

BREVE ESTUDIO SOBRE LA FIANZA

MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima.
Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

"No menos que el saber me place el dudar".

Dante Alighieri.

SUMARIO:

- I. Introducción.- II. Elemento personal: 1. Capacidad; 2. Solvencia.- III. Naturaleza jurídica.-
IV. Accesoriedad y subsidiariedad.- V. Extensión y alcances de la obligación asumida.-
VI. Beneficio de excusión y fianza solidaria.- VII. Beneficio de división y fianza indivisible.-
VIII. Temporalidad: 1. Plazo determinado; 2. Plazo indeterminado.- IX. Derecho de reembolso:
1. Deber de coordinación; 2. Acciones para el reembolso.- X. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del universo de garantías no siempre resulta posible obtener la afectación de determinado bien, sea porque el deudor carece de patrimonio significativo, sea porque para el deudor no es conveniente entregar la posesión del bien por afectar, sea porque el bien sobre el cual se pretende constituir la garantía real no está registrado, etc., de manera que para respaldar finalmente la correspondiente operación crediticia el acreedor sólo cuenta con la posibilidad de obtener de tercera persona una "prenda genérica", adicional a la del deudor, para cuyo efecto celebrará el correspondiente contrato de fianza.

Sin embargo, lo anterior no significa que la fianza, como afectación genérica o indirecta de bienes, sea una garantía de segunda clase. La fianza es una garantía empleada de manera muy frecuente porque ofrece ciertas ventajas comparativas, como es la relacionada con su rápida constitución (sólo exige de forma escrita) y su pertinencia cuando el monto de la obligación garantizada no justifica la constitución de una garantía real, siendo además que, en algunos casos, resulta comercialmente posible que la persona del fiador, por su prestigio y solvencia, pueda representar para el acreedor una seguridad inclusive mayor que la derivada de obtener una garantía real. En ese orden de ideas, la fianza resulta ser un instrumento útil para facilitar la contratación y el consiguiente intercambio de bienes y servicios, siendo bajo esa racionalidad que corresponde estudiarla.

Agradeciendo a la revista **ADVOCATUS** por la oportunidad brindada, el presente artículo tiene por objeto analizar algunos aspectos del contrato de fianza en relación con su regulación en nuestro Código Civil, ensayando interpretaciones y asumiendo posiciones que esperamos sean de utilidad para quienes están interesados en la lectura crítica del mencionado cuerpo normativo, de manera que al celebrarse esta clase de negocios puedan adoptarse las previsiones que resulten más convenientes, considerando la racionalidad económica de la figura.

II. ELEMENTO PERSONAL

1. Capacidad

El artículo 1876 del Código Civil exige que el constituyente sea persona capaz, capaz de obligarse. En ese sentido, lo primero que nos preguntamos es si dicha exigencia se refiere a la capacidad de goce o a la capacidad de ejercicio.

Suele establecerse una sinonimia entre persona y capacidad de goce, señalándose que todo individuo es una persona (por el solo hecho de poseer existencia) y, en ese orden de ideas, como persona tiene capacidad de goce, mas no posee necesariamente la de ejercicio. En realidad, la personería posee un componente pasivo, porque conforme se ha señalado en alguna oportunidad se es persona y, como consecuencia de ello, se tiene personería, se es sujeto de derecho, no necesitándose reconocimiento legal alguno. En cambio, la capacidad de goce es un concepto que se asocia a aptitudes jurídicas, susceptibles de modificación normativa, poseyendo un componente activo, porque se tiene capacidad para algo o respecto de algo, admitiéndose grados o limitaciones permanentes o temporales. Si bien del artículo 3 del Código Civil pareciera desprenderse una identidad entre persona y capacidad, de su propio texto se deriva la posibilidad que ambos conceptos puedan disociarse, y es que un individuo siendo persona siempre va a tener capacidad de goce, aunque la misma pueda verse excepcionalmente limitada. La capacidad jurídica o de goce es inherente al sujeto de derecho, más allá de su extensión.¹

Por lo expuesto, para fines de la constitución de la fianza se requiere necesariamente de capacidad de goce, presumiéndose que toda persona, en principio, es titular de los derechos civiles, entre ellos celebrar contratos como el de fianza, salvo expresa prohibición o limitación de la ley.²

Por su parte, la capacidad de ejercicio se refiere a la posibilidad que un individuo ejerza directamente los derechos civiles de los cuales, por el mérito de su capacidad de goce, es titular. En el caso que dicho individuo se encuentre impedido de manera permanente o temporal de ejercer personalmente sus derechos, por carecer de capacidad de ejercicio, mediante el instituto de la representación legal (patria potestad, tutela o curatela) su intervención personal será sustituible, de manera que a través de tercero legitimado podrá ejercer el respectivo derecho civil. De otro lado, a través de la representación voluntaria, cumplidas las exigencias de ley, el titular del derecho civil que posee capacidad de ejercicio podrá actuar a través de tercera persona. En ambos casos de representación la intervención del tercero se imputa directamente al representado, como si éste hubiese participado personalmente en el acto, conforme al artículo 160 del Código Civil.

Ahora bien, volviendo al artículo 1876 del Código Civil, dicha norma dispone que "[e]l obligado a dar fianza debe presentar a persona capaz de obligarse (...)" y aunque dicha exigencia (capacidad para obligarse) está asociada a determinada circunstancia regulada por dicho artículo (cuando es el propio deudor quien está obligado a obtener fianza a favor del acreedor, lo cual corresponde a las denominadas fianzas convencionales y legales), ello no significa que el requisito de capacidad bajo comentario sólo sea aplicable para la fianza de génesis convencional o legal, dado que es obvio que todo fiador debe ser sujeto capaz, porque de lo contrario se afectaría la validez del negocio celebrado, conforme al primer inciso del artículo 140 del Código Civil y demás disposiciones aplicables.

En ese sentido, ¿puede plantearse una fianza, más allá de su origen convencional o legal, en la que el fiador no sea persona capaz? No, definitivamente, pero resulta manifiesto que, en los casos de fianza convencional y legal, como consecuencia de presentarse a persona que no está impedida de contratar (y que además presenta razonable solvencia patrimonial), el acreedor carecerá de legitimidad para rechazar la garantía personal ofrecida. Ahora bien, de generarse

¹ Sobre esta materia nos remitimos a los trabajos *El histórico problema de la Capacidad Jurídica y Capacidades de Goce y Ejercicio: Causales, Extensión y Límites de la Incapacidad*, de los profesores FERNÁNDEZ, Carlos y CIFUENTES, Santos, respectivamente, publicados en *Código Civil Peruano, 10 Años, Balances y Perspectivas* (Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima), Tomo I, Ediciones Especiales S.A., Lima, 1995, pp. 75-136 y 137-145, respectivamente.

² Por ejemplo, el artículo 1366 del Código Civil establece precisamente restricciones temporales a la capacidad de goce, restricciones aplicables sólo para determinadas personas.

dicho rechazo, por una cuestión de dinámica procesal, correspondería al deudor probar, para enervar el vencimiento de plazo derivado del artículo 1877 del Código Civil, que el tercero presentado para contratar es capaz (y solvente); sin embargo, dado que la capacidad de goce se presume en términos plenos (por el hecho de ser persona, conforme hemos enunciado precedentemente), corresponderá finalmente al acreedor demostrar la situación excepcional, esto es, que el tercero no presenta la capacidad exigida para fines de obligarse válidamente.

Lo anterior nos permite también concluir que el artículo 1876 del Código Civil no se refiere a la capacidad de ejercicio, sino a la capacidad de goce, esto es, que el fiador debe ser persona que no esté legalmente impedida de contratar fianza, al margen de que se obligue personalmente o a través de representante, de allí que la referencia del artículo bajo comentario sea precisamente a *persona capaz de obligarse*.

Tratándose de la representación voluntaria, ¿es necesario cumplir con el artículo 156 del Código Civil? De acuerdo a la norma mencionada, para disponer y gravar los bienes del representado se requiere que el encargo no sólo sea indubitante, sino que además conste otorgado ante Notario Público y por escritura pública, bajo sanción de nulidad. ¿El hecho de otorgar fianza entraña una afectación de los bienes del representado (fiador) y, por lo tanto, debe observarse la formalidad solemne sancionada en el artículo 156 del Código Civil?, ¿no representa la fianza, por ser una garantía personal, una afectación genérica o indirecta de bienes? Si se pretende llegar a la conclusión que el artículo 156 del Código Civil es aplicable para fines de otorgar fianza, ello significaría afirmar implícita y finalmente que no estamos ante una garantía personal, sino ante una de carácter real, dado que ésta entrañaría una afectación específica o directa de bienes, muebles o inmuebles. Sabemos que no es así.

Podría señalarse, y lo hemos escuchado en diversas oportunidades, que la fianza representa mediatamente una afectación de bienes, ya que el acreedor podrá finalmente ejecutarlos en caso la garantía no sea honrada, por lo que al haber una afectación de bienes corresponde aplicar el artículo 156 del Código Civil. De admitirse dicha tesis como cierta, debería también admitirse, por consistencia, que en realidad todo contrato representa una afectación de bienes (en un arrendamiento, por ejemplo, si el arrendatario no paga la renta, el arrendador tendrá derecho a cobrarla, pudiendo inclusive embargar y ejecutar los bienes del arrendatario, ya que en caso de incumplimiento de la prestación adeudada, el acreedor puede afectar al patrimonio del deudor) y en esa línea de razonamiento no quedaría sino aceptar que para celebrar toda clase de contratos debería observarse necesariamente lo exigido en el artículo 156 del Código Civil. Creemos que dicha interpretación no debe prosperar. En esta materia resulta fundamental distinguir claramente los conceptos de garantías personales y garantías reales, siendo que las primeras no entrañan afectación precisa de bienes, mientras que las segundas sí, razón por la cual las garantías reales demandan necesariamente publicidad, posesoria o registral, para oponer el derecho adquirido sobre determinado bien. No olvidemos que el cumplimiento de toda obligación siempre está respaldado con la denominada "prenda genérica" del deudor (y ciertamente el fiador es un deudor, así como lo es un comprador, un arrendatario o un contratista), en el sentido que todo el patrimonio responde, pero ello no significa que se constituya efectivamente una prenda y que se requiera poder especial para gravar bienes si es que el deudor (en este caso, el fiador) interviene a través de apoderado.

Volviendo al tema de la representación voluntaria para otorgar fianza, si bien no existe disposición en el Código Civil que exija determinada formalidad (solemne o probatoria) para fines del respectivo poder, no es menos cierto que por una elemental razón de seguridad jurídica el acreedor requerirá de inscripción registral vigente del poder invocado al momento de contratar, lo cual a su vez implicará que dicho poder conste en escritura pública, sin que esto último permita identificar continente con contenido, ya que dicha forma no será sustancial (artículos 143 y 225 del Código Civil).

Precisada la cuestión sobre la forma del poder para fines de otorgar fianza a través de representante voluntario, ¿se requiere que el apoderado tenga facultades expresas para afianzar? Dicho de otra manera, ¿puede afianzarse mediante poder con facultades generales?

Sobre la base de que la representación se interpreta restrictivamente, habrá que analizar en cada caso si las facultades otorgadas son suficientes para celebrar contratos en general y fianza en particular. Así, de haberse otorgado facultades sólo para determinadas operaciones, es evidente que por exclusión se carece de representación para otras (por lo que si a pesar de ello se celebra un contrato de fianza, el mismo será ineficaz respecto al pretendido representado, conforme al artículo 161 del Código Civil). En cambio, de haberse facultado ampliamente a contratar, inclusive sin reserva ni limitación alguna, sin prohibirse celebrar fianza, entendemos que las facultades otorgadas serían suficientes para que el contrato bajo comentario sea plenamente eficaz. Se trata, en consecuencia, de determinar la suficiencia o no de la representación otorgada para fines de celebrar fianza, sobre la base de los principios de interpretación correspondientes, siendo el primero y elemental el método literal. No obstante, debemos señalar que en el mundo negocial, en la práctica, no tenemos duda que así como se exige por una razón de seguridad que la representación esté inscrita y se encuentre vigente, de la misma forma y por la misma justificación se suele exigir que las facultades para afianzar sean expresas, aunque esto último no implica que sea legalmente necesario.

