida por el artículo 1.261, 3.º, equivale a decir que «no hay contrato sino cuando concurre como requisito... el contrato». Es por esto —repito—por lo que no se nota la falta del requisito de la *causa* en los Derechos alemán o suizo.

En otras palabras: el papel atribuido en este planteamiento a la causa, de custodio de la íntegra realización de las prestaciones pactadas.

a') Desborda las posibilidades de este elemento, establecido por el Código Covil como presupuesto de la existencia del contrato creador de obligaciones, y por tanto del nacimiento de éstas. Una vez nacida la obligación, los presupuestos de su nacimiento dejan de existir como tales: ya no hace falta que los contratantes sigan siendo capaces o que persista su voluntad. El aniquilamiento del objeto de la prestación debida

podrá, en ciertos casos, extinguir la deuda, pero no evitará que haya nacido y existido; la ulterior extinción de la deuda obedece a una circunstancia de hecho que determina aquel resultado en virtud no de una norma relativa a los contratos, sino de las reglas generales de la imposibilidad de prestar en cualquier género de obligaciones.

b') El mutuo condicionamiento de las prestaciones es algo que forma ya parte del contenido del contrato por voluntad de las partes y de la ley, sin necesidad de recurrir a un nuevo requisito (que entonces lo sería sólo del contrato sinalagmático). Para que, faltando la prestación de la contraparte, mi obligación quede inexigible o pueda yo repetir el pago ya realizado, no necesito razonamiento distinto de la referencia a lo convenido: mi deuda la he contraído precisamente *a cambio* de la correspondiente y no en otro caso, quedando descargado de ella en virtud del principio *pacta sunt servanda* si no cobro mi crédito.

d) *Base del negocio*.—En las concepciones subjetivas de la causa se suele considerar a ésta como un motivo, pero—paradójicamente—cualificado por cierta objetividad. En el complejo de representaciones que impulsaban a celebrar un negocio hay—se dice—un motivo técnico, propio del acto, amén de otros atípicos o personales del otorgante. Desde el momento en que la función del negocio determina al individuo a elegirlo para llegar al fin deseado, la representación de aquélla en la mente del sujeto constituye un *motivo*, aunque ciertamente el último: motivo típico, despojado de cualesquiera particularidades o contingencias individuales, común a los que celebran el negocio. En tal sentido lo califica la jurisprudencia de «razón esencial del contrato», frente a las «razones particulares de un contratante que no afectan al otro».

Claro que, como he observado antes, no cabría exigir al contrato el requisito de una *razón esencial*, que tiene por definición, ni tampoco es un elemento independiente del consentimiento la coincidencia de la voluntad de las partes en esa razón, es decir, en el contenido típico del contrato.

En cambio, en algunos contratos singulares constituyen un elemento peculiar ciertas razones personales—distintas para cada contrato, y por tanto diversas de la «razón esencial» del tipo contractual—, que no se limitan a uno de los contratantes. Así, en la doctrina y la jurisprudencia la presencia de un motivo subjetivo determinante compartido por ambas partes se califica a veces como *causa* a efectos de hacer depender de su realización o su realidad (según se proyecte para el futuro o se presuponga para el pasado) la eficacia o la validez del contrato. El requisito tampoco es, entonces, el motivo, sino su efectividad. Cuando ésta falla nos hallamos—se dice—ante un contrato *sin causa*, en el sentido del

artículo 1.275, es decir, uno en el que no se realizan las previsiones y finalidades subjetivas que las partes han entendido concordemente constituir en presupuesto de su existencia. Ejemplo de esto pueden ser los llamados «casos de la coronación» (alquiler de piso o balcón para ver pasar el cortejo de la coronación, que luego va por otra calle o en día distinto del señalado en el alquiler). O bien, los contratantes tienen por cierto que en determinado lugar y época va a tener lugar una feria, y en atención a ese hecho pactan el arriendo de un local, pero al final la feria no se celebra.

Desde luego, cuando las partes presuponen esencialmente para el negocio de común acuerdo cierto hecho o circunstancia, tal base común será, como la condición, determinante para aquel negocio. Ahora bien: la no realización de los presupuestos comunes difícilmente podría configurarse como «falta de causa» si se tiene en cuenta que, a tenor del artículo 1.275, el contrato sin causa «no produce efecto alguno». No es un contrato simplemente defectuoso, pero en el que concurren «los requisitos que expresa el artículo 1.261», de modo que sea impugnabile con arreglo al artículo 1.300, sino uno de aquellos en los cuales, según el artículo 1.261 del Código Civil, «no hay contrato». De ahí que sea preferible contemplar la no realidad actual o realización futura de los presupuestos comunes de las partes, como en el Derecho alemán, bien desde la perspectiva del error en los motivos, bien en relación con el régimen de las condiciones suspensivas o resolutorias. Serían más bien, en nuestro ordenamiento, contratos con *causa falsa*, tal como debe comprenderse esta expresión en el artículo 1.726, y por tanto contratos simplemente impugnables, según acredita el artículo 1.301 al señalar plazo cuatrienal de prescripción a los supuestos de «falsedad de la causa», el cual se cuenta «desde la consumación del contrato». Mas, sea la nulidad o la anulabilidad el resultado de su ausencia o no realización, no nos hallamos aquí ante un requisito habitual de los contratos, sino ante el específico planteamiento que algunas veces las partes dan a un contrato y al cual hay que atender entonces en homenaje a la voluntad de aquéllas: cuestión de consentimiento, pues, que se presta con error sobre la existencia o realización de alguno de los elementos y presupuestos que las partes consideran esenciales al negocio. Por ejemplo: yo he prometido pagar cierta suma porque creía estar moralmente obligado a satisfacerla; mi compromiso será nulo por falta de causa si esta obligación no existía. O bien, como en el caso de la Sentencia de 11 de abril de 1912, el comprador adquiere la finca porque le hacen creer que en ella existen grandes manantiales de agua mineral, contra la realidad.

e) *Veracidad*.—El concepto de *sin causa* se aplica, entonces, a la falta de veracidad del tipo contractual aparente: al contrato simulado.

Contrato *sin causa* en el artículo 1.275 o en el 1.261 no es el celebrado sin ninguna finalidad; ni tampoco—por ser materia del artículo 1.276: *causa falsa*—aquel en el cual falla la creencia subjetiva de las partes en la presencia de ciertos presupuestos; ni, finalmente, aquel en el cual no se cumple la promesa hecha, pues entonces el contrato habría empezado a existir y surtir efectos. «Sin causa», en sentido amplio, se consideran aquellos contratos en los cuales faltan el consentimiento o el objeto precisamente por obra de la voluntad de las partes que pretenden crear una apariencia de negocio (simulación): al defecto de verdadero contrato se le llama, innecesariamente (pues faltan los otros requisitos del art. 1.261) *falta de causa*. Por ejemplo, cuando en una venta no hay precio real, es claro que falta la venta misma, por defecto de voluntad y de objeto: no se trata, pues, de la ausencia de un requisito nuevo e independiente de ellos.

f) *Causa y contenido*.—Conclusivamente podemos decir que el contrato no tiene una *causa* sino un *contenido* lícito de presupuestos, condiciones, derechos y deberes válidos (con «causa»), sobre el cual recae la voluntad de las partes. Es a este contenido al que se refiere el artículo 1.275 del Código Civil al requerir la licitud de la *causa* (comprendiendo aquí en esta palabra las estipulaciones y motivaciones relevantes); y asimismo el artículo 1.262 cuando exige «el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la *causa* que han de constituir el contrato»: las partes han de estar de acuerdo, tanto sobre las cosas o servicios que van a constituir el objeto de la prestación (su clase, calidad y cantidad, tiempo y lugar, etc.), como sobre el género de transacción que pretenden concluir: transmisión de la propiedad o del uso o prestación de servicios, percibiendo o no un corresponsivo, siempre o en tal o cual evento, con esta o la otra función, etc. Acuerdo, pues, sobre el contenido y función del contrato que se celebra, optando por un tipo conocido, modificado o no, regulando uno nuevo.

## 2. LA CAUSA EN LOS CONTRATOS ONEROSOS Y EN LOS GRATUITOS

Según el artículo 1.274, *en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*.

Como se ve, mientras en los contratos onerosos la obligación de cada parte tiene por causa la de la otra, o, en general, la ventaja que espera obtener del contrato; en los a título gratuito ha sido preciso buscar la causa en otro ámbito: DOMAT ya había señalado que podía estar en «cual-

quier motivo razonable y justo, como un servicio prestado o cualquier otro mérito del donatario», pero como había añadido que ese motivo podía ser «el solo placer de hacer el bien», la doctrina concluyó que la causa del contrato a título gratuito es la intención liberal, y así lo admite luego el proyecto isabelino.

Es visible en el artículo 1.274 la disparidad entre las dos causas, onerosa y gratuita: la una, propia sobre todo del contrato sinalagmático, consiste en un elemento objetivo, como es el intercambio de prestaciones; en tanto que la causa de la donación es puramente subjetiva. Además, la causa atribuida por el artículo 1.274 a los contratos onerosos no parece abarcar aquellos en los cuales la obligación incumbe sólo a una de las partes, como, por ejemplo, el préstamo a interés (en él, sólo el prestatario queda obligado, al pago del principal e intereses); mientras ofrece dificultades la aplicación del concepto legal de causa de la liberalidad a los contratos gratuitos distintos de la donación: en un depósito, por ejemplo, la mera generosidad del depositario explica la gratuidad del contrato, pero no la obligación de aquél de restituir la cosa depositada o la de abonar el deponente los gastos causados por ella.

a) Comencemos por estos segundos. En ellos vemos cómo han de separarse, de un lado la gratuidad, y de otro, el contenido. El contenido del contrato de depósito no consiste en ser gratuita la prestación, sino en la naturaleza de ésta: la custodia. Dígase lo mismo de un mandato o préstamo: no cabe negar que la realización de los servicios o prestaciones se halla, en ellos, dentro de la finalidad objetiva del contrato, y sin embargo está fuera de lo que el artículo 1.274 define como causa del contrato gratuito. Igualmente en el mutuo, la restitución de la cantidad, como la de la cosa arrendada o comodada, carece de significado en orden a la onerosidad o gratuidad del contrato, yendo implícita en lo que es contenido del mismo, esto es, el uso de la cosa. La restitución no es, exactamente, una prestación *a cambio* de otra de la contraparte, ni menos un regalo, sino un límite puesto a la gratificación del prestamista. De donde se deduce que la *causa* del artículo 1.274 no es una representación esquemática de la esencia de cada contrato, ni se relaciona directamente con su función o estructura, sino que clasifica los contratos apreciando de modo exclusivo si se da o no la relación de intercambio de prestaciones. La presencia de éste, sin más, distingue a los contratos onerosos; y faltando, el contrato es gratuito.

Pasando ahora al problema del mutuo a interés, un análisis más profundo revela la presencia, en él, de un intercambio de prestaciones y, por tanto de una *causa* para cada parte contratante consistente en lo dado o lo prometido por la otra. No importa que tal mutuo se haya iniciado con la entrega de la cantidad prestada y, por tanto aparentemente las

obligaciones no nazcan sino para una de las partes. Aparte de que ello no es totalmente exacto, pues el prestamista siempre sigue obligado a responder del buen cumplimiento (imaginemos que entregó un billete falso o la cantidad pudo ser reivindicada por su verdadero propietario), para la onerosidad basta que haya cambio del uso (consumo, con ulterior restitución) de la cosa, por un precio. Este ejemplo pone asimismo de manifiesto cómo la onerosidad no depende estrictamente de la adecuación del precio a la cotización del mercado, pues tal contrato oneroso es un préstamo al tres como al doce por ciento.

b) Frente a los contratos onerosos se halla la donación, cuya causa, según el artículo 1.274, es la *mera liberalidad*. Pero la donación sólo es uno de los contratos de mera liberalidad, es decir, el de atribución de cosas sin corrispectivo, quedando fuera de ella la prestación gratuita de servicios y la de uso de las cosas, objeto de los que la doctrina francesa llama «contratos de beneficencia».

Lo característico de la donación es ser un acto de disminución, en sentido estricto, del propio patrimonio, aumentando el del donatario. El acto disminuye la fortuna del donante, y por tanto sus medios de vida para el futuro, así como las expectativas de cobrar de sus acreedores y las de heredar de sus legitimarios. Para tales consecuencias el Derecho predispone una serie de limitaciones y recursos, como la declaración de prodigalidad, la colación, la acción pauliana o la de reducción de donaciones. En cambio los contratos de beneficencia, como no producen alteración en el patrimonio del gratificante (no sale de él ningún valor de los que ya lo componían), no se hallan sometidos a las indicadas reglas limitativas.

Al lado de la donación otros negocios producen un enriquecimiento definitivo del favorecido: así, en primer lugar, la renuncia de un derecho real sobre cosa de otro (usufructo, servidumbre) o de uno de crédito; pero también el contrato a favor de tercero o el negocio mixto con donación. Estos actos no constituyen propia donación: la renuncia es un negocio unilateral; puede dar lugar al enriquecimiento del otro sólo mediatamente, porque su efecto principal lo produce en el patrimonio del renunciante y no tiene carácter oneroso o gratuito; el contrato a favor de tercero no se celebra entre la persona que realiza el sacrificio y la que experimenta el enriquecimiento; y el negocio mixto con donación nunca podrá considerarse enteramente gratuito.

Ciertamente estos negocios pueden producir los efectos prácticos de una donación (donaciones indirectas), pero la aplicación a ellos de las normas limitativas de la donación se hará precepto por precepto y caso por caso, y en atención a la forma en que se ha producido el enriqueci-

miento, es decir, no sólo a su efecto práctico, sino todavía, a la cobertura formal del mismo y la realidad de ésta.

Los otros negocios lucrativos proporcionan también al favorecido una ventaja sin tener que dar o prometer nada a cambio, pero quien realiza la prestación gratuita no sufre verdadera disminución en su patrimonio, ni quien la recibe experimenta en el suyo un aumento definitivo.

c) Algunos autores han reparado en la dificultad de decidir sobre la gratuidad u onerosidad de aquellos negocios que afectan, simultáneamente, a la esfera de varias personas, cuestión importante en nuestro caso.

CARIOTA-FERRARA, en una posición acaso simplista entiende que el equivalente de la prestación, aun cuando dirigida ésta al beneficio de un tercero, proporciona igualmente carácter oneroso al negocio. Así, en particular, cuando en el contrato en favor de tercero el estipulante hace una prestación al promitente: la onerosidad es innegable porque—dice—el estipulante encuentra «el equivalente de la prestación que él mismo hace en la prestación que el promitente debe al tercero».

«Todo esto elimina un peligro, es decir, el de que el mismo contrato se defina respecto de una parte como gratuito y respecto de la otra como oneroso, solución ésta contraria a la unidad del negocio, y por tanto, inadmisibile.»

«Queda imprejuizada, en cambio, la cuestión de la calificación del negocio mismo respecto al tercero. Indudablemente, por cuanto el tercero se halla fuera del negocio, no se debe ni se puede adoptar en relación a él la misma solución que entre las partes. Entonces es necesario indagar qué relación existe o se debe constituir entre cada una de las partes y el tercero, y según la naturaleza de esta relación afirmar o negar la gratuidad del negocio en relación a ella.»

CARIOTA afirma la indivisibilidad del negocio en orden a la onerosidad o gratuidad, contemplando, como patrón, el contrato en favor de tercero, al cual descompone en un doble negocio, *inter partes* y con el tercero. Pero la solución puede no ser la misma tratándose de un contrato inicialmente trilateral.

### 3. LA CAUSA DE LA OBLIGACIÓN

Frente a la exigencia de una causa «del contrato», otros preceptos consideran ésta como un requisito de la *obligación* contractual. El artículo 1.261, así, no requiere, para que haya contrato, la presencia de una causa suya propia, sino de una «causa de la obligación que se establezca»: por tanto, si las obligaciones son varias, cada una tendrá su propia causa. Y ya hemos visto cómo el artículo 1.274 entiende por causa

en los contratos onerosos, «para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»: una causa distinta para cada parte, pues, y por tanto no una causa única para el contrato en sí. Además, cuando las prestaciones de cada parte sean diversas, cada causa tendrá, en un mismo contrato, un contenido diferente, lo que vuelve a hacer inviable la existencia de una causa del contrato. Entonces sustituyendo en el artículo 1.261, 3.º, la expresión «causa de la obligación» por la definición de aquélla en el artículo 1.274, viene a decir dicho apartado 3.º que «no hay contrato oneroso sino cuando concurre... para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra».

Esto, referido a cualquier contrato sinalagmático, no añade apenas nada a los dos primeros apartados del artículo 1.261. La cosa o el servicio a prestar por cada una de las partes constituyen el objeto de la prestación, y en cuanto objeto han de tener la existencia y posibilidad, actuales o futuras, requeridas por la ley. Y la contemplación de la cosa o servicio por la parte que los recibe a cambio de su prestación es un hecho psíquico integrado en la formación del consentimiento. Así, lo que el artículo 1.274 denomina *causa* resulta ser algo que naturalmente comporta cualquier contrato sinalagmático creador de obligaciones.

A mi entender, se ha magnificado el papel de la causa de la obligación, tema que, a vuelta de las más apasionadas discusiones teóricas, apenas presenta problemas prácticos, como testimonia la jurisprudencia. Por de pronto, la causa de la obligación, requisito de la formación del contrato, tiene una duración limitada. En los contratos sinalagmáticos, mientras las prestaciones correspectivas no se han cumplido, es causa de la obligación de cada parte contratante «la promesa de una cosa o servicio por la otra parte». Realizada una de las prestaciones, la obligación de prestar el contratante tiene como causa «la prestación de una cosa o servicio por la otra parte». Y habiendo cumplido ambas partes, ya no hay *obligación* que pueda reclamar una causa.

Ciertamente la prestación realizada en virtud del contrato, en cumplimiento de la obligación, exige asimismo una causa justificativa del enriquecimiento del *accipiens* y el correlativo empobrecimiento del *tradens*; pero ésta no podría ser, para el *accipiens*, en los contratos onerosos, la de su propia obligación, es decir, «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte», sino, sencillamente el contrato mismo. Una vez cumplido el contrato ya no opera la causa de la obligación, sino el título de la atribución.

Hacemos entonces tránsito a otro más amplio punto de vista sobre la causa.

#### 4. LA CAUSA DE LA ATRIBUCIÓN

Los juristas romanos, en lugar de juzgar cada obligación sinalagmática dentro del *contractus* (que no conocen como categoría general) en su interrelación con la de la otra parte, pusieron el acento en la atribución que cada obligación o prestación representan. No se preguntan por la función que cada obligación desempeña en el contrato que la crea, o la correspondencia que busca el obligado en el cocontratante, cuestión que pertenece en su caso al contenido de cada contrato singular; sino que aíslan el fenómeno del empobrecimiento que experimenta quien se obliga (quien inscribe una deuda en su pasivo) o transfiere sus bienes; lo ponen en relación con el correlativo enriquecimiento del acreedor o *accipiens*, y reclaman, para que este desplazamiento se produzca efectivamente, o al menos irrevocablemente, una *causa* o justificación, que, contemplada desde el punto de vista del deudor o el *tradens*, puede consistir, sea en el pago de una deuda antecedente, o en el ánimo liberal actual, o en la intención de devenir acreedor: causa *solvendi*, *donandi*, *credendi*, principalmente. Se promete o se transfiere, en suma, u obligado, o para obligar, o gratis.

En este planteamiento una promesa o transferencia pueden ser causales o abstractas, según que los vicios o el defecto de la causa (justificación) influyan o no sobre la validez o efectividad de aquéllas. En el primer caso—negocio causal—la obligación asumida o la transferencia realizada se contemplan en el marco de la relación de intercambio o de la intención de gratificar, en virtud de la cual se promete dar o hacer o se atribuye la cosa o realiza el servicio; es decir, dependiendo la promesa o la prestación, sea—en los contratos onerosos—de una contraprestación prometida o entregada, sea—en las liberalidades—del ánimo generoso del deudor o el *tradens*. En el segundo caso la tradición o la promesa consiguen inmediatamente el efecto transmisivo del derecho real o creador de la deuda, con independencia de su fundamento o *causa*: aunque la promesa de pago o la transmisión a Ticio obedezcan a un motivo torpe, como, por ejemplo, conseguir su cooperación para un delito, o a uno inexistente, como si la atribución se realiza en cumplimiento de una disposición de última voluntad y luego aparece un testamento ulterior revocándola, el negocio vale y produce el efecto atributivo perseguido por él.

Como es sabido, nuestro Código Civil, de acuerdo con la tradición y singularmente con las Partidas, requiere, para que la entrega de una cosa con ánimo de transferir su propiedad llegue a conseguir tal efecto transmisivo, la presencia de una *justa causa*: generalmente, un contrato

anterior válido de compra, donación, permuta, etc., o cualquier otra obligación de entrega. Si el contrato fuera nulo la causa—en nuestro sistema—no sería justa, y la transmisión no tendría lugar.

Tal es el significado del artículo 609 del Código Civil al establecer que la propiedad se transfiere mediante la tradición «por consecuencia de ciertos contratos». En realidad, cualquier entrega con ánimo, respectivamente en el *tradens* y el *accipiens*, de transferir y adquirir la propiedad, no constituye pago indebido y puede alcanzar su propósito si se demuestra que se hizo «a título de liberalidad o por otra causa justa» (artículo 1.901), aunque en el caso no existiera deuda antecedente que pagar, como en la donación manual o el cumplimiento de la obligación natural.

A la exigencia de una causa de la atribución para la efectiva transferencia del dominio corresponde, para la usucapión ordinaria, la de los artículos 1.952 y 1.953 del Código Civil de un título «verdadero y válido», «que legalmente baste para transferir el dominio». Lo dicho del dominio se extiende a cualquier cambio real por negocio jurídico: constitución de derechos sobre cosa ajena, transferencia de éstos, etc.

Tampoco es viable en nuestro Derecho eliminar la influencia de la causa—contrato antecedente u otra razón de deber—sobre el reconocimiento de deuda o promesa de pago que no la manifiestan, como se deduce de los artículos 1.261, 1.262 y, sobre todo, del 1.275 del Código Civil, que declara ineficaces los contratos sin causa.

A la causa de la atribución, en el caso del reconocimiento o la promesa, se refiere el artículo 1.277: «Aunque la causa—dice—no se expresa en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. Lo que se presume, entonces, es el título antecedente de la obligación prometida o reconocida sin manifestarlo.

Ahora bien: si nos fijamos en la condición de *atribución patrimonial* que tiene cualquier *obligación negocial* (al ser una pretensión nacida en favor de un titular que la inscribe en su activo y se enriquece con ella), concluiremos que no hay gran diferencia, en cuanto a la necesidad de una suerte de «garantía de origen» o justificación del nacimiento (*justa causa*), entre el cambio real y la deuda procedentes de negocio jurídico: entre el surgir del derecho absoluto y el de crédito en un determinado titular. En ambos supuestos se requiere—por definición—un contrato antecedente que justifique el enriquecimiento experimentado por el *accipiens* o el acreedor y que dé cuenta de si la atribución, en sí, es gratuita u onerosa, es decir, si corresponde a otra atribución antecedente o futura o bien carece de contrapartida. Bien entendido que las deudas nacidas de los contratos de beneficencia no siempre obedecerán a una causa de liberalidad, como ocurre con la obligación de restituir asumida por el pres-

tatario o el comodatario, respondiendo a una entrega antecedente que constituye su *causa*. Y que la división de las causas de la atribución en *credendi*, *solvendi* y *donandi*, es ajena a la onerosidad o gratuidad: así, el que cumple la promesa de donar, hace una entrega *solvendi causa*; y la hace *causa credendi* quien presta gratuitamente.

Desde otra perspectiva podemos explicar esto mismo diciendo que los contratos de beneficencia, siendo gratuitos, comportan para el gratificado ciertas obligaciones que he calificado antes como límites de la liberalidad: el resarcimiento de los gastos hechos para conservar la cosa depositada o comodada o en cumplimiento del mandato; asimismo, la devolución de la cosa o la cantidad prestada; y, en otro aspecto, las obligaciones del deudor frente al fiador o el dueño de la cosa pignorada o hipotecada, etc. Pues bien: las obligaciones en cuestión no son gratuitas: no obedecen a un impulso de liberalidad del deudor, y tampoco las prestaciones que se realizan para satisfacerlas. Al contrario, tratan de reponer un desequilibrio patrimonial, evitando un empobrecimiento del gratificante y un enriquecimiento del gratificado que, ambos serían *sin causa*. Con independencia de que el contrato sea gratuito, estas obligaciones y prestaciones tienen causa onerosa, y reciben el tratamiento correspondiente a ella.

## 5. RECAPITULACIÓN

Con el nombre de *causa* se exigen en el contrato o la atribución (incluida la obligación) una serie de condiciones que los Derechos alemán y suizo, o no requieren, o lo hacen bajo otro nombre.

a) *Veracidad*.—Se exige que el contrato sea tal, y no mera simulación.

b) *Licitud*.—Los motivos a los cuales puede extenderse el examen del ordenamiento—cuyo alcance es distinto según el contrato sea gratuito u oneroso—han de ser honestos.

c) *Correspondencia con los presupuestos básicos*.—En cada contrato singular las partes pueden haber aceptado implícitamente unos presupuestos que constituyen su base y sin cuya realidad o realización tal contrato no es eficaz.

d) *Sinalagma*.—Si una de las prestaciones no se realiza culpablemente, el acreedor decepcionado no tiene obligación de cumplir su deuda, y puede resolver el contrato y eventualmente reclamar lo entregado por él.

e) *Iusta causa*.—La atribución del derecho real, o el nacimiento del de crédito, y la correlativa deuda, presuponen, un contrato antecedente válido y eficaz: por tanto, veraz, lícito y correspondiendo con los presupuestos básicos de las partes.

f) *Onerosidad o gratuidad*.—Los contratos son onerosos o gratuitos según haya o no intercambio de prestaciones corresponsivas. Pero cada deuda y correlativo crédito, o cada transferencia o constitución de derecho real, reciben el tratamiento de acto oneroso o gratuito según ellos mismos, y no el contrato que les da origen, representen o no un intercambio, correspondencia, restitución o resarcimiento.

Son éstas las cuestiones que vamos a examinar en relación a los contratos de garantía.

## II. LOS CONTRATOS DE GARANTIA

### 1. EN GENERAL

Según el artículo 1.911 del Código Civil, «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

Una serie de negocios jurídicos se hallan dirigidos a crear una garantía adicional del cumplimiento de la obligación, en favor del acreedor, y por encima de la responsabilidad patrimonial del deudor.