De otro lado, aunque sólo tratándose de personas jurídicas, el artículo 1870 del Código Civil exige *suficiencia* de poderes por parte del respectivo representante. Nótese que la ley no exige poderes *expresos* sino *suficientes*, lo cual lleva a un tema de interpretación sobre los alcances de la representación que hubiese sido otorgada. En nuestra opinión, la disposición del artículo 1870 del Código Civil no sólo se aplica en los casos de representantes de personas jurídicas, sino en general debería aplicarse ante cualquier circunstancia en que se invoque representación. Y es que sería absurdo sostener que el representante de una persona jurídica debe poseer facultades suficientes, sin que ello a su vez resulte exigible a representantes de personas naturales. Por una razón de interpretación sistemática de las normas, sobre la base del interés protegido y considerando que ante una misma situación se requiere de una misma regulación, la *suficiencia* de las facultades es consustancial para la representación que pudiese invocarse en cualquier caso.

2. Solvencia

Dado que la fianza entraña la afectación genérica o indirecta de bienes, el garante debe ser persona solvente, esto es, con suficiencia patrimonial (activos) que le permita afrontar una eventual ejecución de la garantía otorgada. Y es que en términos de racionalidad económica, más allá de la solvencia personal (en el sentido de haber interiorizado el concepto de la palabra empeñada y, por lo tanto, de hanzar los compromisos asumidos), lo cierto es que el acreedor contrata con determinada persona por cuanto le interesa contar con un segundo patrimonio de respaldo, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. En ese sentido, la solvencia del fiador es un requisito inherente a esta garantía. Como corolario, debemos también concluir que la exigencia sobre solvencia contenida en el artículo 1876 del Código Civil es aplicable para toda clase de fianza al margen de su origen, porque resulta inconcebible que el acreedor contrate con persona insolvente.

Sin embargo, el problema de las garantías personales es que la situación patrimonial de toda persona es variable, dinámica, ya que el patrimonio del fiador al pretenderse ejecutar la garantía puede ser diametralmente distinto (por reducción) al patrimonio existente al momento de su constitución. Esa es precisamente la circunstancia que dificulta la aceptación de las garantías personales, por cuanto el seguimiento de la situación patrimonial del fiador significa un alto costo, siendo que el acreedor carece de derecho persecutorio sobre los bienes del garante, ya que la "prenda genérica" no representa finalmente prenda alguna.

Ahora bien, asumamos que el fiador disminuye sensiblemente su patrimonio después de otorgada su garantía personal y deviene en una situación de insolvencia. ¿Podría el acreedor invocar el artículo 1877 del Código Civil (“*Cuando el fiador ha devenido insolvente, el deudor debe reemplazarlo por otro que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1876. Si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación*”)? En otras palabras, ¿asume el deudor el riesgo de insolvencia del fiador?

De un lado, podría sostenerse que, en caso de insolvencia del fiador, el acreedor puede aplicar efectivamente la previsión contenida literalmente en el artículo 1877 del Código Civil, en el sentido que el deudor asume el respectivo riesgo. A mayor abundamiento, el argumento podría ser reforzado con lo ya señalado en el sentido que los requisitos personales del fiador, capacidad y solvencia, son aplicables a toda fianza, más allá de su génesis. No obstante ello, la tesis precedente colisiona con el artículo 1869 del Código Civil, el cual establece que la fianza puede otorgarse prescindiendo de la voluntad del deudor. ¿Cómo justificar que el deudor asuma el riesgo de una operación respecto de la cual no se obtuvo su consentimiento? o, en todo caso, ¿cómo justificar la asunción del riesgo cuando el deudor se opuso a la celebración de la fianza? Es más, podría darse el supuesto de que la fianza se hubiese celebrado con total desconocimiento del deudor y que éste sólo sea informado de la existencia de la garantía cuando el fiador devino en insolvente.

Frente a dichas objeciones podría sostenerse que, no obstante lo dispuesto en el artículo 1869 del Código Civil, relacionado al perfeccionamiento constitutivo del contrato, en la realidad económica (la cual debe ser el fundamento fáctico de las figuras jurídicas) el gran beneficiado con la garantía otorgada siempre es el deudor, situación que inclusive puede haber permitido -al obtener directamente el acreedor la garantía de un tercero- la concesión del crédito, de manera que así como el deudor se benefició con la garantía, debería correlativamente asumir el respectivo riesgo si es que aquella se pierde, siendo que el artículo 1877 del Código Civil se fundamenta precisamente en esa consideración. Sin embargo, de otro lado, también podría sostenerse que desde el momento en que para la celebración de la fianza resulta jurídicamente irrelevante la manifestación de voluntad del deudor (porque sería absurdo que el acreedor necesite del consentimiento del deudor para mejorar, por su cuenta, sus posibilidades de recuperación cuando el crédito sea exigible), mal puede pretenderse que dicho deudor asuma los problemas en que pudiera verse envuelto el acreedor como consecuencia de la insolvencia de su fiador. Destaquemos este último posesivo.

Es más, de admitirse que el deudor asume el riesgo de insolvencia, ello se prestaría fácilmente a fraudes en perjuicio de aquel. En efecto, pongamos el ejemplo conforme al cual Otto presta S/. 10,000 a Max sin garantía alguna, préstamo que será pagadero al año. Luego de ello, ante la necesidad de “acelerar” el pago del préstamo (porque Otto desea destinar la suma mutuada para fines “más rentables” advertidos posteriormente a la celebración del mutuo), Otto “celebra” un contrato de fianza con Baco, advirtiéndolo al poco tiempo de la insolvencia de este último a Max. En consecuencia, siguiendo la posición con la que el deudor asume el riesgo de insolvencia del fiador, Otto requiere a Max la sustitución de Baco como garante o, en su defecto, la constitución de una garantía idónea, caso contrario dará por vencido el plazo concedido y exigirá el pago inmediato de la suma mutuada (artículos 1877 y 181, inciso 3 del Código Civil). Conforme al ejemplo propuesto, el deudor estaría obligado a garantizar el crédito -por más que ello no hubiera sido un acuerdo contractual originario- para evitar la pérdida del beneficio del plazo. En buena cuenta, el problema del acreedor con su fiador resultaría finalmente siendo trasladado al deudor, quien estaría desprovisto de defensa alguna.

Por razones de equidad y seguridad nos inclinamos decididamente hacia la segunda de las posiciones enunciadas. No le corresponde al deudor asumir el riesgo de insolvencia del fiador, por más que la fianza esté estructurada, en términos de racionalidad económica, sobre la base de

la solvencia del garante. Es más, de la lectura conjunta de los artículos 1876 y 1877 del Código Civil se concluye que el deudor (que es un tercero respecto al contrato de fianza) no asume el riesgo de insolvencia del fiador, salvo que el garante hubiese sido presentado por aquel (fianza de origen convencional o legal). En efecto, si el deudor debía presentar a un tercero para que lo garantice, como requisito para la concesión del crédito, para su desembolso o para la subsistencia del beneficio del plazo, el Código Civil no sólo reitera el presupuesto de capacidad, sino que además destaca que ese tercero debe ser solvente. En consecuencia, el acreedor carecerá de legitimidad para rechazar la garantía si es que el tercero es efectivamente capaz y solvente, de manera que la celebración del contrato de fianza quedará finalmente subordinada a que las partes (acreedor y tercero presentado) se pongan de acuerdo en los términos y condiciones de la operación. En ese orden de ideas, si luego de celebrado el contrato, el fiador incurrir en insolvencia, resulta lógico que el acreedor esté autorizado a demandar su sustitución al deudor porque la garantía fue requisito de la operación crediticia. Es más, en rigor, estimamos que resulta ociosa la previsión contenida en el artículo 1877 del Código Civil, dado que el artículo 181 del mismo cuerpo normativo, en cuanto regula la caducidad del plazo, resulta suficiente sobre la materia.

Por lo tanto, por un principio de interpretación sistemática, el artículo 1877 del Código Civil no puede leerse aisladamente del artículo 1876 que lo precede. No obstante, dicha lectura no significa que la asunción del riesgo de insolvencia por parte del deudor sólo sea posible en el escenario de fianzas convencionales o legales, ya que nada impide que un deudor pueda asumirlo voluntariamente en ejercicio de la libertad contractual.

A mayor abundamiento, si nos remitimos a los antecedentes del Código Civil vigente, conforme al artículo 1940 del proyecto elaborado por la denominada Comisión Reformadora, en caso de insolvencia del fiador, el deudor asumía dicho riesgo, *"salvo que la fianza haya sido otorgada por la persona querida por el acreedor"*, con lo cual quedaba claramente establecido que el supuesto de hecho para que el deudor asumiera el riesgo de insolvencia del fiador era la celebración de una fianza con origen convencional o legal. Sería deseable incorporar en nuestro Código Civil dicha precisión normativa, evitándose desgastes interpretativos.

Por último, ¿a qué insolvencia se refiere el artículo 1877 del Código Civil?, ¿se trata de la insolvencia regulada por las normas sobre reestructuración patrimonial? Consideramos que la insolvencia a que hace mención el Código Civil no exige de declaración administrativa o judicial, sino que se trata de la simple circunstancia en que se genera una incapacidad de pago. Debemos tener presente nuevamente que la racionalidad económica de la fianza radica en que el acreedor cuenta con un segundo patrimonio, por lo que si éste resulta finalmente inexistente o insuficiente, el acreedor queda facultado para replantear su relación con el deudor garantizado en la medida que éste hubiese estado obligado a presentar un garante solvente. Queda entendido que, para contradecir el requerimiento de sustitución formulado por el acreedor, el deudor deberá probar finalmente la solvencia del fiador.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Nuestro ordenamiento civil sanciona a la fianza como un contrato típico, siendo sus partes el acreedor y el fiador (deudor de la respectiva obligación, la misma que es accesoria y subsidiaria respecto a la proveniente del crédito garantizado), advirtiéndose que la persona del acreedor es la misma que la de la obligación principal.

Conforme hemos señalado, la fianza no requiere la participación del deudor para su constitución, pudiéndose celebrar el respectivo contrato inclusive en su ignorancia o contra su voluntad (artículo 1869 del Código Civil). ¿Cuál es la relevancia de que el Código Civil distinga las situaciones de celebración de una fianza con desconocimiento o en ignorancia del deudor?, ¿qué efectos pueden derivarse de ello cuando el tercero no es parte contractual? Sobre la base de

que el fiador asume una deuda propia³, conforme se desprende de la tipificación negocial contenida en el artículo 1868 del Código Civil, es obvio que no son aplicables las disposiciones legales relacionadas con la legitimidad universal del tercero para pagar deuda ajena (el denominado Pago del Tercero) de manera particular, la autorización para hacerlo con o sin consentimiento del deudor (artículo 1222 del Código Civil, disposición que tiene un efecto directo en cuanto al derecho de reembolso que corresponde al tercero pagador⁴). En ese orden de ideas, el asentimiento del deudor a la constitución de la fianza no puede leerse en términos semejantes a los que corresponden en el contexto del pago de una deuda ajena.

¿Qué significa entonces la referencia a una fianza celebrada finalmente con o sin asentimiento del deudor? Dado que las normas legales deben interpretarse para que tengan determinado sentido antes que para concluir que carecen del mismo, consideramos que el artículo 1869 del Código Civil debería relacionarse con el tema de la asunción del riesgo de insolvencia, tratándose de aquellas fianzas cuyo origen no es convencional ni legal. De dicha manera, si el acreedor y el tercero se ponen de acuerdo en que este último garantiza al deudor, de contarse con la intervención de éste en el contrato, podría presumirse que dicha intervención significa una tácita asunción del riesgo de insolvencia, porque de lo contrario carecería de sentido que el deudor intervenga en un negocio jurídico que le resulta formalmente ajeno, aunque no le sea extraño. Uno interviene para algo o, visto de otra manera, se permite la intervención de un tercero para algo, siendo ese algo una materia que interesa a las partes contratantes. Obviamente, la interpretación precedente genera una presunción legal relativa e implícita sobre los alcances de la intervención, la misma que podría ser quebrada si se demuestra que el deudor intervino por otras razones, sin asumir el riesgo de insolvencia, tales como para asumir el compromiso de reembolsar el íntegro de lo que pudiese ser pagado por el fiador, al margen de que el pago de este último le fuese útil o no.

Volviendo al tema de las partes del contrato de fianza, la prescindencia de la voluntad del deudor para perfeccionar la garantía está plenamente justificada porque, conforme ya hemos enunciado, el acreedor no puede depender del consentimiento de aquel para mejorar su situación respecto al crédito garantizado, considerando que la fianza puede celebrarse antes, simultánea o posteriormente al nacimiento de la obligación garantizada (artículo 1872 del Código Civil). De exigirse normativamente el consentimiento del deudor (dado que, eventualmente, el fiador podrá convertirse en su acreedor por el tema del reembolso derivado de la ejecución de la garantía), y tratándose de una operación por celebrarse, el acreedor podría obtenerlo fácilmente ya que goza de una clara ventaja estratégica, porque de lo contrario no concedería el crédito que estaría garantizado. Sin embargo, tratándose de obligaciones principales ya celebradas, en las cuales sólo está pendiente que el deudor realice el respectivo pago, en caso de admitir que el asentimiento del deudor resulta necesario para fines del perfeccionamiento constitutivo de la fianza, tendríamos que admitir que su negativa explícita o implícita frustraría la posibilidad de que el acreedor mejore su situación con miras a la recuperación del crédito, lo cual es definitivamente inadmisibles.

Ahora bien, dado que las obligaciones voluntariamente asumidas pueden provenir tanto de un contrato como de una declaración unilateral, ¿resulta posible que pueda constituirse fianza mediante declaración unilateral? Desde el momento en que el Código Civil regula la fianza como

³ Sobre esta materia nos remitimos al trabajo elaborado por el profesor CÁRDENAS, Carlos, *Fianza y Responsabilidad del Fiador*, el mismo que aparece publicado en *Ensayos de Derecho Privado (Reflexiones de un tiempo)*, Ediciones Jurídicas, Tomo I, Lima, 1994, pp. 587-605.

⁴ En el pago del tercero, el tercero antes de pagar se asegura el reembolso del íntegro abonado en la conformidad del deudor a dicho pago, porque de lo contrario habría que determinar si el pago fue útil o inútil para el interés del deudor. En cambio, en la fianza una cosa es la celebración del contrato y otra muy distinta es la oportunidad de ejecución del pago correspondiente, de manera que el asentimiento del deudor a la constitución de la garantía no puede interpretarse necesariamente como un consentimiento anticipado para reembolsar el íntegro de lo pagado (conforme analizaremos más adelante en el presente trabajo), al margen de la utilidad o inutilidad del pago realizado. Hay un tema de oportunidades.

contrato, entendemos que con ello está implícitamente descartando la posibilidad de que pueda constituirse por el mérito de una sola voluntad, ya que se necesita del concurso de voluntades, de dos voluntades.

Con relación a este último tema, ¿cómo explicar entonces la naturaleza de la denominada *carta fianza bancaria*? No tenemos duda que la carta fianza es efectivamente una garantía y que inclusive es especialmente requerida por los acreedores por la solvencia de quien la emite. Sin embargo, ¿se trata efectivamente de una fianza, conforme está regulada en el Código Civil?

Como su nombre lo indica, la carta fianza es un documento (en forma de carta) que emite una institución financiera, a solicitud y generalmente por cuenta del deudor garantizado, dirigido al acreedor. Dicho documento, una vez emitido, es entregado por el banco al solicitante (quien ha asumido un crédito directo contingente frente al emisor) para que lo entregue posteriormente al acreedor en cumplimiento de la obligación asumida (origen convencional o legal de la garantía). En ese sentido, no existe una declaración de aceptación expresa por parte del destinatario de la garantía (acreedor)⁵ y es precisamente por ello que surge la cuestión: ¿estamos realmente ante una fianza?

De acuerdo al artículo 1871 de nuestro Código Civil vigente, la fianza es un contrato formal, esto es, un contrato en el que la manifestación de voluntad de las partes (entiéndase oferta y aceptación) debe constar necesariamente bajo determinada forma (en este caso, la simple forma escrita), porque de lo contrario el acto jurídico celebrado será nulo, inexistente y, por consiguiente, ineficaz. No se trata, como se desprende textualmente del artículo 1352 del Código Civil, que exista una manifestación de voluntad y que la misma demande, además, la observancia de una forma necesaria, sino que la declaración de voluntad sea calificada, por lo que, para que se admita su existencia, debe expresarse necesariamente de determinada manera y no de otra; hay una solemnidad de por medio.⁶ En ese sentido, no se trata que sólo esté por escrito la oferta o sólo lo esté la aceptación, sino que la manifestación de voluntad de cada una de las partes debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.⁷ En esta materia debe precisarse que no sólo se trata que los términos y condiciones de la garantía estén por escrito (tema asociado a la denominada literalidad e interpretación restrictiva de la fianza), sino que las voluntades de

⁵ Dejamos a salvo la situación excepcional regulada en el segundo párrafo del artículo 121 del Reglamento de la Ley de Constataciones y Adquisiciones del Estado (según texto aprobado mediante D.S. No. 013-2001-PCM), el cual dispone que "las entidades están obligadas a aceptar las garantías que se hubieren emitido conforme a lo dispuesto en el párrafo precedente (cartas fianza), bajo responsabilidad", lo cual no hace sino confirmar la regla general en el sentido que normalmente no se produce dicha aceptación cuando se recibe la garantía en cuestión, aceptación expresa que al ser exigida tendría por finalidad generar el perfeccionamiento constitutivo de la garantía a favor de la entidad pública, siempre y cuando dicha aceptación sea dirigida al emisor de la carta fianza, poniéndose así término a cualquier especulación sobre si la garantía es efectivamente una fianza o no.

⁶ Sobre esta materia nos remitimos a los comentarios de LOHMANN, Guillermo, en su obra *El Negocio Jurídico*, Librería Studium Editores, Lima, 1986, pp. 104-106, quien destaca que las formalidades solemnes o sustanciales son necesarias para dotar de eficacia constitutiva al respectivo negocio. Asimismo, resulta pertinente destacar los comentarios del autor nacional más autorizado en materia de contratos, DE LA PUENTE, Manuel, *El Contrato en General*, Primera Parte, Tomo I, En: Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, pp. 172-178, quien sobre la naturaleza de los contratos formales expresa: "El consentimiento, como declaración de voluntad, no debe darse conjuntamente con la solemnidad sino a través de ella. Con otras palabras, en los contratos solemnes el consentimiento se solemniza, de tal manera que sólo existe consentimiento en la medida que se preste en forma solemne. La solemnidad del acto jurídico (contrato) es la solemnidad de la declaración de voluntad (consentimiento)".

⁷ Es el maestro Manuel de la Puente, quien indica que "fejn los contratos entre presentes con comunicación inmediata el problema no tiene mayores consecuencias pues la oferta y la aceptación se dan en el momento de cumplirse la solemnidad, pero en el contrato entre ausentes sin comunicación inmediata se requiere que tanto la oferta como la aceptación guarden la solemnidad prescrita. Por ejemplo, si esta solemnidad fuera la escritura pública (es el caso de la fianza, la simple forma escrita), la oferta y la aceptación deben declararse por escritura pública (en el caso de la fianza, por escrito), debiendo llegar ambos instrumentos a conocimiento de los respectivos destinatarios" (los paréntesis son nuestros). Y es que no podemos olvidar que el consentimiento que perfecciona constitutivamente al contrato es justamente eso, un común sentimiento, un querer común, por lo que tratándose de contratos formales, la solemnidad, exteriorización del referido querer común, debe ser cumplido por ambas partes.

ambas partes deben constar de dicha manera, lo cual no significa que se exija simultaneidad en las declaraciones⁸, ni que en cada una de ellas se tengan que reproducir todos los términos y condiciones, ya que para fines de la aceptación bastará que se exprese por escrito la conformidad con los términos y condiciones ya contenidos en la oferta.

Sobre la base de lo anterior, en una carta fianza ¿consta la declaración de voluntad del acreedor por escrito?, ¿o sólo consta bajo dicha forma la declaración de voluntad del pretendido fiador? De acuerdo a los usos y costumbres comerciales, lo único que consta por escrito es la carta fianza misma, esto es, el documento elaborado y entregado por el garante al solicitante (un tercero), quien posteriormente lo entrega al acreedor, sin que éste exprese su aceptación por escrito, para que se entienda jurídica y válidamente celebrado el contrato cuando dicha aceptación llegue a conocimiento del garante.⁹

Por lo tanto, entendemos que por el carácter formal (formalidad sustancial, conforme a la Teoría del Acto Jurídico) de la fianza, la carta fianza no representa fianza alguna (sin que ello signifique que deje de ser una garantía personal), siendo que nuestra conclusión sería radicalmente distinta si la forma escrita no fuese necesaria, sino sólo requerida para fines probatorios (lo que implicaría que el contrato ya no sea formal sino consensual), como ocurre en otras legislaciones como en la francesa y la española, en las que la forma escrita como medio de prueba (formalidad no esencial) permite que siempre pueda observarse el principio de literalidad.

Frente a la conclusión precedente, podrían sostenerse como reacción al menos dos tesis para pretender fundamentar que la *carta fianza bancaria* es una fianza. En realidad, hasta podrían ser tres, aunque descartamos de plano que la carta fianza, por el hecho de denominarse precisamente fianza, lo sea de manera efectiva, y es que la naturaleza de las cosas no proviene del nombre asignado, sino del contenido del correspondiente negocio celebrado. La primera tesis invoca el perfeccionamiento del contrato de fianza a través de la aceptación tácita del acreedor (artículo 141 del Código Civil) representada por la circunstancia que éste no sólo recibe la garantía, sino que además no devuelve el documento que la contiene, siendo aplicable el artículo 1381 del Código Civil (*"Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa (...) se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación. La prueba de la costumbre (...) corresponde al oferente"*), asumiéndose que de acuerdo a los usos comerciales no se requeriría una aceptación expresa.¹⁰ La segunda tesis se sustenta en que la aceptación (tácita) del acreedor se produce cuando este último se dirige al banco (por escrito) para requerirle que honre la garantía recibida en su oportunidad¹¹, cumpliéndose así con la exigencia de que las voluntades de ambas partes estén expresadas por escrito.

⁸ LOHMANN, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 106.

⁹ Conforme al artículo 1373 del Código Civil, el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega a conocimiento del oferente, ya que nuestra legislación se adscribe a la Tesis o Sistema del Conocimiento para fines de la conclusión o perfeccionamiento contractual (artículo 1374 del Código Civil).

¹⁰ Sobre esta materia resulta pertinente revisar el trabajo del profesor ARIAS SCHREIBER, Max, en coautoría con CÁRDENAS, Carlos, *Exposición*, Tomo III, García Jurídica Editores, Lima, 1997, p. 255, quien, al comentar sobre la literalidad de la fianza, manifiesta de primer lugar que la naturaleza jurídica de las *cartas fianza bancarias* es discutible (reconociendo que hay posiciones contrarias), pero inclinándose aparentemente por aceptar que se estaría frente a una fianza (al menos por la similitud en lo que se refiere a la literalidad de la garantía), *"(...) siempre y cuando claro está, cuenten con la aceptación al menos tácita del acreedor"*. Más allá de la posición que sobre la materia pudo haber tomado el desaparecido jurista, lo cierto es que su análisis de la fianza es uno de los escasos estudios que existen en nuestra doctrina, en la que muchas veces los autores antes de analizar se limitan a parafrasear el Código Civil. Ahora bien, sobre la posición del ilustre profesor sanmarquino, conviene destacar que la literalidad no es un alicut privativo de las fianzas, sino aplicable a todas las garantías, y que invocar la literalidad como signo común entre la fianza y las *cartas fianza bancarias* para efecto de identificarlas, representa finalmente pronunciarse sobre una materia que no es objeto de discusión, ya que la controversia académica radica más bien en el carácter formal de la fianza desde el punto de vista de su formación contractual, para lo cual debe destacarse la diferencia entre lo que es un contrato consensual y uno formal.