El Derecho ha creado varios remedios para reforzar la tutela intrínseca a cada tipo de derecho subjetivo. Algunos de éstos se dedican a remover los obstáculos que pueden surgir contra la realización del derecho, o a facilitarla; realización que, con todo, se obtendrá sólo con medios intrínsecos al mismo derecho tutelado: por ejemplo, cuando un acreedor ejercita la revocatoria o pauliana, se limita a reconstituir el patrimonio de su deudor, restituyéndolo al estado en que se encontraba antes del fraude, pero todavía no ha realizado su derecho de crédito, y lo ejercerá sólo cuando haga valer los medios de actuación propios del crédito mismo. En otro aspecto, la pena convencional defiende al acreedor únicamente en el sentido de que ejercite presión sobre la voluntad del deudor, pero no permite la satisfacción de aquél sin una prestación de dicho deudor: es preciso que el deudor esté en condiciones de pagar (el deudor tiene que ser solvente). En cambio otros remedios son idóneos para alcanzar por sí mismos la satisfacción del crédito, independientemente de los medios intrínsecos al derecho inicial del acreedor; por ejemplo, la hipoteca, y en particular cuando la finca hipotecada haya pasado a la propiedad de un tercero.

Son estos contratos de garantía adicional los que contempla el presente trabajo: dejaremos aparte, por consiguiente, aquellas estipulaciones que proporcionan una garantía superior a la normal, como el pacto de solidaridad, pero que no suponen un contrato típico de garantía. Asimismo, las convenciones que tienden a reconducir una garantía restringida

convencionalmente, a los límites legales, como sería la renuncia del deudor a una limitación de responsabilidad convenida en su favor.

Como digo, la garantía supone la adición a la responsabilidad del deudor establecida por el artículo 1.911, de un *plus*. Representa una ampliación del poder de agresión del acreedor, merced a la cual puede éste obtener, prescindiendo de las condiciones de solvencia o insolvencia del deudor principal, la plena y exacta satisfacción de su derecho de crédito.

En los contratos de garantía es esencial el crédito garantizado; los respectivos derechos creados por el contrato tienen carácter accesorio, al depender en su nacimiento y existencia del crédito principal.

Ese *plus* que supone la garantía, sobre la ordinaria responsabilidad patrimonial universal, viene representado:

a) Por la adscripción de otro patrimonio o parte de él (fianza limitada a ciertos bienes del fiador) al cumplimiento de la obligación de un deudor.

Por las deudas pasa a responder entonces una nueva masa de bienes. El tipo de garantía personal más antiguo y usual es la fianza. Mas hoy, en el ámbito mercantil, tiene también un marcado aspecto de contrato de garantía el seguro de crédito, contrato en el cual uno garantiza a quien es acreedor en virtud de otro contrato, a cambio del pago de una prima, y para el caso de que su deudor no cumpla al vencimiento, el pago de una indemnización.

A diferencia de la fianza el seguro de crédito es un contrato principal. Las partes se refieren en él a un contrato de cuyos riesgos quiere cubrirse el acreedor, pero este último contrato sólo se contempla en relación al riesgo: es la eventualidad de ese riesgo de impago lo que asume el asegurador a cambio de la prima. El asegurador, aquí, no es un fiador (mediante precio): no promete responder por el cumplimiento de la deuda, sino reparar el perjuicio que puede derivar de la insolvencia del deudor.

b) Ese *plus* de garantía puede venir, asimismo, representado porque a la responsabilidad patrimonial universal del deudor se le añade la sumisión *erga omnes* y a través de un procedimiento específico de una cosa concreta. La cosa puede ser un objeto del propio patrimonio del deudor (que ya estaba sometido a responsabilidad por imperativo del art. 1.911), derogándose entonces el principio de la igual satisfacción de los acreedores (*par condicio*) a costa del patrimonio del deudor en caso de insolvencia. O bien puede tratarse de un objeto ajeno.

Los contratos típicos de garantía real son, fundamentalmente, la prenda y la hipoteca (la anticresis, menos frecuente). Si se conceden por el

mismo deudor estas garantías, dan lugar, sobre la cosa gravada, a una responsabilidad cualitativamente diversa de la ordinaria y adicional a ella, objetivada en la cosa como si ésta se independizase del acervo de bienes de su dueño y constituyera un patrimonio autónomo responsable de una sola deuda; y si se conceden por tercero sujetan a responsabilidad nuevamente, en esa misma forma, una cosa que hasta entonces estaba libre de tal responsabilidad. En todo caso, surge de ellas un verdadero y propio derecho real sobre la cosa gravada. Además, la prenda y la hipoteca no sólo comportan reipersecutoriedad, sino que son también causa de prelación, como recuerda el Código Civil en los artículos 1.922 y siguientes.

Obsérvese que mientras la garantía personal únicamente puede existir respecto de una deuda ajena, ya que el deudor responde con todo su patrimonio por sus deudas, en cambio la garantía real puede establecerse tanto por la deuda ajena como por la propia.

Elemento natural de algunos contratos de garantía es la obligación de mantener la integridad de ésta (por ejemplo, arts. 1.829 del Código Civil; 117 de la Ley Hipotecaria); en las garantías reales, además, la subrogación de la indemnización en el caso de destrucción de la cosa dada en garantía (arts. 1.877 del Código Civil y 110 de la Ley Hipotecaria).

«La constitución de garantía—dice VON TUHR—puede considerarse como una atribución patrimonial en favor del acreedor, ya que éste adquiere un derecho que antes no le correspondía y que para él representa un beneficio patrimonial. Mas su activo patrimonial no se aumenta, pues según su finalidad, el derecho de garantía coincide con el crédito garantizado y junto con éste forma una única partida en el balance patrimonial del acreedor; el beneficio del acreedor consiste en que evita una posible pérdida en caso de insolvencia del deudor.»

Plantea aquí VON TUHR la cuestión de la *consistencia* de la garantía, la cual, en efecto, no representa un desplazamiento patrimonial en el sentido de transferir inmediatamente bienes de un patrimonio a otro, pero mejora la calidad del crédito; y no supone una pérdida inmediata para el garante, privación que posiblemente no llegará: no hay, entonces, por tanto, desplazamiento de bienes a consecuencia de la celebración del contrato: el desplazamiento no es elemento actual en los de garantía. Pero estos contratos preparan la eventualidad de un desplazamiento en cumplimiento suyo, eventualidad que dependerá de un *alea*, es decir, de que pague o no el obligado principal, y de que la acción se dirija luego contra él o contra el garante. Ulteriormente, el desplazamiento de bienes del garante, si se produce, puede venir compensado por un resarcimiento a costa del deudor principal o no, según éste se halle o no en condiciones de pagar, pero en todo caso crea en el patrimonio del garante

un crédito, que aun omitiendo el acreedor su cobro, no deja de existir realmente.

En un terreno puramente formal, en el que tantas veces se coloca el jurista, cabría afirmar que en ningún caso hay desplazamiento patrimonial en favor del deudor garantizado (pues éste continúa debiendo lo mismo que debía, si bien a un acreedor distinto); y que el desplazamiento de bienes del garante que se produce en su caso hacia el patrimonio del acreedor, viene siempre compensado por el desplazamiento del crédito, que deja de ser del acreedor para pasar a pertenecer al garante.

En un planetamiento más realista la garantía constituye siempre *un valor*. Tan es así, que la prestación de garantía se ha profesionalizado hoy por los bancos, siendo de notar únicamente a este respecto que mientras en el contrato de venta o en el de seguro de incendios se tiene en cuenta, para fijar el precio, el valor de la cosa, y en cualquier contrato aleatorio el mayor o menor riesgo de pérdida o la probabilidad más o menos próxima de ganancia (junto con el eventual volumen máximo de la pérdida o ganancia), los bancos suelen percibir una comisión idéntica en cualquier operación de garantía prestada por ellos, sin atender al nivel de solvencia del deudor que avalan: bien es verdad que, en principio, sólo avalan a deudores absolutamente solventes, hasta el punto de que, a veces, más que el riesgo corrido, que en realidad no existe, perciben la retribución—entonces, excesiva—por su cooperación en llenar un trámite que alguien requiere al solicitante del aval.

## 2. LA GARANTÍA PRESTADA POR TERCERO

En los contratos de garantía personal el garante es necesariamente un tercero distinto del deudor. Es decir, la relación se establece, no entre dos personas, acreedor y deudor, sino entre tres: acreedor, deudor y garante. La garantía prestada por el propio deudor, según he dicho, sólo es posible cuando se trata de garantías reales: hipoteca, prenda y anticresis.

La garantía real prestada por tercero no supone una nueva relación de deuda, sino la constitución de un derecho real, por el tercero, en favor del acreedor: derecho que somete a la eventual realización de valor por el acreedor la cosa pignorada o hipotecada, pero que, a su vez, no convierte en deudor al garante. No hay un nuevo vínculo de deuda, que sustituya al antiguo cuando queda éste insatisfecho; hay una relación entre el acreedor y la cosa: el derecho de ejecución de aquél, a fin de obtener, a costa del valor de ésta, la satisfacción de la obligación. Nace el derecho de actuar de la antigua obligación sobre un nuevo objeto en

el caso de que la deuda no se pague voluntariamente, pudiéndose intentar (mas no es indispensable) la ejecución coactiva satisfactoria sobre el patrimonio del obligado personalmente.

En cambio, cuando la garantía adicional es personal, por consecuencia de la fianza se crea, en opinión de la doctrina dominante, una nueva relación de deuda: la esfera jurídica del acreedor se enriquece con un derecho de crédito nuevo, que tiene por contenido una prestación idéntica a la debida por el deudor principal (o una parte de ella, si la fianza es parcial), condicionada al incumplimiento por dicho deudor principal.

Que existe una nueva relación de deuda parece desprenderse de la inoponibilidad de ciertas excepciones (las personales) por el fiador (artículos 1.824, 1.845 y 1.853 del Código Civil); así como del hecho de que la transacción concluida por el fiador no vincula al deudor principal (art. 1.835).

Con ello la efectividad de la fianza parece exceder a la función propia de un contrato de garantía, que en ningún caso debería ser la de crear un nuevo crédito y adicionarlo al antiguo, de modo que ese nuevo crédito sirva como aseguramiento alternativo en caso de impago del inicial; sino la de aumentar la realizabilidad de un crédito ajeno, añadiendo una nueva responsabilidad a la originaria.

La misma fianza no es ajena a ese planteamiento: con ella, el acreedor no ve acrecido su patrimonio: si en éste había mil en forma de crédito, los mismos mil sigue teniendo en su activo el acreedor una vez prestada la garantía personal, si bien el cobro del crédito se le ha hecho más fácil y seguro. «Si nos fijamos—dice RAVAZZONI—en cuál sea la efectiva función esencial del negocio de fianza en la vida social, debemos necesariamente concluir que esta función no es tanto la de asegurar al acreedor un nuevo obligado, cuanto la de garantizar la satisfacción de un derecho de crédito. Lo que concuerda con la naturaleza accesoria de la fianza.»

El propio autor hace notar que con tal planteamiento se viene a reproducir, siquiera transfiriéndola a otro ámbito (el de la función del negocio), la que fue opinión compartida por muchos sobre la naturaleza misma de la obligación fideiusoria: esto es, ser una forma de responsabilidad sin deuda, o, en todo caso, sin una deuda autónoma. «De hecho, para cumplir la función de ampliar el poder de agresión del acreedor, parece desproporcionado que otro sujeto se obligue directa y personalmente: cuando a lo más, en vía abstracta e hipotética, habría bastado el poder de actuar sobre algunos bienes ulteriores determinados por la pertenencia a cierto patrimonio, independientemente de la posición de obligado de su titular (precisamente, el esquema de la responsabilidad sin deuda).»

Ciertamente, no ha sido éste el planteamiento de la ley. La sujeción de bienes concretos al poder de agresión del acreedor, prescindiendo del titular de los mismos (pero añadiendo la reipersecutoriedad), es propia de las garantías reales: si se quiere vincular el entero patrimonio de una determinada persona en cuanto tal patrimonio, sin adscripción de bienes concretos, es necesario que dicha persona se obligue directamente. Al menos, ésa es la consecuencia del contrato típico de fianza, aun cuando cabría pensar (no es éste el lugar para discurrir sobre ello) en un contrato atípico en el cual estuviera excluida la vinculación del garante (a modo de fiador) que sujeta a responsabilidad algunos bienes suyos concretos sin conceder a esa sujeción eficacia *erga omnes*. En realidad, un efecto parecido a éste se produce, una vez celebrado el contrato de constitución de hipoteca por el concedente no deudor (hipoteca en garantía de deuda ajena), mientras ésta no se inscribe en el Registro. Ciertamente la hipoteca, en virtud de los artículos 146 y 159 de la Ley Hipotecaria, no deviene derecho real hasta el momento de ser inscrita, pero existe desde antes; por eso el artículo 1.875 del Código Civil habla del «documento en que se *constituya* la hipoteca»: la formalización del título inscribible no se limita a dar vida a una obligación de constituir, semejante a la obligación de entregar en la compraventa, sino que faculta a cada uno de los contratantes a perfeccionar la constitución; el contrato de hipoteca es ya desde entonces un ser autónomo, al cual no afectará la incapacidad sobrevinida de uno de los otorgantes y que podrá ser inscrito en el Registro por cualquiera de las personas designadas en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria aun contra la voluntad de las restantes. Correlativamente, la hipoteca no inscrita produce efectos obligacionales, que no se advierten cuando el hipotecante es a la vez el deudor, por el principio de responsabilidad patrimonial universal, pero quedan al descubierto cuando es persona distinta, en cuyo supuesto se produce una especie de «fianza real», es decir, limitada a los bienes objeto de la hipoteca.

La garantía prestada por tercero entraña unas relaciones, al menos, con tres términos. Es decir: el tercero dador de la garantía se relaciona, de una parte con el acreedor, y de otra con el deudor, lo cual complica sobremedida cuestiones como la de la influencia de los móviles determinantes de la dación de garantía o la del fallo de los presupuestos o prestaciones en que las partes basaban la constitución de la garantía, cuando el garante contrató con solo el acreedor o el deudor.