¹¹ Esta es la posición que expresa PÉREZ, Álvaro, en su libro *Garantías Cívicas (Hipoteca, Prenda y Fianza)*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1984, pp. 389 y 390. Sin embargo, el comentario de dicho autor está relacionado con el marco legal colombiano, conforme

No compartimos ninguna de dichas tesis. Tratándose de la primera, porque la aceptación tácita se asocia, por su propia naturaleza, a contratos de perfeccionamiento consensual con libertad de forma, de manera que la manifestación de voluntad puede ser expresa (verbal, escrita o por cualquier medio directo) o tácita de acuerdo al artículo 142 del Código Civil. En cambio, en los contratos formales, la manifestación de voluntad siempre debe ser documental (así, en el contrato de fianza, se trata de la simple forma escrita, siendo que en otros casos se exige escrito de fecha cierta o escritura pública), por lo que en materia de perfeccionamiento constitutivo del contrato de fianza no cabe invocar una manifestación de voluntad tácita, derivada de un silencio circunstanciado, dado que la voluntad de ambas partes (no nos olvidemos que estamos ante un contrato) debe exteriorizarse de manera expresa, específicamente por escrito. De otro lado, resultaría hasta absurdo pretender la aplicación del artículo 1381 del Código Civil al tema de las cartas fianza ya que, según la parte final de dicha norma, la prueba de la costumbre de la suficiencia de la manifestación de voluntad tácita corresponde al oferente (en este caso, al banco) y no al destinatario, siendo que en el caso concreto es más bien al destinatario (el acreedor, quien habría aceptado la pretendida oferta) a quien corresponde demostrar la existencia del contrato. Y en lo que se refiere a la segunda tesis, discrepamos por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque en materia de contratación entre ausentes la aceptación de la oferta debe comunicarse con razonable inmediatez, ya que de lo contrario la oferta caducaría (artículo 1385, inciso 2, del Código Civil), de manera que en el caso propuesto la pretendida oferta de fianza ya habría quedado sin efecto por el solo transcurso del tiempo. Y en segundo lugar, porque la comunicación al banco no es para fines de generar contrato alguno, esto es, para recién perfeccionarlo constitutivamente a través de una comunicación que contiene la aceptación a la oferta recibida, sino que, por el contrario, sobre la base de que dicho contrato ya se habría generado y se encontraría vigente, la comunicación es para requerir que el fiador honre la garantía ya otorgada. Esa es la inteligencia del acreedor y no otra, y eso es además lo que se expresa por parte del acreedor.

El hecho que la *carta fianza bancaria* sea efectivamente o no una fianza no es sólo un tema académico vinculado a la oportunidad del perfeccionamiento constitutivo de los contratos formales, sino que determina significativas consecuencias de orden práctico, siendo la más notable la que afecta al derecho de reembolso que se deriva por haberse honrado la garantía.

Si bien conforme a lo precedentemente analizado, la carta fianza no es en rigor fianza alguna, sino una garantía unilateral, resulta fundamental determinar el régimen legal que le resultará aplicable. Dada su semejanza a la fianza, resultarían siendo aplicables -por analogía- las normas que regulan este contrato; sin embargo, en dicha hipótesis, descartamos la posibilidad de subrogación. Debe considerarse que la subrogación en materia crediticia es un beneficio excepcional que la ley otorga a determinadas personas para que, como consecuencia de un hecho generador, pasen a ocupar la posición jurídica de otra persona, sustitución que puede operar de pleno derecho (sin que la beneficiaria declare expresamente su voluntad en dicho sentido) o convencionalmente (por declaración, pero siempre que la beneficiaria esté legitimada para dicho efecto, de manera previa y expresa). En consecuencia, siendo un beneficio legal, sólo están autorizadas para subrogarse las personas legitimadas por la ley, por lo que el beneficio no puede hacerse extensivo, vía analogía, a otras. En dicho orden de ideas, el garante que genera su obligación por declaración unilateral no podría acogerse al beneficio establecido en el artículo 1889 del Código Civil, por lo que sólo podría dirigirse contra el deudor garantizado por el mérito de la simple acción de restitución para obtener el reembolso de lo pagado. De la misma manera, dicho garante tampoco podría acogerse a las normas sobre subrogación contenidas en la regulación sobre pago (por más que tenga la apariencia de tercero interesado), dado que si

al cual la fianza es un contrato que se puede perfeccionar incluso verbalmente, por lo que la forma escrita es sólo para fines de prueba. Esta situación no corresponde al modelo peruano, en el cual el contrato de fianza es formal, no consensual.

bien es un tercero respecto de la obligación principal garantizada, no realiza el pago de esta última, sino el de su propia obligación.

En consecuencia, tratándose de la *carta fianza bancaria*, por ser una garantía personal constituida por declaración unilateral, existe una imposibilidad jurídica para obtener la subrogación (como mecanismo para facilitar el reembolso de lo pagado, conforme trataremos más adelante), lo cual podría llevar a sostener que al garante le convendrá más bien realizar el pago de la obligación principal como un tercero, antes que pagar su propia deuda proveniente de la garantía otorgada, dado que en el primer escenario podrá subrogarse y en el segundo no. Desde ese punto de vista, la subrogación que invocan los bancos por haber honrado cartas fianza debería sustentarse finalmente en el pago de una deuda ajena, siendo este el caso de un tercero interesado que paga para evitarse un perjuicio (ejecución de su garantía), beneficiándose de la denominada subrogación de pleno derecho. Sin embargo, sobre esta posibilidad no podemos dejar de considerar los alcances del inciso 5 del artículo 217 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, el cual establece que las empresas bancarias no pueden garantizar operaciones de mutuo dinerario entre terceros, salvo que uno de ellos sea a su vez una entidad financiera. En dicho sentido, si se admite que los bancos no pueden garantizar específicamente operaciones de mutuo dinerario, debe también admitirse que no podría pretenderse que un banco pague una deuda ajena para reclamar luego un reembolso, debiendo considerarse adicionalmente que la posibilidad de dicho pago demandaría de una identidad entre los objetos de las prestaciones de las obligaciones principal y accesoria para admitir la posibilidad de que se pague deuda ajena, ya que de lo contrario el acreedor podría rechazar el pago ofrecido por el tercero (a menos que acepte una dación en pago).

Como se aprecia, hay todo un universo por explorar por lo que no podemos quedarnos en la posición simplista de sostener que la *carta fianza bancaria*, por el hecho de denominarse precisamente fianza, tiene esa naturaleza o porque en su contenido se invoquen determinadas normas que regulan a la fianza, como es el caso del artículo 1898 del Código Civil.

IV. ACCESORIEDAD Y SUBSIDIARIEDAD

1. Accesoriedad

La fianza, como toda garantía, tiene carácter accesorio, porque supone la existencia de un crédito, de una obligación principal garantizada, siendo aplicable el principio jurídico conforme al cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, mas no lo principal sigue la suerte de lo accesorio.

El artículo 1875 del Código Civil reconoce en la accesoriedad uno de los caracteres jurídicos de la fianza, estableciendo que dicha garantía "*no puede existir sin una obligación válida*", entendiéndose por esta última a la obligación principal respaldada, salvo el caso excepcional en que la fianza hubiera sido constituida "*para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal*". ¿Qué defecto de capacidad personal puede generar que el acto jurídico celebrado sea anulable y no nulo? Entendemos que se trataría de los contratos celebrados, por ejemplo, por incapaces relativos, esto es, por mayores de 16 pero menores de 18 años (artículos 44, inciso 1, y 221, inciso 1, del Código Civil).

Sobre dicha base, ¿a qué se refiere concretamente la excepción del artículo 1875 del Código Civil? Una primera lectura de los alcances de la norma consiste en que, en atención a que el acto jurídico anulable es válido y surte plenos efectos mientras no se declare judicialmente su nulidad (retrotrayéndose los efectos de dicha declaración al momento de la celebración del respectivo acto), la fianza que garantiza la obligación principal anulable es plenamente exigible mientras no se declare la invalidez de dicha obligación; por lo que una vez declarada la correspondiente

nulidad, la fianza quedará automáticamente sin valor ni efecto alguno. Una segunda lectura considera que la garantía subsistirá (con plena exigibilidad) inclusive en el caso que la obligación garantizada sea finalmente invalidada.

No compartimos la primera lectura precedente por cuanto es obvio que la fianza otorgada en las condiciones enunciadas (respecto a una obligación principal anulable, por defecto de capacidad personal) siempre será exigible mientras la obligación principal garantizada sea válida, esto es, mientras no sea judicialmente anulada. No hay mayor aporte en una lectura como la expuesta, ya que se trata finalmente de la estricta aplicación del principio *"lo accesorio sigue la suerte del principal"*. En realidad, el tema no radica en señalar que la fianza resultará exigible mientras que la obligación principal no sea invalidada, sino que, por el contrario, el tema radica en ¿qué sucede si se declara la invalidez de la obligación principal? En ese sentido, compartimos y hacemos nuestra la segunda lectura, pero con cierta precisión. Si partimos de la premisa que la fianza no es sino un instrumento para facilitar la contratación y permitir el tráfico comercial, puede resultar aceptable que el fiador esté dispuesto a aceptar ciertos riesgos, entre ellos que su garantía se mantenga vigente inclusive en el escenario que se llegue a invalidar la obligación garantizada por defecto de capacidad del deudor garantizado, ya que finalmente lo que puede primar es el interés del garante en que el deudor llegue a contratar con el acreedor.

No se trata de que la garantía se mantenga vigente en todos los casos en que se declare la nulidad relativa de la obligación principal por defecto de capacidad personal del deudor (porque de lo contrario estaríamos manteniendo la responsabilidad del fiador respecto de un contrato principal inválido), sino que sólo se mantendrá vigente si es que el propio fiador asumió dicho riesgo, esto es, en caso hubiese consentido en permanecer obligado, aún cuando la obligación principal quedase invalidada por una causal que debería ser identificada. En otras palabras, la fianza adquiere un carácter autónomo y entraña una situación muy semejante a la asunción de deuda directa por parte del fiador (con un efecto directo en cuanto al reembolso, dado que entendemos que éste ya no corresponderá ser invocado, de allí que el mantenimiento de esta responsabilidad del fiador sea ciertamente excepcional). De manera complementaria, debemos destacar que el fiador que garantiza la obligación principal anulable por defecto de capacidad personal (asumiendo dicho riesgo, lo cual debe ser expreso, en razón a que la fianza está sujeta al principio de literalidad e interpretación restrictiva) no podrá oponer al acreedor (mientras esté vigente dicha fianza) una excepción fundamentada precisamente en el defecto de capacidad personal (en aplicación de lo establecido en el artículo 1885 del Código Civil), ya que ha asumido el riesgo respectivo.

Puede sostenerse que a través de la lectura planteada sobre los alcances del artículo 1875 del Código Civil introducimos un requisito para su aplicabilidad no previsto explícitamente en el texto normativo.¹² Ciertamente. Pero también es cierto que no resultaría justo que el fiador de una obligación principal anulable por defecto de capacidad personal, quien ignora la causal de anulabilidad, termine asumiendo un mayor riesgo que el ordinario, manteniendo su garantía y negándosele indirectamente la posibilidad de reclamar el reembolso: se trata de aplicar simplemente un principio fundamental en materia de contratación: la observancia de la buena fe¹³, en especial en las etapas de celebración y ejecución contractual.¹⁴ Por ello, para pretender

¹² Ni en sus antecedentes históricos: artículos 2104 del Código Civil de 1852 y 1792 del Código Civil de 1936.

¹³ La buena fe como regla de conducta, en el sentido estricto que dieron los romanos al concepto de *"fides"* que no es creencia, sino fidelidad, confianza, honestidad, de allí la expresión de Cicerón: *"Favolamentum iustitiae est fides"*. Es precisamente por esto último que la buena fe es un concepto que atraviesa todo el Derecho Civil como su componente ético, como bien destaca el ilustre maestro español MIQUEL, José María, en su trabajo *Reflexiones en torno a la Buena Fe*, que corresponde a su ponencia presentada en el Congreso Internacional celebrado en Lima, del 16 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, la misma que está publicada en *Derecho Civil - Ponencias*, Dpto. de Impresiones de la Universidad de Lima, Lima, Perú, 1992, pp. 163-166.

¹⁴ El artículo 1362 del Código Civil es suficientemente preciso sobre esta materia.

aplicar la previsión contenida en la parte final del artículo 1875 del Código Civil entendemos que se requiere que el fiador no sólo haya conocido de la causal de anulabilidad, sino que además haya consentido en asumir el respectivo riesgo¹⁵ y nos atrevemos a sostener que ello corresponde a presupuestos implícitos a considerarse en el análisis de la norma, de allí que no podemos quedarnos en una lectura literal. Cosa distinta sería si el artículo 1875 del Código Civil dispusiese, por ejemplo, que subsistiría la responsabilidad del fiador aunque hubiese ignorado la incapacidad personal que justifica la anulabilidad de la obligación principal garantizada.

Por último, en cuanto a los alcances de la accesoriedad, no se requiere que la obligación principal preexista a la fianza o que se constituyan ambas simultáneamente, dado que la fianza puede constituirse inclusive en respaldo de obligaciones futuras determinadas o determinables. Queda entendido que, para efecto de la exigibilidad de la garantía, la deuda garantizada deberá estar ya liquidada, lo cual presupone que ya se encuentre determinada y haya adquirido existencia. El artículo 1872 del Código Civil contiene una expresa previsión sobre esta materia y, en este caso, sobran explicaciones.