La cuestión puede enmarañarse más si se introduce un cuarto elemento subjetivo, a saber, el contratante de la garantía que presta el tercero. Por ejemplo: supongamos que el acreedor Gonzalo no quiere conceder una moratoria a su deudor Enrique, a menos que éste le presente un buen fiador. Enrique recurre a su amigo Juan, el cual no quiere aparecer

como fiador, pero le busca uno mediante precio que paga él, contratando con Pedro, el cual afianza a Enrique ante su acreedor Gonzalo. Entonces el número de relaciones posibles progresa en relación geométrica: tendríamos, de una parte, la del contratante que obtiene del tercero la prestación de garantía con este tercero prestador de ella, con el acreedor y con el deudor; y de otra, la relación del tercero prestador de la garantía con los otros tres intervinientes, etc.

### III. CAUSA DEL CONTRATO Y CAUSA DE LA OBLIGACION EN LA PRESTACION DE GARANTIA

#### 1. IDENTIFICACIÓN DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

En términos muy generales apunta VON TUHR que «la garantía es una causa jurídica (de la atribución patrimonial) semejante a la *causa solvendi*». Ahora bien: esto, a lo más, podrá valer (y tal es la mente del autor) para aquellos negocios cuyo *tipo* corresponde ordinariamente a la prestación de garantía: no para aquellos otros que, aun cuando empleados a veces en función de garantía, revisten una estructura y producen unos derechos y obligaciones diferentes. CHIRONI, a este propósito, recurre a la distinción entre causa y motivos: en el negocio de garantía la obligación garantizada y el aseguramiento han de constituir elementos esenciales, y de lo contrario, el negocio no es de garantía. Por tanto, no es típico negocio de garantía la venta con pacto de retro, en la cual el aseguramiento puede dar *motivo* al acto, pero la figura sigue siendo la de una compraventa. Son patentes «las diferencias que separan este negocio de la relación especial de garantía, respecto al derecho del acreedor a pedir el cumplimiento de la obligación asegurada, y al caso fortuito que haya hecho perecer o deteriorado la cosa pignorada: en la venta con pacto de retro nada revela que el fin de garantía proporcione la sustancia de la relación, porque aun constituyendo tal fin el motivo queda absorbido por la entidad jurídica que distingue el negocio».

En la misma línea RUBINO, después de decir categóricamente que «causa del negocio de hipoteca es la garantía», pone de relieve que la garantía «lo diferencia de aquellos contratos que típicamente tienen función directa distinta, si bien en el caso concreto vienen planteados por las partes con el propósito de conseguir indirectamente un resultado análogo (venta con pacto de retro, reporte, etc.). En cambio, los varios negocios de garantía en sentido propio presentan, desde el punto de vista causal, un esquema fundamentalmente común, y entre ellos se distinguen

sólo por los específicos medios con los cuales tal función viene actuada en cada uno».

CAPITANT, por su parte, señala cómo en los contratos de préstamo y prenda «cada parte contrae una obligación: ya la de entregar una cosa; ya la de conservarla y restituirla en el plazo convenido, respectivamente». «En la prenda, el deudor se obliga a entregar una cosa al acreedor, porque quiere obtener con ello un crédito.» Mientras que en la fianza los fines perseguidos por el fiador—dice—pueden ser muy varios: prestar un servicio, recibir una remuneración, etc.

Entre los civilistas franceses del siglo XIX era corriente la opinión de que la obligación del fiador tiene por causa la deuda principal. BUFNOIR combatió esta tesis, alegando que sin duda esta deuda sirve de base a la obligación del fiador, y si aquélla adolece de nulidad o no existe, la obligación no puede producir ningún efecto, porque la fianza, como la hipoteca, es contrato accesorio. Sin embargo, no hay que confundir la base de la obligación nacida de la fianza con la causa que la determina. «El fiador se obliga, no porque exista una obligación principal, lo cual sería insuficiente, sino por garantizar esta obligación principal y aumentar el crédito del deudor. En realidad, la razón jurídica que explica la obligación del fiador, es una intención liberal.»

Con mayor precisión hace notar a este respecto DELGADO ECHEVERRÍA que «ni la mera relación de accesoriedad o dependencia puede ser justificación suficiente de la obligación del fiador (de la que será tan sólo *conditio sine qua non*) ni, por otra parte, podría pretenderse que la obligación accesoría participa de la causa de la principal».

Por su parte RAVAZZONI critica la creación de una categoría de los contratos de garantía: «es cierto—dice—que se puede abstraer en estos negocios un carácter común; pero haciendo consistir este carácter, como por lo general se hace, en la causa de garantía, se corre el riesgo de hacer una afirmación no del todo correcta. Sería más exacto decir que en el elemento causal de todos estos negocios aparece la noción de garantía. Pero siempre quedaría por ver, después, en qué lugar se exterioriza, qué valor, fundamento o amplitud pueda tener la garantía en las singulares figuras contractuales».

Las distintas opiniones proceden de un diferente sentido en el que cada autor habla de la *causa*, y también de la distinta situación de las partes según la prestación de garantía se haga por el propio deudor o por un tercero.

a) *La causa, como denominador común del tipo.*—Los que hablan de *causa de garantía*, se refieren al contenido genérico del contrato: a un factor común a la serie de tipos negociales destinados a proporcionar una seguridad adicional al acreedor. Con esta calificación se pretende des-

cribir la función económico-social del negocio y ajustar a ella la regulación de éste: acaso, en medida muy limitada, cabe la extensión analógica de algún precepto relativo a un contrato de garantía, hasta otro u otros. En la práctica, esta acepción de la causa tendrá alguna posible apreciación en los contratos fiduciarios con finalidad de aseguramiento, pero entonces contemplada como base del negocio o finalidad común de los contratantes. En cambio, en cuanto función económico-social justificante de la protección del ordenamiento al tipo contractual escogido, el concepto se halla expuesto a las críticas explicadas *supra*, I, 1, b), y además no sólo carece de utilidad en el plano de la aplicación práctica, sino que no tiene relación con el concepto de la *causa* en los artículos 1.274 a 1.277, y ni aun el más próximo del artículo 1.262, en el cual se pide sencillamente que el consentimiento de cada una de las partes recaiga sobre el mismo contenido, y en particular sobre el mismo tipo contractual.

b) *La causa, como regulación de la licitud y de la persistencia del contrato.* En este plano, valen como *causa* los motivos determinantes del contrato de garantía apreciables por el juzgador, motivos que pueden ser los mismos que los del contrato creador de la deuda u otros distintos. Por ejemplo: puedo pedir un préstamo para dedicar su importe, de acuerdo con el prestamista, a un negocio de contrabando y venta de estupefacientes, dándole a éste en prenda de la restitución de la cantidad recibida unos valores, y entonces tanto el contrato principal de préstamo como el accesorio de prenda tienen la misma «causa» ilícita. Pero puede suceder que el prestamista ignore en absoluto el destino de la cantidad que entrega, y que un amigo mío, conocedor del destino de este importe, dé en prenda al prestamista, de acuerdo conmigo, valores de su propiedad: la ilicitud de nuestros motivos no invalidan las relaciones mías o de mi amigo con el prestamista (contratos de préstamo o prenda), pero sí influirá sobre la relación entre el que aporta sus valores en garantía y yo.

De igual modo habrá que juzgar la presencia de una presuposición común a los contratantes, y haciendo la misma distinción, cuando los intervinientes sean tres, según que el negocio tenga una base común a los tres y aceptada por todos, o bien tal base sólo sea determinante del consentimiento de dos de ellos.

En cualquier caso, y dada la accesoriedad del contrato de garantía, la ilicitud o la desaparición de la base del negocio principal arrastra al accesorio, salvo en cuanto a las consecuencias que pudieran afectar desfavorablemente al dador de la garantía ajeno a la motivación o a los presupuestos de las partes en el contrato principal.

## 2. CAUSA DE LA OBLIGACIÓN O DE LA ATRIBUCIÓN EN GARANTÍA

Como dice VON TUHR, «en materia de atribuciones patrimoniales con fin de garantía puede hablarse de *causa* también en otro sentido; como causa (secundaria) de ellas puede imaginarse la causa que induce al fiador a asumir la fianza, o al deudor o a un tercero a conceder la prenda o la hipoteca. Por lo general, esta causa se hallará en la relación que medie entre deudor y acreedor; es el deudor quien ofrece la garantía, ya sea inmediatamente, concediendo él el derecho de garantía real, ya mediatamente, cuando el deudor induce a un tercero a salir fiador u otorgar la prenda o la hipoteca; también existe atribución mediata de garantía cuando el tercero actúa como *negotiorum gestor* del deudor y éste aprueba la gestión. Sólo raramente sucede que el tercero ofrezca las garantías en consideración al acreedor; en este caso, la causa debe buscarse en la relación entre el tercero y el acreedor».

Nos hallamos, pues, ante la exigencia de causa del artículo 1.261-3.º en relación con el 1.274: «causa de la obligación que se establezca».

A veces, la prestación de garantía vendrá determinada por una obligación legal, y entonces sí puede decirse que por parte del (actual o eventual) deudor, se realiza *solvendi causa*: es el supuesto de la garantía prestada por el tutor. Con mayor frecuencia, de una prestación de garantía del titular depende el ejercicio de una facultad: fianza del usufructuario, anotación preventiva de demanda, ejecución provisional de una sentencia de Audiencia en lo civil, recurrida en casación.

a) *Prestación de garantía por el propio deudor.*—Como ya he dicho, el deudor sólo puede prestar garantía real: asegurar mediante hipoteca o prenda el cumplimiento de su obligación. La garantía personal habrá de ser de tercero, pues la propia no es accesorio a la deuda, sino principal.

La doctrina más realista, cuando se interroga sobre cuál sea la causa de la hipoteca o la prenda constituida en favor de un acreedor del propio hipotecante o pignorante, abandona la referencia a la «causa de garantía», y distingue además entre la constitución simultánea al nacimiento de la obligación garantizada y la ulterior. En el primer caso la prestación de garantía real por el propio deudor tendrá muchas veces como motivo la exigencia del acreedor, que sólo mediando un satisfactorio aseguramiento se halla dispuesto a conceder el crédito, del cual son contrapartida, pues, todas las obligaciones y prestaciones del deudor, y en particular la constitución de prenda o hipoteca. Mas si la creación de la garantía sobreviene en relación a un crédito ya existente, y no se había convenido la constitución de hipoteca o prenda o la dación de fianza

como una de las condiciones de la concesión del crédito, la causa se habrá de buscar, sea en una facilidad o rebaja, en el principal o en el interés, concedida por el acreedor, o bien en una remuneración, o, en último término, en la simple voluntad del deudor. Lo que se denomina «causa» por esta parte de la doctrina es, entonces, como se ve, la presencia o ausencia de un intercambio: la contraprestación o corresponsivo de la constitución de la garantía, o bien la ausencia de ella; todo como en el artículo 1.274 del Código Civil.

La relación de garantía, sin perjuicio de depender de la deuda principal en virtud de su accesoriedad, tiene también vida, y viene condicionada autónomamente por esto que—dentro de una concepción muy amplia—se llama su *causa*: en particular, sería aplicable el artículo 1.124 en el caso de no existir o no cumplirse el corresponsivo prometido a cambio de la constitución de la garantía.

b) *Aseguramiento real o personal constituido por persona distinta del deudor.*—Mas no cabe hablar de *causa* en un mismo sentido para la relación de garantía establecida entre el garante y el acreedor, y para la relación de deuda garantizada por tercero que media entre acreedor y deudor principal; ni tampoco se suele distinguir debidamente entre la constitución coetánea o ulterior a la relación de deuda, ni se precisan los efectos que la falta de causa tiene sobre las dos relaciones descritas, todo lo cual debe ser objeto aquí de alguna consideración.

Cuando interviene un tercero como garante, el problema de determinar la causa de la prestación de garantía es más complejo: son tres las relaciones que se establecen (acreedor con deudor y garante, y éstos entre sí), pudiendo quedar justificada una de ellas por cualquiera de las otras dos (*justa causa*, en el sentido del art. 609), o por ambas, o por ella misma, es decir, quedando la relación autónomamente justificada sin necesidad de relacionarla con las otras (causa del art. 1.274: liberalidad o contraprestación).

El problema se relaciona con el de la causa de los diversos tipos de delegación, aun cuando ni la fianza ni la prestación de garantía real por tercero suponen, necesariamente, un caso de delegación.

a') *Garantía justificada por la relación entre garante y deudor.* En relación a la fianza (pero lo mismo podría decirse de la garantía real prestada por tercero) dice CAPITANT que «siempre que el fiador se obliga a petición del deudor, que es el caso habitual, la causa de su obligación hay que buscarla en la relación jurídica que le une al deudor, es decir, en el deseo de prestar un servicio, en la promesa de una remuneración»; «otras veces porque tiene un interés personal en el negocio, con ocasión del cual interviene», etc. El acreedor ignora casi siempre la causa que determina al fiador a obligarse con él.

PUFFENDORF, en su *Tratado de Derecho natural y de gentes*, aparecido en 1672, subrayaba este carácter particular de la obligación del fiador. «En la fianza—dice (2, 5; 2, 10)—hay, a decir verdad, dos contratos distintos que aparentan ser uno solo. Porque el fiador tiene relación al mismo tiempo, con el acreedor y el deudor. Entre el fiador y el acreedor existe una simple promesa que, hablando con propiedad, obliga al fiador para con el acreedor, sin ser, sin embargo, la causa por la que se obliga el fiador.»