2. Subsidiariedad

La fianza es una garantía subsidiaria porque su exigibilidad está subordinada finalmente a la exigibilidad de la obligación principal. En otras palabras, si la obligación principal (prestación a cargo del deudor) no es exigible, tampoco lo será la fianza (prestación a cargo del fiador). No nos olvidemos que las garantías son precisamente previsiones ante situaciones de incumplimiento, lo cual presupone exigibilidad de las deudas.

No obstante lo anterior, suele darse una lectura distinta a la subsidiariedad de la fianza, en el sentido que la responsabilidad del fiador (con la consiguiente ejecución de sus bienes) sólo sería exigible si es que el acreedor no hubiese podido satisfacer su crédito luego de haberse dirigido contra el deudor. En ese orden de ideas, la subsidiariedad se identifica con el denominado "beneficio de excusión" regulado en el artículo 1879 del Código Civil. No compartimos dicha lectura. Toda fianza siempre es accesorio y subsidiaria, porque su existencia y exigibilidad están subordinadas, respectivamente, a la existencia de una relación principal (válida, en principio) e inejecutada como consecuencia de haber sido requerida, de manera que sólo siendo exigible la obligación principal el acreedor queda legitimado para hacer efectiva la garantía, más allá del orden en que accione respecto a sus derechos (esto último en función a que el garante goce o no del beneficio de oponer excusión).

V. EXTENSIÓN Y ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA

Se sostiene que toda fianza es limitada por su propia naturaleza, porque su límite de ejecución está finalmente representado por lo adeudado al acreedor en la obligación garantizada, de manera que al fiador no puede exigírsele más de lo que sea exigible al deudor. En realidad, si se trata de ser rigurosos, lo enunciado precedentemente, por más que corresponde a una

¹⁵ Sobre esto, resulta pertinente destacar que los MAZEAUD, Henri, Jean y Léon, en su obra *Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera, Volumen I (Garantías)*, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1974, pp. 33 y 34, manifiestan que "cuando el fiador se obliga con conocimiento de la incapacidad del deudor principal, resulta posible justificar la validez de la fianza, afirmada por los redactores del Código Civil (...) No es posible, en todo caso, sostener que el fiador que haya garantizado la obligación sola (totalidad relativa: anulabilidad) sin conocer la incapacidad del deudor principal, ha incurrido en un error sobre la subsistencia, que le permitiría alegar la nulidad del contrato de fianza: ha creído obligarse accesorio y se ha comprometido principalmente". Y es que en opinión de dichos autores, cuando el artículo 2012 del Código Civil francés (en una norma semejante a la contenida en el artículo 1875 de nuestro Código Civil) reconoce la validez de la fianza constituida en respaldo de una obligación anulable por incapacidad del deudor como una excepción a la regla general de carácter accesorio de la indicada garantía, corresponde discriminar las situaciones en las que el fiador conoce o ignora dicha incapacidad, y en ese sentido destacan que la jurisprudencia francesa primero que se ha inclinado por realizar la correspondiente distinción. Por lo tanto, en ese orden de ideas, concluyen que el fiador sólo estará obligado si es que, conociendo de la incapacidad del deudor de la obligación principal, acepta asumir la respectiva garantía.

fórmula que tradicionalmente se ha utilizado en nuestra legislación¹⁰, resulta siendo conceptualmente cuestionable, porque al fiador no se le puede exigir nunca lo que es de cargo del deudor garantizado y, menos aún, más de ello, dado que el fiador ha asumido una deuda que es jurídicamente distinta a la proveniente de la obligación principal garantizada, por más que las prestaciones de ambas obligaciones sean iguales o su propio objeto material sea fungible. No nos olvidemos que el fiador asume una deuda propia que representa una obligación accesoria y subsidiaria a la obligación principal.

No obstante, entendemos que el enunciado inicial debe leerse en un sentido distinto, esto es, cuando de acuerdo a los términos y condiciones del contrato de fianza se ha constituido una garantía sin limitación en cuanto al monto de la afectación. En ese escenario, resulta indiscutible que al fiador no se le podrá demandar el pago de una mayor suma que la que pudiese ser demandada al deudor. Asimismo, en el caso que el fiador hubiese garantizado hasta por determinada suma, en aplicación del principio de literalidad, no se le podrá requerir mayor monto que el pactado, siendo que dentro del límite pactado lo que corresponde es exigir únicamente el pago de suma similar a la adeudada por el deudor garantizado, no más.

Siguiendo dicha orientación corresponde remitirnos a los artículos 1873 (*"Sólo queda obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. (...)"*) y 1874 (*"Si se produce el exceso a que se refiere el artículo 1873 la fianza vale dentro de los límites de la obligación principal"*) del Código Civil.

En realidad, no hay inconveniente conceptual que impida al garante obligarse por mayor monto que el de la obligación principal, por cuanto lo que finalmente interesa es el importe por el cual, en su momento, se podrá hacer efectiva la garantía. Es más, el fiador puede comprometerse con restricción cuantitativa o sin ella. Así, en caso que la fianza haya sido constituida hasta por S/. 100,000, si la deuda principal puesta a cobro es por S/. 30,000, al fiador sólo se le podrá cobrar este último importe. Y si la fianza fue constituida siempre hasta por S/. 100,000, ello representa el límite de responsabilidad del fiador en caso que la deuda garantizada sea exigible, por ejemplo, por suma mayor, como podría ser por S/. 150,000. En caso que el fiador hubiese comprometido su patrimonio sin restricción cuantitativa, queda entendido que no corresponderá cobrarle más de lo que sea exigible al deudor.

Por lo tanto, retomando el tema de la redacción del artículo 1874 del Código Civil, que se refiere literal e impropriamente a un tema de validez, no es que exista una suerte de "fianza inoficiosa" (por hacer una analogía forzada con la llamada donación inoficiosa). El exceso de la garantía respecto a la deuda de la obligación principal no se invalida, lo que ocurre es que simplemente no será exigible (hay por lo tanto un tema de eficacia, antes que uno de validez). En ese sentido, resulta inapropiado que los artículos 1873 y 1874 del Código Civil contengan una regulación cuya redacción resulta contradictoria con la racionalidad económica de la garantía, porque sería absurdo sostener que si la deuda garantizada es de S/. 30,000, la fianza sólo puede celebrarse hasta por dicho monto como requisito de validez, por lo que si el fiador se obliga por mayor monto, por la suma de S/. 100,000 en el ejemplo propuesto, el exceso sería inválido, de manera que la fianza sólo sería válida por S/. 30,000, pese a que la deuda garantizada se pueda incrementar en el tiempo, en razón de intereses, por suma superior a S/. 30,000. Un acreedor, como agente económico razonable y que tiene aversión al riesgo, va a requerir una garantía por mayor monto de la deuda original, de manera que pueda hacerse extensiva no sólo al importe del capital adeudado, sino además a los accesorios y gastos, lo cual es concordante con lo establecido en el artículo 1878 del Código Civil.

Con relación a esto último, entendemos que el artículo 1878 del Código Civil consagra como presunción el carácter ilimitado de la fianza, en el sentido que la cobertura de lo garantizado,

¹⁰ Al respecto, vale la pena revisar los artículos 2084 y 1776 del Código Civil de 1852 y de 1936, respectivamente.

con o sin límite cuantitativo, se hace extensiva no sólo al principal, sino también a los accesorios y gastos, pero ello no significa que pueda cobrarse por la garantía un mayor monto que el que se podría cobrar en la obligación principal por todo concepto; quedando entendido que la prueba en contrario respecto a la presunción radica en que el título constitutivo de la garantía contenga la limitación correspondiente. Así, la fianza puede ser limitada en cuanto su cobertura, monto y plazo.

En el primer caso, tratándose de una limitación por cobertura, resulta aplicable el propio artículo 1878 del Código Civil: "*La fianza, si no fuere limitada, se extiende a todos los accesorios de la obligación principal, así como a las costas del juicio contra el fiador, que se hubiesen devengado después de requerido para el pago*". En consecuencia, la fianza puede limitarse, por ejemplo, al capital o al capital e intereses, excluyéndose las costas. En el segundo caso, tratándose del monto, es cuando se pacta un monto máximo, determinado o determinable, hasta por el cual responde el fiador, por ejemplo, hasta por S/. 100,000, o hasta por el doble de la deuda principal liquidada a cierta fecha. Esta limitación de la fianza en cuanto a su monto es independiente de la limitación de cobertura, pudiéndose generar los casos siguientes: fianza limitada en cuanto cobertura (por ejemplo, sólo por el principal) y monto (sólo hasta el 50% del principal adeudado); fianza limitada en cuanto cobertura (sólo por el principal) y sin límite en cuanto monto (lo cual quiere decir que se hará efectiva por todo lo adeudado por concepto de principal); fianza sin límite en cuanto cobertura (presunción del Código Civil) pero con límite en cuanto monto (por ejemplo, hasta por S/. 100,000) y fianza ilimitada en cuanto cobertura y monto (por ejemplo, lo que corresponda según la liquidación final por principal, accesorios y costas). Queda claro que esta última es la garantía que más le conviene al acreedor. En el tercer caso, estamos ante la fianza a plazo determinado, que analizaremos más adelante.

Por último, estrechamente vinculado a esta materia tenemos el caso de la denominada *fianza omnibus*, conforme a la cual el fiador garantiza de manera general, sin restricciones, toda clase de obligaciones del deudor, sean presentes o futuras, inclusive sin límite cuantitativo, de manera que se configura una fianza absolutamente ilimitada en cuanto cobertura, monto e inclusive temporalidad, la misma que puede prestarse a diversos abusos¹⁷ y respecto de la cual conviene nuevamente tener presente la regla contenida en el artículo 1362 del Código Civil, en el sentido que los contratos no sólo se celebran e interpretan conforme a las reglas de la buena fe y común intención, sino que fundamentalmente se ejecutan conforme a dichas reglas, por lo que no corresponde incrementar abusivamente la exposición del garante. Sobre este tema, recordemos que el límite entre el ejercicio regular y el abuso del derecho lo determina un juicio de valor en el cual se contrasta si el ejercicio en cuestión es acorde o no con la finalidad por la cual se reconoce protección jurídica para un derecho subjetivo, contrastándose si el comportamiento obedece o no a las reglas de la buena fe, a la probidad, por lo que si se concluye que el ejercicio es irregular o abusivo, en realidad se carece simplemente de derecho para actuar de tal o cual manera, por lo que ya no se gozará de protección jurídica.¹⁸

VI. BENEFICIO DE EXCUSIÓN Y FIANZA SOLIDARIA

De acuerdo al artículo 1879 del Código Civil, y bajo una opción legislativa discutible que no guarda correspondencia con la realidad comercial, el fiador goza de lo que se denomina el beneficio de excusión, lo cual entraña que en caso que la garantía sea exigible, el acreedor debería

¹⁷ Sobre este particular, resulta fundamental revisar el trabajo del profesor italiano CALDERALE, Alfredo, *La fianza general en el Código Civil Peruano de 1984 y en los sistemas de derecho continental (Civil Law)*, publicado en *Thémis, Revista de Derecho*, Segunda Época, No. 17, publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pp. 77-80.

¹⁸ Como bien se señala en la obra *Abuso del Derecho* del profesor FERNÁNDEZ, Carlos, Editora y Distribuidora Jurídica GRIFLEY E.I.R.L., Lima, 1999, pp. 136-139, la conducta jurídica una vez calificada como "abuso del derecho" deja de ser lícita y se convierte en ilícita, contraria al ordenamiento jurídico, más allá que vulgare o no determinarla norma positiva.

en primer lugar dirigirse contra el patrimonio del deudor (respecto de la obligación principal) y, sólo en defecto o insuficiencia de aquel, debería hacer lo propio respecto del patrimonio del fiador (respecto de la obligación accesorio). En la práctica, el acreedor, como agente económico razonable que busca minimizar riesgos, rechaza la fianza con beneficio de excusión y contrata bajo los términos de que la garantía sea solidaria. Es más, en el caso excepcionalísimo que se hubiese contratado una fianza con beneficio de excusión, no tenemos duda que el acreedor requerirá directamente el honramiento de la garantía sin pasar previamente por el deudor, de manera que el fiador que pretenda invocar la excusión deberá cumplir una serie de requisitos²⁹ para hacer efectivo el beneficio legalmente reconocido.

El problema radica en que nuestro Código Civil no otorga un significado unívoco a ciertos términos. Así, por ejemplo, en materia de garantías la fianza solidaria no entraña la generación de una solidaridad pasiva en términos obligacionales (como lo puede sugerir su nombre), sino que sólo significa que la fianza carece de excusión. La señalada solidaridad pasiva obligacional se genera, curiosamente, cuando la fianza es indivisible, término este último cuyo significado es ajeno al de la indivisibilidad obligacional.