Ahora bien: aun la garantía prestada por tercero supone, en opinión de la doctrina dominante, una relación entre acreedor y deudor: puesto que la garantía fue solicitada o aprobada por el deudor, entraña una atribución patrimonial mediata del deudor en favor del acreedor que, de igual modo que toda atribución mediata, tiene una doble fundamentación: de una parte, frente al acreedor, la fianza o la garantía real deben juzgarse como atribuciones patrimoniales del deudor, ya que ha sido con éste con quien, al contratar el crédito primitivo o después, ha convenido el acreedor la prestación de la garantía por el tercero (el acreedor pide la garantía al deudor y no al tercero); y en la relación entre el deudor y tercero garante, la *causa* será alguna de las indicadas anteriormente u otra semejante.

«Cuando el tercero actuó como gestor del deudor—explica VON TUHR—sin que éste aprobara su gestión, no nos hallamos en presencia de una atribución patrimonial mediata del deudor: en este caso, no es el deudor quien concede la garantía, sino el tercero para el deudor. Pero como se proponía administrar un negocio del deudor, también esta atribución patrimonial del tercero tiene su causa, por una parte, en la relación jurídica que media entre deudor y acreedor, y, por otra, en la relación que existe entre garante y deudor.»

a'') *Relación deudor-garante*. Suponemos un deudor que presenta al prestador de la garantía, con quien ha celebrado una convención previa, en la cual precisa las condiciones en que la garantía será prestada; la compensación que recibirá el garante o la ausencia de ella, etc. Esta convención previa vincula al futuro garante a actuar en consecuencia, y al deudor que va a ser garantizado, en su caso, a cumplir lo prometido al garante, pero frente al acreedor en cuyo favor se va a constituir el aseguramiento es *res inter alios acta*, a menos que se incorpore al correspondiente contrato constitutivo de los indicados derechos.

A su vez, a esta convención previa no le afecta el hecho de que la garantía se preste en el momento de crearse la obligación o se añada, para reforzarla, a una deuda ya existente.

b'') *Relación garante-acreedor*. Sigamos el análisis paso a paso. En virtud de esta convención el garante contrata con el acreedor, efec-

tuando en favor de éste una atribución patrimonial por cuenta del deudor. Al acreedor, como he dicho, no le afecta la relación deudor-garante: si es onerosa o puramente gratuita; si se pactó entre ellos sobre la base de un presupuesto inexistente (base del negocio); si no se prestó la retribución convenida o no se cumplieron las condiciones; si la fianza o la garantía real se prestan en obediencia a un testamento en favor del deudor que luego resulta revocado por otro posterior, etc.

En otras palabras: el carácter de acto de cumplimiento que reviste en este caso la prestación de garantía al acreedor por tercero, no introduce necesariamente como elemento regulador de su validez y eficacia la relación antecedente entre deudor y garante, ajena a la que media entre garante y acreedor. La relación entre deudor y garante es, como ya he dicho, *res inter alios acta*, y el hecho de que el garante contrate por cuenta del deudor, no hace que la relación entre ellos forme parte del contrato de hipoteca, prenda o fianza. De tal modo que la causa ilícita determinante del pacto entre el deudor y garante, no anula la constitución de la garantía si el acreedor es ajeno a aquélla, al menos si tal constitución no es gratuita en relación al acreedor.

Aquí lo importante para el acreedor es el pacto que él mismo celebra con el garante, y no las motivaciones personales de éste, aun fundadas en un anterior contrato con el deudor.

¿*Quid* si en la constitución de la garantía proporcionada por el deudor y prestada por su cuenta media un motivo ilícito común a acreedor y constituyente? Cabría alegar, en favor de la inocuidad de tales motivos, que la convención de garantía es meramente formal, puro instrumento de realización y consumación de relaciones y deberes anteriormente constituidos, de una parte entre acreedor y deudor, y de otra entre deudor y garante; que se trata de la manifestación de unos consentimientos previamente convenidos, esto es, mero acto debido, por lo cual sólo deberían influir sobre él las motivaciones comunes a quienes lo mandaron celebrar, y no a quienes lo celebran. Sin embargo, en tanto en cuanto los motivos sean realmente tales, es decir, hayan determinado a las partes a contratar, su ilicitud debe apreciarse como en cualquier contrato, si bien entonces quedaría exento el deudor de las consecuencias desfavorables de la prestación de la garantía prometida por él. Esta es la solución más razonable teniendo en cuenta que la declaración del acreedor no es acto debido por él, y que el garante actúa por cuenta del deudor.

c") *La relación acreedor-deudor*.—Mas si en el marco de la relación «acreedor-garante proporcionado por el deudor» no entra la *causa* de la obligación asumida por el garante frente al deudor de afianzar con su patrimonio o hipotecar o pignorar sus bienes, sí es determinante la *causa* de la garantía misma que aquél presta al acreedor por cuenta del deudor:

causa del contrato intervenido entre garante y acreedor que se encontrará, entonces, en la relación entre acreedor y deudor, y para cuya apreciación nuevamente habrá de tenerse en cuenta si la garantía se constituye en correspondencia a la creación de la obligación, o bien si es ulterior a ella e independiente; en este segundo caso, además, si el acreedor concede algún beneficio al deudor en correspondencia a la constitución de la garantía o el deudor la presta a través del garante en un impulso puramente espontáneo y sin recibir de su acreedor nada a cambio. Lo cual es decisivo, según veremos, a efectos de la calificación del contrato de garantía como gratuito u oneroso en la relación garante-acreedor, sin perjuicio de recibir una calificación diferente en la relación deudor-garante, cosa perfectamente posible.

Resulta, entonces, que la constitución del derecho de garantía viene afectada, a la vez, por causas de resolución, invalidez o ineficacia procedentes de la relación entre acreedor y deudor, y por otras que pueden aquejar a la relación entre garante y acreedor. Mas no se trata de los mismos defectos, ni puede decirse que el contrato de constitución de garantía tenga dos *causas*, sino de la existencia de dos aspectos dotados de cierta autonomía en un mismo contrato, a saber, el de aportación de la garantía por el deudor frente al acreedor, y el de constitución de aquélla por el tercero. La influencia de estos aspectos en la validez y eficacia del negocio, entonces, se reparte. La simulación convenida entre acreedor y deudor y la ilicitud de sus motivos anulan la constitución válidamente celebrada entre acreedor y tercero (garante por cuenta del deudor) de la hipoteca, fianza o prenda; y si la constitución fue ulterior a la deuda y no correspondida por una rebaja de ésta o de sus intereses, o ampliación de plazo, o cualquier otra ventaja concedida por el acreedor al deudor, caerá en su caso bajo la presunción de fraude del artículo 1.297-1.º del Código Civil, como acto gratuito, aunque el garante hubiese recibido una retribución del deudor por prestar la garantía, pues la aportación de ésta por el deudor al acreedor es lucrativa, aunque previamente el deudor haya tenido que «comprarla». En cambio, en la relación del garante con el acreedor influirán, ya los presupuestos comunes a ambos, ya la falta de coincidencia del consentimiento de ambos sobre el tipo (causa) del contrato, etc.

b') *Garantía justificado por la relación entre garante y acreedor.* Cuando el tercero no se halla en relación contractual o de gestión de negocios con el deudor, la causa de su atribución patrimonial únicamente puede estar en su relación con el acreedor: en una promesa del tercero garante en favor de dicho acreedor. «También puede ser fin de la obligación del fiador—dice CAPITANT—el interés mismo del acreedor, ya para prestar a éste un servicio, ya porque éste ha obtenido la garantía

del cumplimiento del contrato mediante una retribución», como acaece en el seguro de crédito (contratado por el acreedor). Cabe imaginar muchas otras «justas causas»: cumplir una disposición testamentaria o un contrato en favor de tercero (el acreedor, en este caso), etc.

Aquí la distinción entre la constitución coetánea o anterior a la creación de la deuda apenas tiene sentido, porque al no representar la garantía una atribución indirecta del deudor, tampoco puede constituir, en relación a éste, un presupuesto de la concesión del crédito o una condición para su ulterior prórroga, con donación parcial, rebaja de intereses, etc. Más bien sería llevado el intérprete, entonces, a apreciar una suerte de atribución indirecta del acreedor al deudor, al conceder el crédito, o en su caso la rebaja, en atención a una garantía que se proporciona el propio acreedor en su beneficio, pero favoreciendo al deudor. Más aún cuando en el plano económico pueda ser éste el planteamiento real, jurídicamente el hecho de que la obtención de la garantía dé lugar a la concesión del crédito no tiene consecuencias frente al deudor: no hay una relación seria entre el deudor con el acreedor o con el garante de tal modo que la prestación de la garantía comprometa o produzca efectos inmediatos en relación a él si la garantía se prestó sin su concurso.

Por eso la desaparición de la garantía, el fallo de los presupuestos comunes a garante y acreedor, la ilicitud de los motivos del contrato celebrado entre ellos o la falta de prestación del correspondiente prometido al garante inciden directamente sobre el contrato de hipoteca, prenda o fianza, determinando su invalidez, ineficacia o resolución, pero no afectan a la relación principal entre acreedor y deudor.

Si concurre el deudor a la prestación de la garantía por tercero proporcionado por el acreedor, será cuestión de interpretación de la voluntad de los tres contratantes, y en particular la del deudor en cuestión, discernir sus obligaciones en orden a la conservación de la integridad de los bienes pignorados o la solvencia del garante.

El Código Civil y la Ley Hipotecaria previenen, por lo demás, el supuesto de hacerse efectivo el crédito sobre los bienes dados en garantía o el patrimonio del fiador, y la responsabilidad del deudor frente al garante, que también se produce cuando la garantía fue contratada por el acreedor, aunque entonces en condiciones que pueden ser distintas.

#### IV. ABSTRACCION DE CAUSA Y CONTRATO DE GARANTIA

##### 1. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La fianza, la prenda y la hipoteca tienen carácter accesorio, es decir, los respectivos derechos garantizan el cumplimiento de un crédito prin-

principal del cual dependen y con el cual se transfieren; si se considera como *causa* el fin de garantía, estos derechos constituyen atribuciones patrimoniales causales en favor del acreedor. En realidad, una atribución abstracta sólo cabrá, en los ordenamientos que la admitan, cuando el efecto de garantizar el crédito se logre mediante la atribución de derechos que por sí no tienen finalidad de garantía, como sería la propiedad: nos hallaríamos entonces, por lo demás, en el terreno de las atribuciones fiduciarias.

NÚÑEZ LAGOS entiende que en las figuras de la hipoteca, la fianza o la prenda, «la relación de garantía es siempre causal y accesoria: tiene su causa en la obligación principal garantida. La nulidad, la inexistencia o subsistencia de ésta, repercute directa e inmediatamente sobre la relación de garantía. Una cosa es la abstracción, y otra cierta limitación en la inoponibilidad de excepciones, sobre todo en los afianzamientos personales o reales de crédito ajeno».

Pero pocas páginas más allá de la misma obra afirma que «el carácter abstracto de la fianza ha sido reconocido incluso para el Derecho francés por CAPITANT... Respecto del Derecho español, no cabe un reconocimiento más franco y terminante que el de la Resolución de 31 de julio de 1928. El asunto principal era precisamente un acto de afianzamiento». «*Considerando* que los actos de afianzamiento, por lo que se refiere a las relaciones entre acreedor y fiador, son abstractos y formales en cuanto no se percibe a primera vista ni es posible decidir *a priori* por qué razón el fiador garantiza al deudor; de suerte que la obligación accesoria contraída por aquél a favor del acreedor es válida, aunque careciera de causa jurídica, sin que éste se vea precisado a investigar si el fiador estaba o no constreñido por una relación jurídica preexistente o por motivos poderosos a prestar su garantía, o lo hacía espontánea y libremente.»

Además de esta resolución cita NÚÑEZ LAGOS, en favor de la abstracción de causa de la garantía, la Sentencia de 27 de junio de 1941, dictada en el caso de un aval cambiario prestado por menor emancipado en favor de su padre, que le autoriza para ello: la sentencia afirma, en efecto, que «el afianzamiento constituye a la vez un negocio de carácter abstracto y un negocio accesorio», pero lo hace de modo incidental y sin sacar de ello como consecuencia la validez del aval, ya que a través de la idea de accesoriedad llega a aplicar al negocio de fianza las reglas (en concreto, la prohibición del artículo 317 del Código Civil) propias del negocio principal, en este caso un préstamo mutuo.