La clasificación de fianza simple y solidaria se vincula estrictamente a la relación entre fiador y acreedor, al margen que exista o no una situación de pluralidad de fiadores o de acreedores. La fianza simple es la garantía que, conforme a nuestro ordenamiento legal, goza del beneficio de excusión, situación que se presume. La fianza solidaria representa uno de los casos en los que no procede la excusión por cuanto el garante se ha obligado en términos semejantes a los del deudor (de la obligación principal), de manera que mediante pacto se quiebra la presunción relativa de excusión. La fianza simple es también denominada como fianza mancomunada, categoría que en materia de obligaciones es precisamente la opuesta a la solidaridad, pero que en el contexto de la fianza resulta totalmente fuera de lugar.

Cuando el fiador se ha obligado solidariamente frente al acreedor, con ello se está destacando que el acreedor queda autorizado para dirigirse indistintamente contra los bienes del deudor o del fiador, de la misma manera que puede accionar contra cualquiera de sus deudores solidarios; pero esa situación no significa que estemos ingresando al área del Derecho de Obligaciones, a la solidaridad pasiva, por cuanto el fiador no es ni puede ser un deudor solidario por la simple y elemental razón que deudor y fiador han asumido obligaciones diferenciadas y que responden a sendos vínculos jurídicos, por ello es que el fiador no paga deuda ajena, sino propia. En otras palabras, no es que el fiador sea un deudor solidario, sino que responde de manera semejante, que no es lo mismo.

Ahora bien, existiendo un problema en el empleo de los términos, se requiere precisar ciertos conceptos para evitar confundir la pertinencia de aplicar determinadas reglas de Derecho de Obligaciones y de Garantías. Así, por ejemplo, aunque la solidaridad pasiva obligacional no se hereda (artículo 1187 del Código Civil), no es menos cierto que la solidaridad en materia de fianza sí se transmite a los herederos en caso de fallecimiento del fiador, por cuanto lo único que significa es una renuncia a la excusión.

En el caso de pluralidad de fiadores solidarios, tampoco se trata de que se hayan obligado solidariamente entre sí -dado que ello se presume por el mérito de la indivisibilidad de la fianza-, sino que dicha situación sólo autoriza que el acreedor pueda dirigirse directamente contra ellos (contra cualquiera de ellos en razón de la presunción relativa de indivisibilidad).

²⁹ Y es que conforme al Código Civil vigente es suficiente que el fiador invoque oportunamente un orden en la ejecución, sino que debe acreditar oportunamente la existencia de bienes suficientes, realizables y abstrados en territorio nacional para mantener el beneficio de excusión, conforme a los artículos 1180 y demás pertinentes del Código Civil.

VII. BENEFICIO DE DIVISIÓN Y FIANZA INDIVISIBLE

Conforme hemos adelantado, el artículo 1886 del Código Civil dispone que la denominada fianza indivisible entraña una solidaridad pasiva obligacional. En ese sentido, la palabra indivisibilidad no se asocia al objeto de la obligación, sino que se refiere a la manera en que se han obligado los fiadores entre sí respecto al acreedor, esto es, presupone pluralidad de obligados en un mismo vínculo jurídico. Esto último merece destacarse: la fianza simple o solidaria no demanda de cofiadores, empero, la fianza divisible e indivisible presupone cofiadores, porque se trata de determinar la manera en que se han vinculado para cumplir con el contrato de garantía, en caso la fianza fuese requerida por el acreedor.

Ahora bien, así como tradicionalmente se ha previsto el beneficio de excusión en materia de fianza (bajo el argumento que hay que proteger al fiador, porque se trataría de un tercero que actúa por razones de solidaridad, por lo que no resultaría justo que su patrimonio pueda ser afectado directamente por el acreedor), de la misma manera también está previsto el llamado beneficio de división, lo cual quiere decir que la deuda accesoria y subsidiaria se divide entre el número de cofiadores que corresponda (evitándose así una asunción de deuda más onerosa, siempre bajo el esquema de evitar perjuicios a quien interviene movido por razones de solidaridad), por lo que el acreedor sólo podrá dirigirse contra cada uno de ellos según sea su cuota de interés en la deuda (presumiéndose que cada quien responde por el mismo importe, salvo que del título obligacional se desprenda cuotas de interés diferenciadas por cada cofiador), conforme a los artículos 1182 y 1173 del Código Civil.

Si asumimos que el sistema de garantías tiene por finalidad facilitar el intercambio y asegurar la recuperación de los créditos, consideramos que la fianza debería estar estructurada sobre la base de la solidaridad y, en el caso de pluralidad de fiadores, sobre la base de la indivisibilidad, ya que ello permitirá que un acreedor esté en mejor posición de recuperar el crédito. Nuestro Código Civil sólo considera parte de lo señalado, porque si bien mantiene la presunción relativa del beneficio de excusión, no es menos cierto que ha eliminado la presunción del carácter divisible de la fianza, de manera que obliga a que se pacte la divisibilidad para fines de enervar la presunción relativa de indivisibilidad. En ese sentido, la indivisibilidad (solidaridad pasiva obligacional) de la fianza se presume legalmente (no nos olvidemos que la solidaridad obligacional sólo se deriva del pacto o de la ley, conforme al artículo 1183 del Código Civil, siendo este último el caso en materia de cofianza).

Dado que los conceptos de divisibilidad e indivisibilidad se asocian a pluralidad de obligados, resulta pertinente plantearnos el tema sobre qué ocurre cuando uno de los cofiadores deviene en insolvente al tiempo de formularse el requerimiento.

Tratándose de la fianza divisible, ¿corresponde aplicar de manera inmediata el segundo párrafo del artículo 1887 del Código Civil? De acuerdo a esta norma, si un cofiador divisible deviene en insolvente, su cuota de interés en la deuda se redistribuye en función de la cuota de interés de cada uno de los restantes cofiadores, de manera que hay una parte de la garantía personal que queda sin asignación, lo cual permite sostener que el acreedor asume finalmente parte de esa insolvencia. Un ejemplo facilita la comprensión: la fianza es por S/. 100,000 y ha sido otorgada por cuatro cofiadores divisibles (mancomunidad obligacional). El acreedor sólo puede dirigirse contra cada uno de ellos hasta por S/. 25,000, correspondiendo a cada fiador un 25% de interés en la distribución de la deuda. Si uno de los cofiadores es insolvente, su parte se redistribuye, por lo que cada uno de los tres fiadores restantes tomará el 25% de la suma de S/. 25,000. ¿Qué pasa con el restante 25% que no ha podido redistribuirse? Se pierde, lo cual quiere decir que se reduce la garantía, entrañando finalmente que el acreedor asume ese riesgo, asume parte de la insolvencia, afectándose la recuperación del crédito.

En nuestra opinión, el segundo párrafo del artículo 1887 del Código Civil no debe aplicarse de manera automática, pues resulta necesario considerar previamente el tema del origen de la fianza. Habrá que diferenciar si el deudor se obligó en su oportunidad a presentar garantes capaces y solventes (dado que estamos ante un caso de pluralidad de fiadores) o si la fianza se generó con prescindencia del deudor.

En el primer supuesto, debería aplicarse lo dispuesto en el artículo 1876 del Código Civil, por lo que el riesgo de insolvencia lo asume el deudor, quien deberá presentar otro cofiador mancomunado. El problema radica en que, bajo esta hipótesis, el acreedor se queda con los brazos atados, porque si la garantía ya fue requerida (conforme se desprende de la redacción del segundo párrafo del artículo 1876 del Código Civil), ello significa que ya se ha tornado en exigible la obligación principal (carácter subsidiario de la fianza), por lo que en ese contexto no tendría sentido concluir que si el deudor no sustituye al cofiador insolvente se darán por vencidos los plazos de la deuda principal garantizada. ¿Qué vencimiento anticipado de plazos puede aplicarse cuando el plazo ya venció y por ello es que se requiere el honramiento de la fianza? La asunción de la insolvencia por el deudor no deja de ser una simple declaración con escaso sentido práctico. Ahora bien, ¿justifica lo manifestado la aplicación del artículo 1887 del Código Civil? En nuestra opinión, la circunstancia de que los fiadores hayan convenido el beneficio de división no enervaría el hecho que el deudor era quien debía presentar y mantener como garante a personas capaces y solventes. En otras palabras, la solución normativa conforme a la cual los cofiadores asumen parte de la insolvencia, siendo que el acreedor asume sólo un remanente, no sería la más apropiada. Si el deudor debía presentar cofiadores solventes, el problema de la insolvencia de uno de ellos sería un tema que corresponde ser asumido íntegramente por el deudor y, por último, en lo práctico, por el acreedor. Continuando con el análisis, habría que analizar en qué términos el deudor se obligó a presentar garantes capaces y solventes. Si se estableció que la fianza a celebrar sería con beneficio de división, consideramos que el deudor asume plenamente su responsabilidad por insolvencia y, en su defecto, se convierte en un problema del acreedor más no de los demás cofiadores. Pero si no se estableció nada (y, por lo tanto, se aplica supletoriamente la ley conforme a la cual la cofianza estaba destinada a ser indivisible) y luego el acreedor y los cofiadores presentados convinieron el beneficio de división, consideramos que estaremos ante un problema que involucra no sólo al acreedor, sino a los propios cofiadores y, desde ese punto de vista, resulta aceptable la solución contenida en el segundo párrafo del artículo 1887 del Código Civil.

En el segundo supuesto, cuando la fianza carece de génesis convencional o legal, sí resultaría pertinente aplicar lo dispuesto en artículo 1887 del Código Civil sobre redistribución de la insolvencia de uno de los fiadores mancomunados, por los mismos fundamentos señalados en la parte final del párrafo precedente.

Y tratándose de la fianza concertada en términos de indivisibilidad, que no es sino solidaridad pasiva obligacional, presumida legalmente, el tema de la insolvencia carece de mayor trascendencia, ya que el acreedor por estar legitimado para dirigirse contra cualquier cofiador sólo lo hará finalmente contra quienes sean solventes, sin perjuicio de las relaciones internas entre los cofiadores. En cualquier caso, por más que distingamos la génesis de la fianza, el hecho que el deudor haya asumido el riesgo de solvencia resulta siendo, en el caso concreto, irrelevante, conforme hemos señalado precedentemente.

VIII. TEMPORALIDAD

1. Plazo determinado

Tratándose de la fianza a plazo determinado, el artículo 1898 del Código Civil establece lo siguiente: *"El fiador que se obliga por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige notarial o judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los quince días siguientes a la*

expiración del plazo, o abandona la acción iniciada". El artículo en cuestión merece ciertos comentarios en relación con sus alcances, sobre la base de que el período de vigencia de la fianza incluye al de la obligación garantizada, porque no resultaría económicamente razonable que, por ejemplo, siendo exigible una deuda al 13.08.2004, se acepte una fianza que fenezca antes, por ejemplo, al 02.07.2004 (el crédito quedaría descubierto durante algo más de un mes antes de su vencimiento), en todo caso lo que podría darse es que la fianza venza con fecha posterior a la exigibilidad de la obligación, por ejemplo al 05.11.2004, aunque ello podría significar extender innecesariamente la cobertura.

Primer comentario. Para que el fiador no quede libre de responsabilidad, la exigencia de cumplimiento debe ser notarial o judicial. ¿Qué ocurre si dicha exigencia carece de la forma notarial o judicial?, ¿qué sucederá si la exigencia se realiza extrajudicialmente pero prescindiendo de la intervención de un notario, o si se realiza arbitrariamente? Podría asumirse que si el requerimiento no se realiza notarial o judicialmente, aquel no será válido y, por lo tanto, el fiador quedará libre de responsabilidad. En consecuencia, existiría una formalidad que el acreedor debe observar necesariamente (lo que significa, de hecho, una solemnidad) para evitarse un perjuicio. En dicho orden de ideas, si el requerimiento extrajudicial es formulado por escrito sin intervención notarial, aquel se tendrá por inexistente y el fiador podrá invocar, transcurrido el término legal correspondiente, su liberación.

Al respecto, somos de la opinión de que la intervención notarial o judicial no constituye solemnidad alguna, sino un medio de prueba sobre la oportunidad de formulación del requerimiento (la intervención del notario o del órgano administrador de justicia confiere fecha cierta al respectivo requerimiento): sin embargo, no son los únicos medios de prueba, de manera que si un requerimiento extrajudicial -realizado por ejemplo con prescindencia de notario público- llega a ser probado de manera irrefutable, el fiador no podrá invocar su liberación por inobservancia de la forma o procedimiento previsto, dado que dicha inobservancia no está sancionada con nulidad (artículo 144 del Código Civil).

Segundo comentario. La norma bajo comentario establece que la exigencia de cumplimiento de la obligación debe realizarse dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo, vencido el cual el fiador queda liberado. ¿Cómo se computa dicho plazo?, ¿la circunstancia conforme a la cual se requiere de intervención judicial o notarial determina que el cómputo sea mediante días hábiles?

Al respecto, conforme a la regla general sobre cómputo de plazo prevista en el Código Civil, los plazos se computan por días naturales o calendario (conforme al inciso 1 del artículo 183 del Código Civil). Ahora bien, en ese escenario, ¿qué ocurre si el último día del respectivo plazo es inhábil?, ¿se computa ese día calendario o el cómputo se extiende hasta el primer día hábil inmediatamente siguiente, conforme lo prevé el inciso 5 del mencionado artículo 183?

Dado que al vencimiento del plazo bajo comentario el fiador *"quedaría libre de responsabilidad"*, conforme se expresa en el artículo 1898 del Código Civil, entendemos que ello implica la extinción del derecho que pudiera ser invocado por el acreedor, por lo que estaríamos frente a un término cuya naturaleza es de caducidad. Conforme al artículo 2003 del Código Civil, la caducidad extingue el derecho y, por consiguiente la acción. En otras palabras, el acreedor debe realizar oportunamente el requerimiento correspondiente para efectos de mantener "vivo" su derecho y, por consiguiente, su acción personal, la misma que prescribirá en el plazo de diez años (acción personal proveniente de un contrato). Sobre la base de que nos encontramos ante un término de caducidad, las reglas aplicables para su cómputo son más severas que las aplicables de manera general. Es así que el artículo 2007 del Código Civil, en contraposición al inciso 5 del artículo 183 del mismo cuerpo normativo, establece el llamado "plazo fatal", por lo que si el último día del término de caducidad es inhábil, se cuenta como cualquier otro día natural o calendario.

Vale la pena preguntarnos si resulta posible que el plazo de quince días bajo comentario pueda ser modificado por acuerdo de las partes, ¿estamos ante una norma imperativa o, en general, ante una que interese al Orden Público? Dado que estamos ante un plazo de caducidad, debemos concluir que el mismo no puede ser modificado por las partes. De una lectura conjunta de los artículos 2000 y 2004 del Código Civil se desprende que, a diferencia de la prescripción, sólo tratándose de situaciones no reguladas por la ley con la indicación de un plazo de caducidad, resulta válido que las partes puedan establecer plazos convencionales de caducidad. Si la ley señala el término de caducidad, no hay margen alguno para la autonomía de la voluntad.

El Código Civil vigente ha incorporado el tema del plazo de quince días que, conforme a su inmediato antecedente legislativo, el artículo 1787 del Código Civil de 1936, era inexistente. En ese orden de ideas, bajo el Código Civil de 1936 era posible que las partes pudiesen pactar determinado término para la oportunidad del requerimiento y determinar sus alcances jurídicos como propios de la caducidad. Empero, con el Código Civil de 1984 ya no hay margen alguno de discrecionalidad sobre la materia, por lo que, respecto a la pregunta formulada al inicio del párrafo anterior, corresponde concluir que el plazo no es susceptible de modificación convencional.

Tercer comentario. El acreedor dispone de quince días naturales -plazo de caducidad- para exigir preferentemente de manera notarial o judicial el cumplimiento de la obligación. ¿A qué obligación hace referencia el Código Civil: a la principal o a la accesoria?

En atención a que uno de los caracteres de la fianza es su subsidiariedad, esto es, que la garantía otorgada resulta exigible cuando a su vez lo es la obligación garantizada, y que además el Código Civil ha instituido al beneficio de excusión como regla general, entendemos que el acreedor deberá dirigirse en primer lugar contra el deudor y, de manera más precisa, contra los bienes de aquel afectados en "prenda genérica", caso contrario el fiador quedará liberado. Sin embargo, sobre la base de los usos comerciales, lo más probable, casi cierto, es que el fiador se haya obligado solidariamente frente al acreedor, sin excusión. En dicho evento de fianza solidaria, no será necesario en primer lugar que el acreedor deba requerir el pago al deudor (de la obligación principal), dado que podrá hacerlo directamente contra el fiador (como si éste fuese un deudor solidario, pero respecto de la obligación accesoria) dentro del término ya señalado. En esa circunstancia queda claro que el requerimiento será procedente sólo en la medida que la obligación principal sea exigible (por el tema de la subsidiariedad).

Ahora bien, exigida la deuda oportunamente (y por ende, al no haber caducado el derecho del acreedor), queda claro que el plazo para accionar contra el fiador corresponde al de prescripción de la acción personal.

2. Plazo indeterminado

Tratándose de la fianza a plazo indeterminado, el artículo 1899 del Código Civil establece lo siguiente: *"Si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible, haga efectivo su derecho y demande al deudor. Si el acreedor no ejercita ese derecho en el plazo de treinta días después de requerirlo o si abandona el procedimiento, el fiador queda libre de su obligación"*. A diferencia de la fianza a plazo determinado, en la que la inacción del acreedor (omisión del requerimiento) determina la liberación del fiador, tratándose de la fianza a plazo indeterminado es esa misma inacción del acreedor la que impide de hecho la liberación del fiador, por lo que éste deberá tomar la iniciativa para obtener su liberación.

En efecto, siendo exigible la responsabilidad del fiador, éste quedará liberado si es que transcurren treinta días desde la fecha en que exigió al acreedor que accione contra el deudor. Al igual que tratándose del supuesto regulado en el artículo 1898 del Código Civil, el artículo 1899 se refiere también a una fianza simple, por cuanto la ley presume el beneficio de excusión,

porque de lo contrario carecería de sentido que, pudiéndose dirigir directamente contra el fiador, el acreedor fuera compelido a dirigirse en primer lugar contra el deudor.

Por último, queda entendido que nuestros comentarios relacionados con el artículo 1898 del Código Civil sobre naturaleza del plazo y forma de hacer el requerimiento, son aplicables al artículo 1899 del Código Civil. A la misma razón, el mismo derecho, por más que sobre la materia el Código Civil guarde silencio.

IX. DERECHO DE REEMBOLSO

Conforme hemos señalado, si bien el fiador es un tercero respecto de la obligación principal garantizada, no es extraño a ella, dado que en defecto de pago por el deudor se verá compelido por el acreedor para honrar la garantía, siendo que las consecuencias de esto se extenderán definitivamente al deudor.

En efecto, el pago de la fianza beneficia económicamente al deudor, ya que la prestación que representa la garantía se convierte de hecho en una prestación sustituta de la comprometida por el deudor y que éste ha inejecutado, de allí que el deudor deba reembolsar lo pagado por su fiador para evitar una situación de enriquecimiento indebido. En consecuencia, al margen de las consideraciones por las que se hubiera obligado frente al acreedor, lo concreto es que el fiador goza conceptualmente del derecho de reembolso, entendiéndose que el pago realizado, si bien corresponde a una deuda propia, no ha sido hecho en beneficio propio, sino en beneficio del deudor.

1. Deber de coordinación

No obstante lo anterior, la magnitud del reembolso se encuentra subordinada a que el fiador haya cuidado de cumplir con el denominado "deber de coordinación", porque de lo contrario, para determinar el monto a reembolsar, se aplicará lo que denominamos el "filtro de utilidad". En ese sentido, para evitar el riesgo de afectar la extensión material del reembolso, corresponde que el fiador cumpla diligentemente con el llamado "deber de coordinación", ya que de lo contrario, la cuantía del reembolso quedará sujeta a la determinación de si el pago realizado fue finalmente útil o no al deudor, hipótesis esta última en la cual no habría nada que reembolsar, porque no se habría generado enriquecimiento indebido.

No se trata de que la omisión del fiador de observar en su momento el "deber de coordinación" determine la pérdida del derecho de reembolso, sino de que ello supone que el fiador asume voluntariamente un riesgo: el deudor podrá oponerle las mismas excepciones que pudieron ser opuestas al acreedor, de manera que el reembolso podrá ser afectado en cuanto su extensión. En ese sentido, la inobservancia del "deber de coordinación" introduce un aspecto de incertidumbre para fines del reembolso.

Ahora bien, la mencionada coordinación puede ser realizada antes y después del pago de la garantía, en lo que denominamos las coordinaciones "pre-pago" y "post-pago".

La coordinación "pre-pago" entraña que, una vez recibido el requerimiento del acreedor, el fiador debe dirigirse al deudor para que éste le manifieste si tiene excepciones que oponer. Al respecto, en primer lugar, debemos señalar que esta coordinación corresponde a un tema independiente del beneficio de excusión (para cuya invocación deberán cumplirse los requisitos correspondientes). En segundo lugar, sobre la base de que se pudiese invocar orden más no excusión, o que la fianza careciera del beneficio de excusión, no debemos dejar de considerar que la garantía es accesorio y subsidiario, por lo que está subordinada a una obligación principal válida y exigible. Por lo tanto, así como el deudor tiene derecho a invocar excepciones frente al acreedor (como podrían serlo, por ejemplo, las excepciones de prescripción o de compensación,

esta última parcial o total), de la misma manera, si el fiador es directamente requerido, el garante está autorizado a invocar las mismas excepciones que pudiesen haber sido invocadas por el deudor garantizado. Así, en los ejemplos propuestos, a través del "deber de coordinación" el fiador tomará conocimiento y podrá plantear las excepciones de prescripción o de compensación, de manera que al tornarse en inexigible la obligación principal igual suerte seguirá la accesoria, o en todo caso, en razón de la excepción de compensación parcial y sobre la base de que al fiador no se le puede exigir finalmente más que al deudor, sólo corresponderá que se pague parte de lo reclamado por el acreedor.

¿Qué ocurrirá si el fiador no coordina con el deudor?, ¿qué ocurrirá si es que habiendo coordinado, el fiador no opone las excepciones participadas por el deudor? Dado que el reembolso es conceptualmente la medida para evitar el enriquecimiento indebido, cuando el fiador reclame el reembolso, el deudor estará legitimado para oponerle los mismos medios de defensa o excepciones que pudo haber opuesto al acreedor, dado que el pago realizado por el garante no le ha sido útil. Eso es precisamente el "filtro de utilidad". Y es que resultaría injusto que, habiéndose prescindido de coordinar, el fiador reclame el reembolso del íntegro de lo pagado por más que ello no le signifique ventaja alguna al deudor. Por ejemplo, si la deuda estaba prescrita, en términos jurídicos se habría tornado en inexigible. Por lo tanto, si el fiador honra la garantía y reclama el reembolso, no está generándose el supuesto de hecho para esto último, porque no hay enriquecimiento indebido.

En ese sentido, el derecho de reembolso estará mediatizado por el derecho del deudor de interponer contra el fiador las mismas excepciones que pudo haber interpuesto contra el acreedor, excepciones que no pudieron ser invocadas oportunamente por hecho propio del fiador.

La base legal aplicable a esta coordinación "pre-pago" está representada por los artículos 1885 (*"El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona"*) y 1894 (*"Si el fiador paga sin comunicarlo al deudor, éste puede hacer valer contra él todas las excepciones que hubiere podido oponer al acreedor"*) del Código Civil.

¿Para qué se podría requerir que el fiador informe al deudor (quien es un tercero en cuanto la garantía) que se dispone a pagar? La respuesta es muy sencilla: para que el garante pueda invocar las mismas defensas o excepciones que pudiese oponer el deudor. No se trata de negarse a pagar la garantía por cualesquiera razones, sino de oponer los argumentos de defensa que podría oponer el deudor respecto de la obligación principal garantizada, sobre la base del aforismo que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Imaginémoslo por un instante que no hubiese dicha coordinación, ¿con qué legitimidad podría luego reclamar el fiador el reembolso de lo pagado, cuando esto no le ha sido útil al deudor por no haberse cuidado de coordinar?, ¿por qué se va a perjudicar al deudor por lo que puede haber sido un comportamiento doloso o culposo del fiador?

Por último, ensayando una concordancia entre los artículos 1885 y 1894 del Código Civil, cuando el primero de los señalados artículos establece que el fiador "puede" oponer las excepciones que hubiesen correspondido al deudor, no debe tomarse dicho término en un sentido facultativo o discrecional, sino imperativo (en la medida, desde luego, que hubieran excepciones que interponer y que hubiesen sido comunicadas por el deudor), porque de lo contrario carecería de objeto lo establecido en el segundo de los mencionados artículos. En cambio, tratándose del artículo 1894 del Código Civil, cuando establece que el deudor "puede" hacer valer las excepciones contra el fiador, el término en cuestión sí posee un carácter facultativo o discrecional, ya que el deudor no está obligado a interponer excepción alguna respecto del fiador que no coordinó con él o que, habiéndolo hecho, no opuso las excepciones que le fueron comunicadas, ya que puede renunciar tácitamente a la posibilidad de reducir el reembolso (por el criterio de utilidad), pagándolo íntegramente.

Por su parte, la coordinación "post-pago" es requerida para generar lo que podríamos denominar, con un sentido gráfico, el "blindaje" del reembolso. Nos explicamos. Se trata también de cerrar las puertas a la posibilidad de que pueda generarse un doble cobro por parte del acreedor. No nos olvidemos que el acreedor es titular de dos créditos: el principal (exigible al deudor) y el accesorio (exigible al fiador), de manera que podría pretender cobrar irregularmente ambos. Para enervar dicha posibilidad, y sobre la base de que el honramiento de la fianza representa de hecho la ejecución de la prestación sustituta respecto a la derivada del contrato principal, se exige que el fiador que paga lo informe (inmediatamente) al deudor, de manera que este último pueda a su vez invocar dicho pago para oponerlo al acreedor que, no obstante haber cobrado la garantía que satisface su expectativa económica, pretendiese cobrar irregularmente el crédito principal. De dicha manera, se cierra la posibilidad de que pueda ponerse en tela de juicio la utilidad del pago realizado por el fiador.

La base legal aplicable a esta coordinación que llamamos "post-pago" está representada por el artículo 1892 del Código Civil (*"El fiador no tiene acción contra el deudor si, por haber omitido comunicarle el pago efectuado, éste ha cancelado igualmente la deuda. Lo expuesto es sin perjuicio del derecho de repetición del fiador contra el acreedor"*).

Ahora bien, en relación con esta coordinación corresponde realizar ciertos comentarios. Para fines de asegurar su reembolso, ¿se exige que el fiador cumpla con la coordinación "pre-pago" y "post-pago"? En primera instancia sí, porque inclusive ambas son objeto de regulación propia. No obstante, consideramos que no. Nos explicamos.

Si el fiador comunicó al deudor que, habiendo recibido el requerimiento del acreedor, se dispone a pagar y para ello solicita que se le informe (con la celeridad de las circunstancias) si hay excepciones que interponer (coordinación "pre-pago"), resulta claro que el deudor ya conoce que el acreedor ha demandado el pago de la prestación sustitutoria a la principal que él adeuda. En ese sentido, por más que el fiador no le comunique de manera sobrevenida que ha honrado la garantía (en otras palabras, que no cumpla con la coordinación "post-pago"), por un tema de mínima diligencia, en la hipótesis que el acreedor se dirija contra el deudor, lo que se espera de éste es que se dirija a su vez al fiador y averigüe sobre si se honró o no la garantía. Por lo tanto, si el deudor no actúa con esa mínima diligencia, resulta manifiesto que no debería pretender trasladar las consecuencias de su negligencia al garante para afectar el derecho al reembolso de este último.

En ese sentido, realizada la coordinación previa al pago, somos de la opinión de que no será necesario realizar otra coordinación de manera posterior, sobre la base de las reglas de la buena fe. Queda claro que lo ideal sería que el fiador hubiese comunicado el pago realizado (evitándose discusiones sobre el tema), pero en atención a que ello no siempre se produce debemos buscar fórmulas interpretativas que permitan brindar una solución a un eventual conflicto de intereses, sobre la base de identificar el interés jurídicamente tutelado en el artículo 1892 del Código Civil.

De otro lado, también podría presentarse la situación en la que el fiador, no obstante haber sido requerido para el pago de la garantía, no lo hubiese participado al deudor para fines de oponer excepciones (esto es, no realiza la coordinación "pre-pago"), no obstante lo cual sí cuida de comunicar sobre el pago realizado (coordinación "post-pago"). En ese caso, sí existe una situación en la que la posibilidad de reclamar el reembolso puede afectarse. En efecto, coloquemos el ejemplo de una excepción de compensación: si el deudor pagó finalmente sólo la parte exigible de su propia deuda (obligación principal) y luego el fiador le comunicó que había honrado la fianza y le reclamó el reembolso íntegro, el fiador se corre el riesgo de que el deudor pueda oponerle la misma excepción (compensación) que fue opuesta al acreedor, por lo que el exceso de lo pagado por la fianza se resolverá en la relación directa con el acreedor que irregularmente ejecutó la garantía por la totalidad.

Por lo tanto, de no haber mediado una coordinación "pre-pago" entre fiador y deudor, con el consiguiente riesgo de aplicarse el "filtro de utilidad", sí resulta razonable esperar al menos una coordinación "post-pago".

2. Acciones para el reembolso

Sobre la base de que el fiador hubiese cumplido escrupulosamente con el "deber de coordinación" para evitar afectar su reembolso, el fiador tiene acción contra el deudor para obtener ese reembolso a través de dos vías legalmente diferenciadas: subrogación y restitución (reembolso en sentido amplio).

La subrogación es un beneficio legal singular, otorgado sólo a determinadas personas, en virtud del cual una persona puede sustituir a otra en su misma posición jurídica. Dicho beneficio en algunos casos se presume (subrogación legal) y en otros requiere de reconocimiento, mediante pacto expreso, para fines de su exigibilidad (subrogación convencional), pero en cualquiera de dichos casos sólo puede el beneficiario ser la persona autorizada por ley. Sobre la materia, el artículo 1889 del Código Civil establece que *"le'll fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado"*.

Como puede apreciarse, nuestra legislación civil legitima al fiador para gozar de la subrogación legal y, por ende, sustituirse en la posición jurídica del acreedor para efectos de obtener el reembolso de lo pagado. No obstante lo anterior, advertimos que el citado artículo 1889 pareciera hacer referencia a la obligación principal (acreedor-deudor) con el empleo del término "deuda", de manera que el pago del fiador se imputaría a dicha obligación, explicándose así que el garante se sustituya en la posición jurídica del acreedor satisfecho. Entendemos que eso no es así. El fiador tiene su propia deuda, distinta a la del deudor, siendo inclusive que las prestaciones de ambas pueden ser diferentes. Sobre dicha base, la deuda a la cual se hace mención en el artículo 1889 del Código Civil no es otra que la deuda proveniente de la obligación accesoria, ya que de acuerdo al artículo 1868 del Código Civil la fianza entraña la asunción de deuda propia (aunque por interés ajeno).

Ahora bien, de honrarse la garantía, la misma que significa la ejecución de una prestación sustituta para satisfacer al acreedor en defecto del cumplimiento de la principal, ¿cómo explicar que la relación obligatoria principal subsista, lo cual es un presupuesto de la subrogación? Sucede que en realidad la subrogación bajo comentario es una ficción legal, porque se asume una sustitución en la persona del acreedor, cuando la obligación principal ya se extinguió. Y es además una doble ficción, no sólo porque se mantiene artificialmente vigente lo que ya está extinguido (la obligación principal), sino porque también se va a reputar que la causa del negocio originario se modifica, dado que el fiador, una vez que se subroga, no va a pretender exigir al deudor que pague la obligación principal (lo cual sería imposible, al estar extinguida por haber ejecutado la prestación sustituta representada por la garantía), sino que reembolse lo pagado en la obligación accesoria, para lo cual podrá hacer uso de todos los beneficios (accesorios y garantías adicionales) de los que hubiera dispuesto originalmente el acreedor original. En ese sentido, la subrogación en la fianza se adscribe a una línea conceptual conforme a la cual se trata no sólo de evitar trastornos al fiador que actúa solidariamente (de allí también los aspectos de gratuidad y excusión), sino que además se busca asegurar de la mejor manera el reembolso, siendo lo más conveniente que el fiador ocupe el lugar jurídico del acreedor satisfecho (lo cual sólo se justifica, en la práctica, si es que existen accesorios u otras garantías, porque de lo contrario, ¿en qué mejora el fiador su derecho al reembolso?).

Como consagración de una ficción que desnaturaliza conceptualmente la figura de la subrogación, más allá de que el Código Civil establezca el beneficio de la subrogación para el fiador, la respectiva regulación resulta jurídicamente cuestionable en materia de fianza. Distinto

es el caso de la subrogación cuando el pago de la obligación es realizado por un tercero y, sobre la base de que se disocian las relaciones de dicho pago, se considera que la relación jurídica subsiste; tema además que se relaciona con las obligaciones con prestaciones de dar dinero o bienes consumibles y fungibles.²⁰ En nuestro caso, no es así: el fiador paga su propia deuda, no paga deuda ajena, por lo que si la fianza posee de hecho el contenido de prestación sustituta, la obligación principal ya habría quedado indirectamente extinguida.

Sin embargo, más allá de los cuestionamientos anteriores, lo cierto es que nuestro Código Civil permite que el fiador pueda subrogarse sin necesidad de que ese beneficio sea reconocido por el acreedor o por el deudor; beneficio que sólo puede justificarse en la práctica²¹, porque puede representar un incentivo para la generación de fianzas al asegurarse una vía para el reembolso. Es más, entendemos que más que un incentivo es el incentivo. Y en ese orden de ideas, ese incentivo debe ser optimizado en su ejercicio.

Es en el contexto precedente que debemos realizar tres comentarios puntuales sobre los alcances de la subrogación.

Primero. Conforme se desprende literalmente del artículo 1889 del Código Civil, la subrogación sólo operaría respecto de lo realmente pagado por el fiador, esto es, por lo desembolsado. Por lo tanto, la subrogación no se haría extensiva a otros conceptos respecto de los cuales el fiador haya adquirido la condición de acreedor del deudor (enunciados en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 1890 del Código Civil).

No compartimos dicha lectura. Conforme ya hemos indicado, el reembolso es el concepto medular para evitar el enriquecimiento indebido del deudor que finalmente se ha beneficiado con el cumplimiento de la prestación sustituta de la suya, siendo dos las vías procesales para obtenerlo: subrogación y restitución. Aunque reconocemos que del Código Civil puede llegarse literalmente a la lectura con la cual discrepamos, debemos buscar una lectura que permita que la garantía cumpla la función económica para la cual está llamada. ¿Tendría sentido que el fiador que ha honrado su deuda deba iniciar, de ser el caso, dos acciones diferenciadas para reponer su patrimonio al estado anterior al pago realizado al acreedor con la contingencia que ello pudiese significar? Creemos que no. La acción debe ser una sola, a criterio, a elección del fiador. Además, cuando el propio artículo 1890 del Código Civil hace la mención a *"[l]a indemnización que debe serle pagada al fiador comprende: (...)", ¿a qué indemnización se refiere?* Se trata de una situación de reembolso, de reposición, de restitución si se quiere decir, que puede incluir una indemnización (inciso 4 del artículo en cuestión), pero no es estrictamente el pago de una indemnización. El artículo 1890 presenta, en ese orden de ideas, problemas de redacción en el empleo de los términos, por lo que aplicarlo literalmente, asociando necesaria, exclusiva y estrictamente el artículo 1889 al inciso 1 del artículo 1890 el Código Civil, nos resulta al menos cuestionable.

Si pretendemos que la fianza sea un instrumento eficaz en el proceso de intercambio económico, consideramos que la interpretación de las normas legales debe estar orientada a ello, pero sin afectar desde luego a las reglas que interesan al orden público y a las buenas

²⁰ Sobre esta materia, resulta fundamental revisar el análisis que realizó CÁRDENAS, Carlos, en su estudio sobre *Fianza y Responsabilidad del Fiador* al cual hemos hecho referencia en la nota 3 del presente trabajo. El profesor CÁRDENAS no sólo cuestiona la procedencia conceptual de la subrogación en materia de fianza, sino que además, sobre la base de lo sancionado literalmente en el Código Civil en sus artículos 1889 y 1890, destaca que la subrogación es una acción que puede resultar insuficiente para fines del reembolso, por cuanto existen conceptos que no son reembolsables mediante la subrogación y que obligan al fiador a ejercer la simple acción de restitución, y con ello se refiere concretamente a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 1890 del Código Civil.

²¹ No podemos dejar de admitir el efecto práctico de la desnaturalización conceptual de la subrogación, y la conveniencia de permitir dicha desnaturalización para asegurar el reembolso, ya que se genera finalmente en modo de reembolso más conveniente para el tercero, lo cual no es