De igual modo es inoperante la afirmación de la Sentencia de 14 de enero de 1935 de ser abstracto el negocio de constitución de hipoteca, pues a través de otras vías se llega a su nulidad. En el caso, don Rafael, en apurada situación económica, tenía avaladas por sus hermanos don

Alberto y don José numerosas cambiales representativas de operaciones de crédito que había contratado con diversos bancos donde había descontado las cambiales en cuestión, si bien según la sentencia no había recibido de sus hermanos cantidad alguna en efectivo. En estas circunstancias, el 3 de octubre don Rafael confesó en escritura pública deber a sus hermanos 790.000 pesetas y constituyó garantía hipotecaria en su favor por el pago de dicha cantidad sobre casi todas sus fincas. El día 10 de octubre comenzaron a promover juicios ejecutivos frente a don Rafael sus numerosos acreedores, y el 30 del mismo mes se declaraba éste en concurso. Solicitada por los acreedores la nulidad de la hipoteca por falta de causa, causa ilícita y fraude pauliano, la sentencia no da lugar a la nulidad por las causas primeramente alegadas (sí por la última, según veremos en el epígrafe V), afirmando que el tema fundamental de la litis «es la constitución de hipoteca convencional sobre una universalidad de fincas sujetas al cumplimiento de las obligaciones especificadas y, por lo tanto, la confesión de la deuda que en dicho documento se hace equivalente al soporte e infraestructura sobre que descansa la construcción jurídica del negocio principal y dominante, que es el hipotecario, de naturaleza real y tipo abstracto, en contemplación al cual ha de examinarse estrictamente la función de la causa, distinta, en verdad, de la correspondiente a los préstamos reconocidos, cuyo nacimiento, y vigencia anteriores tienen una vida autónoma y son especies contractuales regidas por causas diferentes de la que ahora es objeto de discusión»; que «la causa de las obligaciones, entendida *«in genere»* como elemento intrínseco del hecho contractual originario, al que la ley atribuye efectos positivos, no es la fuerza psicológica de los imponderables, determinantes de un querer individual orientado a la consecución de cierto fin, sino el esquema de la relación establecida entre las partes, revestido por la ley con sanciones jurídicas características de la tipicidad consagrada, o sea la causa jurídica *propio sensu*, independiente de las subjetivas motivaciones de la voluntad; es decir, que la causa contractual reside, para algún autorizado sector de la técnica moderna, en el contenido económico-jurídico del negocio realizado, que en los de naturaleza abstracta, cual el de hipoteca, actúa como una simplificación práctica de todos los elementos complejos creadores, para facilitar su inclusión bajo la forma concreta con que la norma legal los define, tomando así el puesto preeminente de causa única, que por el mero hecho de ser conforme a la previsión legal encierra la sustancia de «causa justa formal», sin que quepan contra ella—a salvo el carácter subsidiario de ciertos remedios—otras impugnativas directas que las dirigidas a combatir los vicios de consentimiento; en síntesis, que la estructura formal del negocio parece ser la causa de los abstractos»; y que «solemnizada la escritura de hipoteca bajo la forma legalmente preesta-

blecida, preséntase la relación causal subyacente separada de la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico abstracto, el cual queda, en ocasiones como la presente, fuera del dominio de la causa imputable a los préstamos confesados, anteriores al otorgamiento de aquélla, y, en consecuencia, es inoperante la impugnación por la vía que utiliza el recurrente al atacar el negocio hipotecario, no por su causa abstracta de índole formal, sino por la material de los préstamos garantizados *a posteriori*, valiéndose de razonamientos que excedan de este ámbito».

Niega expresamente la condición de negocio abstracto del de fianza, pero planteando la cuestión en el terreno de la relación de accesoriedad y con la consecuencia de transferir a la relación accesoria de fianza la causa onerosa de la obligación principal, la Sentencia de 11 de abril de 1972. El tribunal trataba de fundamentar la onerosidad de aquella fianza para incluirla dentro de los actos válidos del administrador de la sociedad de gananciales, a cuyo fin dice incidentalmente de una fianza solidaria que «por su propia esencia es un contrato de garantía y accesorio respecto de una obligación principal, cuya suerte sigue, por carecer en nuestro Derecho de valor abstracto e independiente de aquélla, que en este caso es, como se ha referido, un contrato de préstamo y crédito carente de toda idea de gratuidad».

## 2. ABSTRACCIÓN Y EXTERNIDAD DE LA CAUSA

En realidad, la divergencia de opiniones en cuanto a la causalidad o abstracción de los contratos de garantía obedece en algunas decisiones a mimetismo con doctrinas extranjeras, pero también, otras veces, a que el juzgador o el autor contemplan, alternativamente, dos distintos aspectos de la causa: como tipo negocial en un caso (arts. 1.272 y 1.276), y como intercambio o liberalidad (art. 1.274) en otro: en este segundo caso, además, en relación a la garantía prestada por tercero.

Como tipos negociales los contratos de garantía revelan paladinamente su función económico-social, y en ese sentido las obligaciones o atribuciones que producen habrían de calificarse de causales: es más, la presencia de una obligación principal (con su propia causa) de la cual es accesorio el contrato de creación de la garantía, acentúa el aspecto causal de este último.

Mas por el hecho de que el contrato de creación de garantía tenga un *nomen*, no quedarían causalizadas las atribuciones que comporta. Al contrario, de igual modo que se concibe un contrato abstracto de transmisión de la propiedad (cosa distinta es si vale o no en Derecho español), cabe también imaginar una constitución abstracta de hipoteca o prenda,

es decir, una constitución que no revele si media en ella contraprestación o liberalidad. Dígase lo mismo de la fianza.

Mas en España no está admitido el negocio real abstracto, y probablemente tampoco el obligacional.

Por eso, *inter partes*, es decir, cuando el deudor da bienes suyos en prenda o hipoteca, la relación ha de entenderse causal, aun cuando no se exprese el porqué de la constitución: salvo prueba en contrario, la constitución coetánea con el nacimiento del crédito se entenderá correspondiente a la concesión de éste, y a la ulterior habrá que buscarle otros motivos que equivalgan a una contraprestación, o de lo contrario, se reputará gratuita.

La abstracción de la que nos hablan la Resolución de 31 de julio de 1928 y las Sentencias de 14 de enero de 1935 y 27 de junio de 1941 es explicación de un fenómeno determinado por la disociación entre, de una parte, la figura del deudor, y, de otra, la del constituyente de la garantía; es decir, por la presencia de tres sujetos en la relación.

No se trata, entonces, propiamente, de abstracción de causa en el sentido de que ésta no se declare o manifieste. La declaración es habitual, pero no necesaria: es más: por ejemplo, cuando alguien presta un aval bancario, el acreedor sabe perfectamente que el contrato celebrado entre el banco y el afianzado es oneroso, es decir, que el banco percibe una comisión por el aval prestado. Tampoco hay abstracción de causa en el sentido de una convención de las partes dirigida a privar a la causa o negocio obligacional de influencia directa sobre el negocio de disposición.

Es el propio legislador quien, tradicionalmente, en los negocios de garantía prestada por tercero, ha venido a privar de influencia sobre la garantía prestada y, en general, sobre la relación garante-acreedor, a la relación que sirve de base a la garantía cuando, como sucede corrientemente, tal relación es externa al acreedor e interviene entre garante y deudor.

Lo que se abstrae aquí es la *justa causa* en su conjunto: el negocio intervenido aisladamente con el deudor y al que es ajeno el acreedor. Por ejemplo, si el garante prestó la fianza, o depositó unos valores, o hipotecó la finca ante la promesa de una retribución que luego no le pagan, o porque se disponía así en un testamento que luego se declara nulo o estaba revocado, mientras tales motivos no se hallen incluidos como parte del negocio de garantía concluido con el acreedor, serán ajenos a él, y el acreedor no sufrirá las consecuencias de su desaparición. Como dice THALLER, «las tradiciones jurídicas exigen que la obligación de un fiador se despoje de toda causa..., no debiendo inquirir el acreedor si el fiador estaba o no obligado por una deuda preexistente y regular en favor del

deudor de quien sale garante. En toda hipótesis el fiador se obliga por el peso mismo de la intercesión».

Lo contrario ocurriría si la relación causal mediase entre garante y acreedor, pues entonces, no pagado el precio de la prestación de la garantía (si ésta es retribuida), la garantía se resuelve: sencillamente, porque la causa ya no es *externa*. No es, pues, la circunstancia de la prestación de garantía por tercero la que determina la falta de influencia de la causa sobre aquélla, sino la *externidad* de la relación causal. Adicionalmente, la garantía proporcionada por el deudor tiene una causa propia y distinta en la relación deudor-acreedor: habitualmente será la simple exigencia del acreedor que condiciona la concesión del crédito a la presencia de la garantía (entonces la causa carece de relieve, enmascarada por el crédito mismo); pero si la causa fuera una promesa adicional del acreedor (de conceder unas condiciones más favorables, o un plazo, o una rebaja), la no verificación de esta promesa tendría asimismo influencia sobre la garantía. Como, igualmente, cualquier otra relación entre el acreedor y el deudor.

La *externidad* no existe, para la jurisprudencia francesa, cuando la ilicitud de la causa es conocida por el acreedor. Valga como ejemplo la Sentencia de 12 de noviembre de 1904, del Tribunal de Apelación de Nancy, que anula una fianza por tener causa contraria a las buenas costumbres. En el caso el fiador había garantizado la deuda de una mujer galante sólo para obtener la continuación de sus favores y proseguir las relaciones adúlteras que existían entre ambos, y el acreedor, habituado a semejantes operaciones, estaba al corriente de esta situación.

## V. ONEROSIDAD Y GRATUIDAD EN LA CONSTITUCION DE GARANTIA

### 1. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La cuestión de la onerosidad o gratuidad de la obligación o de la atribución de garantía sólo puede plantearse en relación a la causa de que trata el artículo 1.274.

**Diversos autores** entienden que este aspecto del negocio de garantía no debe juzgarse autónomamente, sino dependiendo del negocio fundamental del cual es accesorio. En particular, para la hipoteca dice BAUDRY-LACANTINERIE que, pactada en el mismo contrato de deuda, será negocio gratuito si el contrato principal es de donación, y oneroso si media correspondiente. Consecuencia que hace depender de la accesoriedad de la hipoteca, la cual no puede sino seguir la suerte del negocio principal.

El argumento no es convincente: el carácter accesorio o auxiliar de la garantía hace depender a ésta del crédito en cuanto a su existencia, pero distinta cosa es si el negocio constitutivo de hipoteca debe asumir la misma naturaleza gratuita u onerosa que el constitutivo de la obligación; lo esencial en este caso es ver si a cambio de la garantía en cuanto tal, se prestó algo.

Sin duda, normalmente, la tesis de BAUDRY-LACANTINERIE es exacta, pero no necesariamente. El propio autor, para la constitución de hipoteca ulterior al nacimiento del crédito, varía de opinión, y afirma que la constitución es gratuita si la deuda no era exigible y no hay entrega de equivalente o correspectivo; estimando que la constitución es onerosa si se realiza para la seguridad de un crédito exigible, y en tal caso sólo será revocable por fraude de acreedores cuando el acreedor hipotecario haya participado en él. Alegando una sentencia de la Corte de Casación según la cual el deudor de una suma exigible que constituye hipoteca en favor del acreedor otorga lo que éste hubiera podido reclamarle judicialmente.

SACERDOTI, en posición aislada, afirma que la cuestión de la gratuidad u onerosidad no puede plantearse en tema de negocios de garantía por cuanto éstos no pueden ser nunca gratuitos, ya que no representan un enriquecimiento para el acreedor garantizado, el cual no podía sacar de la garantía más de cuanto ya le es debido. Opinión que confunde los negocios gratuitos (género) con la donación (especie). Esta produce propio enriquecimiento de una persona a costa del correlativo empobrecimiento de otra, mientras los primeros dan lugar a una simple ventaja no compensada por un correspectivo; no se puede negar que el acreedor obtiene una ventaja de la garantía, por lo cual la onerosidad o gratuidad dependerá de que, a cambio de aquélla, proporcione algo que constituya un correspectivo.

Hoy se acepta comúnmente la idea de que los negocios de garantía, por su esencia y por su función, se presentan como indiferentes respecto a la gratuidad o la onerosidad. Pero ello no significa que se resistan a adoptar el carácter oneroso o gratuito, sino que se adaptan por igual a uno u otro, y que para calificarlos no podemos limitarnos a examinar el tipo contractual, determinado por su función misma, sino que hemos de indagar, caso por caso, la razón que justifica la intercesión. Como dice PUGLIATTI, «todos los negocios jurídicos de garantía se prestan a ser considerados como de naturaleza neutra en sí mismos, esto es, pueden adquirir el carácter de onerosos o gratuitos sin mudar de naturaleza». «En definitiva—continúa—, el negocio de garantía sólo puede ser oneroso o gratuito según los casos concretos, como por lo demás puede acaecer en otros tipos contractuales (préstamo mutuo, mandato, depósito, etc.). En su esquema puro, y abstractamente considerado, no revela todavía su na-

turalaleza al respecto, la cual sólo puede establecerse plenamente examinando sus vínculos con lo que se puede llamar *relación subyacente*.»

Por lo demás, observa este autor, el concepto de onerosidad es amplísimo, comprendiéndose en él cualquier relación entre ventaja y sacrificio, o más bien cualquier condición de la cual pueda entenderse dependiente la prestación de la garantía.

Como en otros aspectos del llamado requisito de la *causa* de los contratos de garantía, también aquí es preciso distinguir, de una parte entre la prestación de garantía contemporánea al nacimiento del crédito y la ulterior a él; y, de otra, entre la constitución de garantía por el propio deudor y la realizada por un tercero ajeno a la relación de deuda.

## 2. CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA POR EL PROPIO DEUDOR

Siendo constituyente de la garantía el deudor, el negocio es a título oneroso cuando, a cambio de la prestación de aquélla, el deudor estipuló alguna ventaja en favor suyo.

Cuando la garantía se presta contemporáneamente con la concesión de crédito, se ha de presumir que éste se concede a causa de aquélla, y por consiguiente el establecimiento de la garantía se entiende siempre oneroso. Tomemos como ejemplo—dice CARIOTA-FERRARA—un préstamo hipotecario: sin duda, el prestamista en tanto proporciona la cantidad prestada en cuanto el prestatario asume la obligación de restituir el *tantundem eiusdem generis* y concede hipoteca sobre finca suya en garantía del cumplimiento de tal obligación. De modo que, contemplando la relación del lado del acreedor, para éste el equivalente viene representado por la obligación de restituir y la hipoteca; mirándola desde la parte del deudor, la deuda que éste asume y la hipoteca que concede tienen como correspectivo la cantidad prestada. La hipoteca, pues, no se constituye gratuitamente, esto es, sin equivalente, sino a título oneroso, porque representa uno de los dos sacrificios necesarios (ambos necesarios) para obtener el crédito, es decir, la cantidad solicitada en préstamo.

Dejemos el mutuo y supongamos, en cambio, que frente a una parte constituye una obligación la otra (es decir, se obliga a darle algo, o hacer algo en su servicio) garantizada con hipoteca o prenda, sin dar el *accipiens* nada a cambio de la obligación ni de la garantía: evidentemente, ambas son gratuitas.

Será a título oneroso la garantía que se presta después de la concesión del crédito y correspondiente nacimiento de la obligación, cuando en consideración a ella el acreedor concede un plazo o remite una sanción o una facultad de denuncia, o concede una reducción en el tipo de interés, etc.

A tales convenios—dice VON TUHR—se les aplican los principios de los contratos bilaterales: siempre que no esté obligado a prestar la garantía previamente, el deudor puede demorarla hasta tanto el acreedor efectúe la contraprestación; en caso de mora del acreedor, el deudor puede resolver el contrato y exigir la devolución de la garantía.

NICOLÓ y CARIOTA-FERRARA entienden que dada la accesoriedad de la función de garantía, incluso la naturaleza onerosa o gratuita del negocio no pueda establecerse previamente sino remitiéndose a sus relaciones con el crédito garantizado. Con esto llegan a la misma conclusión antes apuntada, es decir, que la prestación de la garantía es onerosa cuando constituye un medio para obtener la concesión del crédito: entonces ambos negocios, aun cuando estructuralmente distintos, se realizan en una relación de interdependencia, sobre la base de un acuerdo sustancialmente unitario. La onerosidad se produce en tal caso tanto si el crédito es a título oneroso como a título gratuito (por ejemplo, préstamo sin interés), e incluso con mayor razón en este segundo caso, en el cual, a diferencia del primero, la prestación de la garantía es el único sacrificio para obtener el crédito. Esto demuestra que el negocio de garantía no siempre y necesariamente es oneroso o gratuito, según lo sea el crédito dependiente de él.

Sólo cuando no existe ninguna suerte de contraprestación, constituye la garantía, en opinión de la doctrina, una atribución patrimonial gratuita; por tanto, cuando ésta es prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella, o la garantía se prestase después de la concesión y sin acuerdo previo, sin que el deudor obtenga ninguna ventaja por la prestación de dicha garantía.

Aunque sea gratuita, en ningún caso la garantía por deuda propia constituye donación, en cuanto que no acrece el activo patrimonial del acreedor. En efecto, ni el deudor viene a sufrir un empobrecimiento, ni el acreedor obtiene un propio enriquecimiento, en cuanto que ni a través de la garantía el uno da mayor suma de la que debe, ni el otro recibe más de lo que le corresponde. La garantía constituye simplemente un contrato de beneficencia: un negocio a título gratuito, en cuanto que el acreedor no da nada y recibe una ventaja, es decir, mejora su condición de acreedor aumentando la probabilidad de ver satisfechas sus pretensiones.

La cuestión de la onerosidad de la garantía prestada tiene especial importancia en tema de acción revocatoria, porque en el segundo caso basta demostrar la condición gratuita para que se presuma el *consilium fraudis* (art. 1.297-1.º del Código Civil), mientras que si el negocio es oneroso hay que probarlo en relación al prestador de la garantía y al acreedor garantizado.

En el Derecho español plantea y resuelve esta cuestión la ya citada Sentencia de 14 de enero de 1935. Recuérdesse que el hermano Rafael, en-

deudado con los bancos mediante numerosas letras avaladas por sus hermanos, constituyó hipoteca sobre casi todas sus fincas en favor de éstos, días antes de caer en concurso, para que éstos cobrasen al menos en parte, las cantidades que sin duda habían de reclamarle los bancos prestamistas; pero esta constitución de hipoteca dejaba insolvente al hermano Rafael y por tanto daba mucho que pensar a sus burlados acreedores, que eran numerosos y por cantidades importantes. Estos otros acreedores denunciaban el fraude en su recurso de casación, alegando en primer lugar que «cuando una persona está a punto de suspender pagos, constituye una inmoralidad alterar la situación de sus acreedores favoreciendo a unos y perjudicando a otros. Y por ello, la Sala infringe, por aplicación indebida, el artículo 1.276 del Código Civil, que sólo consiente aceptar una causa sigilada cuando se prueba que es verdadera y lícita; y el 1.275, por inaplicación, ya que éste considera ilícitas las causas que se oponen a las leyes y a la moral». Argumentaban asimismo que en el momento de confesar el deudor serlo de sus hermanos Alberto y José por la suma de 790.000 pesetas, no había recibido de ellos esa cantidad ni otra alguna, y sí sólo le habían avalado las letras. Pero además, en definitiva, hacían valer la presunción de fraude de los actos gratuitos por cuanto «la constitución de hipoteca ha sido mirada siempre como un acto de enajenación, y por eso el artículo 2.030 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que para hipotecar bienes inmuebles de menores se han de observar las mismas formalidades establecidas para la venta», y que «los hipotecantes no dieron nada a cambio de garantizar sus créditos con hipoteca». La verdad es que el Tribunal Supremo admite la connivencia en el fraude de los tres hermanos, al declarar unas deudas que todavía no habían nacido, y por tanto el argumento de la gratuidad no era indispensable para el fallo, pero lo acepta también, sin duda a mayor abundamiento. «Reconocida—dice—la autenticidad de la escritura hipotecaria impugnada, es evidente que dicho negocio jurídico, estudiado en su génesis y consumación, no constituye una garantía inmediata y verdadera de las supuestas obligaciones que pretende asegurar, cuya confesión se hizo sin duda para cohonestar así el establecimiento de la carga real inmobiliaria sobre el patrimonio del deudor, amenazado por un inminente juicio concursal que sobrevino poco tiempo después y por ejecuciones despachadas a los pocos días del otorgamiento, sustrayendo los bienes, mediante este artificio, a las responsabilidades de créditos legítimos, sino el fraude pauliano imputable a dicho deudor, demostrado palpablemente y que trasciende a los terceros intervinientes; porque si aquél operó a sabiendas de que la hipoteca convencional imposibilitaba la efectividad del pago debido a sus otros acreedores comunes, los terceros favorecidos con la garantía hipotecaria, concedida graciosamente, actuaron *de lucro captando*, ya que sus pretendidos créditos

ganaron jerarquía al transformarse de ordinarios en privilegiados, sin contraprestación que beneficiase al deudor, salvo la ventaja a todas luces tendenciosa de permitirle la continuación en el tranquilo disfrute posesorio de los bienes afectados por el gravamen, a virtud de la cual maniobra permanecerían indemnes frente a las resultancias naturales de los juicios ejecutivos y del concurso de acreedores; y en tal sentido procede que, declarando el referido contrato de hipoteca como originado y extendido *ex lucrativa causa*, sea rescindido por haberse otorgado en fraude; todo ello a tenor de la presunción *iuris tantum* del artículo 1.297, párrafo primero, del Código Civil, y en gracia a este precepto acoger el segundo motivo de casación.»

Aunque se llega al mismo resultado, no se aduce aquí, como razón de la gratuidad de la constitución de hipoteca, el haber sido hecha posteriormente al supuesto nacimiento de la deuda, y por tanto, no considerándose contraprestación de ella.

### 3. CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA POR TERCERO

La constitución se entiende onerosa y hay que demostrar la connivencia en el fraude del acreedor para impugnar la garantía: *a)* cuando ésta se haya constituido a la vez que la obligación a título oneroso, y *b)* en relación a aquellas garantías concedidas luego, si lo han sido a cambio de un equivalente: contraprestación realizada por el acreedor al tercero, cesión del acreedor al deudor, aplazamiento de pago, quita, rebaja del tipo de interés, etc. En cambio, no sería suficiente, a falta de cada uno de estos elementos o circunstancias, el hecho de que el deudor o cualquiera otra persona hubiera retribuido al prestador de la garantía, pues de la gratuidad u onerosidad de ésta debe juzgarse en relación al concedente y al acreedor, sujeto del negocio de garantía, pero en los términos que vamos a ver inmediatamente.

De acuerdo con la línea seguida en anteriores análisis confrontaremos sucesivamente con el problema a la garantía constituida a la vez que la deuda y la creada después.

*a) Garantía contemporánea.*—La posición de acreedor garantizado la adquiere el acreedor mediante la prestación del aseguramiento por el deudor o el tercero garante.

*a')* Si este tercero recibe algo por prestar la garantía, debemos distinguir si se lo da el deudor o el acreedor. En el primer caso, no sólo la relación del tercero con el deudor (obligación de garantizar y, en su caso, de mantener la integridad del objeto dado en garantía o la propia solven-

cia) es onerosa, sino también, en virtud de cuanto digo a continuación, la relación con el acreedor. En el segundo caso, celebrando el tercero el contrato de garantía con el acreedor, tal contrato (oneroso en la relación garante-creedor) puede suponer una liberalidad del acreedor: no del garante. Dígase lo mismo si es una cuarta persona extraña la que retribuye al fiador o pignorante.

b') Si el garante nada recibe por prestar la garantía, ni del deudor ni del acreedor, en opinión de REDENTI realiza un acto gratuito. Pero cuando el acreedor sólo lo es en virtud de una atribución suya al deudor —por ejemplo, le ha prestado una suma de dinero—, es mucho más probable la opinión contraria, de la onerosidad del acto en relación con el acreedor, el cual concede el crédito—presumiblemente—en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero. Lo pone de relieve una sentencia italiana en el supuesto del aval cambiario prestado sin retribución: aun entonces la concesión del crédito por parte del banco viene subordinada no sólo al pago de los intereses y de la provisión, sino también, y esencialmente, a la presencia en la cambial de diversas firmas que garantizan la recuperación de la suma anticipada. De donde aquel que pone su propia firma como avalista, a fin de que el título pueda ser útilmente presentado al descuento, entra en el ámbito de la relación como elemento esencial de la misma; por tanto, debe sufrir su disciplina, la cual es unitaria, en virtud de la solidaridad cambiaria. Por tanto, los acreedores del garante que ejerzan la acción revocatoria deberán demostrar la complicidad del acreedor en el fraude cometido por aquél.

b) *Garantía ulterior.* Volveremos a distinguir si el acreedor, a cambio de la garantía, ha concedido alguna ventaja al deudor: moratoria, reducción de la cantidad debida o el tipo de interés, etc., o no. En el primer caso resulta clara la naturaleza onerosa de la garantía: al sacrificio del garante corresponde un sacrificio del acreedor. Que tal sacrificio sea en ventaja de un tercero (deudor, extraño al contrato de garantía), en opinión de CARIOTA-FERRARA, no significa nada: ciertamente el acreedor da un equivalente por el beneficio que recibe, y por tanto, el negocio en relación a él no puede considerarse gratuito, lo cual «implica que tampoco pueda calificarse como tal en relación al otro sujeto, dada la unidad del negocio». En cambio, BONELLI y PUGLIATTI piensan que como la garantía implica una relación con dos personas, esta relación puede ser de mera liberalidad frente a una de ellas y correspectiva e interesada en cuanto a la otra. Y, en efecto, cuando, a instancia y a riesgo de un fiador, el acreedor concede facilidades a su deudor a cambio del aseguramiento de la deuda, más parece que se ha de apreciar aquí una liberalidad del fiador frente al deudor, quien consigue las facilidades sin dar nada propio a cam-

bio ni prestar servicio alguno. No es de aceptar, pues, la opinión de NICOLÓ, según la cual cuando la garantía es posterior al crédito debe contemplarse exclusivamente la posición del concedente, y por consiguiente el negocio ha de tratarse como gratuito cuando para dicho concedente no se deduzca del negocio ninguna ventaja, siendo irrelevante que, en cambio, le sobrevengan tales ventajas al deudor garantizado. Cuando el garante proporciona al deudor tales rebajas o moratorias concedidas a su instancia por el acreedor, contrata con este último a título oneroso.

Cuando el acreedor recibe la garantía de tercero, recibe una ventaja a costa de éste, cualquiera que sea la relación que medie entre dicho tercero y el deudor: si nada ha concedido al deudor el acreedor, el acto es gratuito, salvo que el garante reciba una retribución o compensación del acreedor. Contratada por el deudor la garantía, se entiende que hay una liberalidad indirecta en favor del acreedor, y si es el acreedor el que paga al garante, celebra una suerte de seguro de su crédito. La gratuidad, pues, en tales casos, se reduce a la relación entre acreedor y deudor. Tal parece ser el sentido de la Sentencia de 3 de junio de 1946, al decir que en la aceptación de una letra de complacencia la causa para el aceptante es «la liberalidad de proporcionar tal beneficio de garantía, sin que ello por sí solo implique la renuncia a resarcirse del desembolso que haya de realizar, pues tal liberalidad es sólo para un negocio y momento determinado y no envuelve de ninguna manera una donación».

La garantía se presume fraudulenta a efectos del ejercicio de la acción revocatoria por los acreedores del garante exclusivamente cuando es gratuita en relación con el garante mismo y frente al acreedor, es decir, si aquél no ha percibido contraprestación y además el acreedor no la ha dado al deudor. Pues en cuanto el acreedor haya dado facilidades al deudor a cambio de la garantía del tercero, éste, en relación al acreedor, no realiza una liberalidad.

c) En cualquier caso, como la garantía gratuita no constituye propia donación al acreedor garantizado, directa ni indirecta (puesto que éste no recibe enriquecimiento alguno, sino aquello que ya le era debido), no tiene tal acreedor ninguna obligación de colacionar en caso de suceder al que ha proporcionado la garantía.

Se argumenta asimismo que teniendo el garante la acción de regreso contra el deudor, ningún enriquecimiento verdadero deriva para aquél.

Sólo—dice CARIOTA-FERRARA—cuando el garante renuncie a tal acción puede la garantía salir del campo de los simples negocios a título gratuito y entrar en el de la donación. Pero también entonces los extremos de la donación no se pueden entender realizados por el hecho de que se

ha prestado la garantía acompañándola con la renuncia a la acción de regreso: esto ocurrirá, en cambio, cuando el garante haya pagado realmente la deuda al acreedor.

#### 4. LA CANCELACIÓN DE GARANTÍAS

En opinión de VON TUHR, «la cancelación del derecho de garantía (remisión de la fianza, renuncia a la garantía real) es una atribución patrimonial del acreedor en favor de la persona contra quien se dirige su derecho, esto es, del fiador o del propietario de la cosa que es objeto del derecho de garantía. Esta atribución patrimonial es abstracta. Puede efectuarse *solvendi causa* o sin que le preceda una obligación; puede haber o no contraprestación: en este último caso se trata de un acto dispositivo a título gratuito, pero no de una donación. Por el mismo motivo, no constituye donación la concesión de un rango registral preferente cuando se efectúa sin correspondiente».

Por supuesto, el autor no se refiere a la cancelación del asiento registral estableciendo un gravamen hipotecario, sino a la extinción del derecho material de garantía. Tal extinción puede tener lugar por convenio o por renuncia unilateral del acreedor; mediante una contraprestación o sin ella; relativamente a la garantía prestada por el propio deudor o por un tercero. A ella son aplicables los criterios antes expuestos. Así, la extinción de la hipoteca o prenda, convenida entre el deudor que la constituyó y su acreedor, es un acto gratuito cuando no se hace con correspondiente, y oneroso si obedece a una elevación del tipo de interés, al aumento de la cantidad a pagar o a una reducción del plazo. En cuanto a la garantía prestada por tercero, la extinción pactada por el garante con el acreedor a cambio de una compensación que recibe éste del deudor o de otra persona es un negocio oneroso frente a dicho garante y no podría ser revocado, bajo la presunción de fraude de los actos a título gratuito, por los acreedores del acreedor, sin perjuicio de representar una liberalidad en la relación entre la persona extraña que paga al acreedor para que consienta en liberar al garante y éste mismo. Si esa persona es el deudor, la cuestión presenta otros aspectos, pues el deudor tenía el deber de dejar indemne al garante y, por tanto es más discutible que realice una liberalidad; pienso, con todo, que tal deber no consistía en abonar una cantidad o realizar otra prestación a cambio de la desvinculación del garante.

## 5. MATIZACIÓN DEDUCIDA DEL ARTÍCULO 1.843 DEL CÓDIGO CIVIL

a) *Explicación del precepto*

El artículo 1.843 del Código Civil tiene origen romano y raigambre en todos los Derechos europeos. Al Código Civil llega a través de la doble vía de las Partidas y del Código de Napoleón.

A tenor de tal precepto, en su inicio, «el fiador aun antes de haber pagado puede proceder contra el deudor principal: 1.º Cuando se ve demandado judicialmente para el pago». Las Partidas, de acuerdo con el Derecho romano, exigían para que el fiador pudiera pedir al deudor principal «que lo quite de la fiadura», que éste fuera condenado a pagar la deuda; pero en el antiguo Derecho francés, la práctica se contentaba con que se hubiera iniciado la persecución del fiador: «según nuestra práctica francesa—leemos en POTHIER—, el fiador no está obligado a esperar a ser condenado. En cuanto es perseguido por el acreedor puede citar al deudor principal como garante suyo, e incluso debe hacerlo, pues a falta de ello el deudor no está obligado a pagar al fiador los gastos hechos antes de su propia citación a la causa, sino los de la presentación de la demanda originaria y los hechos después de haber sido llamado».

Pero DOMAT y BOURJON iban más lejos y permitían al fiador accionar antes que fuera perseguido, y sólo porque la deuda había llegado a su vencimiento. «Si el principal obligado—decía DOMAT—se halla en mora para pagar al acreedor la deuda vencida, el fiador puede perseguirle y obligarle a la relevación aunque el acreedor no reclame nada». Y según BOURJON, «una vez vencida la obligación, el fiador tiene acción contra el deudor principal para obligarle a liberarle de la fianza».

Esta fórmula pasa a los Códigos francés e italiano, de los cuales es traducción casi literal el apartado 4.º de nuestro artículo 1.843: «cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haberse cumplido el plazo en que debe satisfacerse». «El fiador—comenta BORSARI con referencia al Código Civil italiano—tiene entonces pleno derecho a pagar y accionar en reembolso contra el deudor. Pero antes de que pague se le concede acción, no para reembolsarse, sino para la relevación.» Obsérvese que este apartado 4.º de los Códigos latinos hace innecesario el primero y tradicional: la demanda contra el fiador sólo puede plantearse con éxito si la deuda es exigible, y siéndolo, ya no es necesario que sea demandado para que él pueda pedir la relevación o garantía.

Según el apartado 2.º del citado artículo 1.843, la relevación procede igualmente «en caso de quiebra, concurso o insolvencia». El proyecto isabelino era más expresivo: «cuando el deudor se declara en quiebra,

o hay temores fundados de que se declare, o comienza a disipar su fortuna». Las Partidas, siguiendo al Derecho romano, autorizaban al fiador a pedir la relevación «si aquel a quien fió comienza a desgastar sus bienes» (5, 12, 14), y lo mismo el Fuero real: «si aquel por quien fió comenzare de malmeter o de enajenar lo suyo» (3, 18, 8).

GARCÍA GOYENA, relativamente al proyecto de 1851, distingue de una parte el caso de quiebra y de otra el de disipación: «puede el deudor hallarse en quiebra o a punto de ella sin disipación, y haber ésta sin temor próximo de aquélla: en cualquiera de estos casos debe permitirse al fiador que tome sus medidas de precaución o de seguridad contra el deudor; si éste es disipador hay, desde luego, peligro y, por otra parte, no merece consideración alguna». El Código Civil francés, en un país donde no se conoce el concurso de acreedores, habla de «quiebra o insolvencia» (*deconfiture*), advirtiendo GUILLOUARD, en cuanto a esta última expresión, que «tratándose de un texto excepcional que deroga la regla general según la cual el fiador sólo puede accionar contra el deudor cuando pagó, y siendo de interpretación restrictiva, es preciso que la insolvencia sea completa, de modo que las inquietudes del fiador sobre la fortuna del deudor, por serias que sean, no le facultan para pedir la relevación». Pero esta inteligencia del precepto se rechaza por la mayor parte de la doctrina y por el Derecho comparado. En el Código Civil suizo, por ejemplo, la acción de garantía procede cuando el deudor pierde parte importante de su fortuna, de modo que el fiador corre riesgos sensiblemente más considerables que en el momento en que se había comprometido; y lo mismo, esencialmente, en el Código Civil alemán. En efecto, como dice BORSARI, llegado el deudor a total insolvencia, «el remedio llega tarde: toda la deuda la tendrá que pagar el fiador. El concepto de la ley no puede ser el que expresan las palabras: se debe referir a aquellos remedios de los cuales yo me puedo valer útilmente. Lo que considera la ley es una situación tendente a la inopia, estimándose que la acción del fiador podrá salvar alguna cosa en su propio provecho. Las ventas de bienes del deudor para consumir el precio, su vida desordenada y las crecientes deudas que contrae son signos de próxima ruina: el fiador podrá actuar enérgicamente; pedir el secuestro judicial de los bienes que quedan, obtener la venta de estos bienes y con el precio pagar cuanto se pueda de la deuda».

Con arreglo al apartado 3.º, la liberación del fiador procede *inter partes* «cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y este plazo ha vencido». El Derecho romano exigía para que el fiador pudiera pedir su descargo después de cierto plazo que se hubiera estipulado esto inicialmente, mientras el antiguo Derecho francés no distinguió entre el compromiso contraído a raíz del contrato y el

intervenido posteriormente: una vez llegado el plazo, el fiador podía pedir su relevo.

Finalmente, el apartado 5.º previene la relevación «al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años». Algún texto romano habla de un tiempo *considerable*, y las Partidas de que el fiador «oviese estado gran tiempo en la fianza». La escuela de BARTOLO concretó ese tiempo en el bienio, y otros autores en los diez años (en ambos casos sobre la base de muy discutibles analogías con otros textos romanos), mientras según las Partidas «este tiempo debe ser determinado según alvedrío del juzgador»; antes había propuesto la misma solución algún texto romano (D. 17, 1, 38). Supuesto de hecho de la norma es la garantía de una obligación principal de vencimiento indefinido pero que se supone afianzada durante un tiempo razonable y no más de él. No se trata, pues, de obligaciones que por su propia naturaleza carecen de vencimiento o lo tienen en fecha muy lejana, como la responsabilidad del tutor derivada de la rendición final de cuentas; la del usufructuario; la del marido en relación a la dote o la del deudor de una renta vitalicia, sino de deudas afianzadas cuyo cumplimiento se retrasa por más tiempo del que pudo pensar el fiador. POTHIER pone como ejemplo las rentas temporales (sucedáneo, en su tiempo, del contrato de préstamo a interés), cuyo rescate era frecuente en plazo no muy largo. En ellas «el fiador ha contado con que el deudor reembolsaría la renta y que su fianza no sería eterna; es por eso por lo que cuando dura demasiado debe ser admitida su demanda de que el deudor le descargue, reembolsando la renta».

La razón de esta excepción, según la doctrina dominante en Francia, reside en el carácter de beneficencia del contrato de fianza. Aunque la obligación principal no tenga término fijo, no se debe suponer que el fiador haya entendido quedar obligado por muy largo tiempo y es equitativo limitar la duración de su compromiso.

Termina diciendo el artículo 1.843 que «en todos estos casos la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor». La acción de relevación, pues, no confiere al fiador, ni el derecho a embargar bienes del deudor, porque todavía no es acreedor ni tiene título ejecutivo, ni el de tomar otras medidas semejantes: sólo puede accionar a fin de que, si es posible, el deudor se ponga de acuerdo con el acreedor de modo que éste releve de la fianza al que la prestó, y no accediendo el acreedor en términos razonables, proporcione el deudor a dicho prestador una garantía suficiente de que la fianza no le producirá pérdida o daño alguno.

El artículo 1.843 no se aplica cuando la garantía se ha constituido exclusivamente por obra del acreedor y sin intervención del deudor. El fiador, ciertamente, no puede actuar entonces contra el deudor al amparo del artículo 1.843: no hay entre uno y otro vínculo inicial alguno, y las obligaciones de éste frente a aquél no nacerán sino cuando el fiador haya pagado.

Ocurre lo mismo si el fiador se ha comprometido en interés del deudor pero a pesar suyo; contra su voluntad: la realización de un acto que el deudor no quería no puede autorizar al fiador para ejercitar unas acciones que supondrían un empeoramiento de la situación del deudor sin consentimiento de éste.

b) *Aplicación de los principios que inspiran el artículo 1.843 del Código Civil al tema de la onerosidad o gratuidad de la constitución de garantía*

Volvamos al caso de la Sentencia de 14 de enero de 1935. El hermano Rafael constituyó hipoteca en favor de sus hermanos, avalistas de los créditos que él había tomado. Tal constitución de hipoteca es declarada por el Tribunal Supremo negocio gratuito, y envuelta, por tanto, en la presunción de fraude del artículo 1.297-1.º del Código Civil.

Mas la aplicación del artículo 1.843 podría hacer dudar de la validez de esta solución. Pues si el fiador (acaso, en términos más generales, el garante) puede proceder contra el deudor principal para obtener «una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor», la prestación de esa garantía por el afianzado es un acto debido: algo que podía exigir el fiador y por tanto no es un acto gratuito. Como si la ley hubiera interpretado que en la liberalidad del garante no entran los riesgos extraordinarios: la garantía se presta para asegurar un pago cuya realización se supone segura, mientras persista esa certeza, y no más allá. O sea: se considera que el fiador ha prestado su concurso en la idea de que, salvo un cambio radical de las circunstancias, no habrá de pagar la deuda ajena, actuando él de asegurador contra ese cambio de las circunstancias, pero sobre la base de que tal cambio es de producción tan anormal como el incendio de la cosa asegurada, y de que, en caso de producirse, primero ha de soportar sus consecuencias el deudor principal, quien inmediatamente queda obligado a relevarle de la fianza o de garantizarle frente al riesgo de haber de pagar la deuda. Obligación de relevar o garantizar que es, entonces, una limitación de la liberalidad del fiador o garante, y que determina la no gratuidad del cumplimiento de aquélla: el deudor que releva o garantiza al fiador nada le regala y se limita a cumplir una obligación que le impuso antecederentemente la ley. De igual modo

que no hace una donación quien devuelve la cantidad que recibió en préstamo gratuito.

A estos argumentos cabría oponer que la prestación de fianza es un instrumento de ampliación de la responsabilidad cuyas consecuencias no tienen por qué sufrir los restantes acreedores del afianzado, y que la relevación o garantía del fiador a costa del deudor no puede perjudicar la *par condicio* de los otros acreedores. Pero si el acreedor estaba en situación de embargar al deudor principal y éste podía pagar la deuda onerosa (por ejemplo, el precio de una venta o la restitución de la cantidad prestada) realizando un pago que no sería revocable para el no comerciante y sólo en los términos de la retroacción de la quiebra para el comerciante, la misma razón parece haber para que la garantía debida al fiador en caso de «insolvencia» del deudor afianzado esté sometida a idéntico régimen de relativa irrevocabilidad. Véanse *supra* las explicaciones de BAUDRY-LACANTINERIE en el epígrafe V, 1.

El problema se centra, por tanto, en determinar cuándo se produce alguno de los supuestos del artículo 1.843, que obliga a constituir garantía en favor del fiador y permite calificar la constitución de acto oneroso.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO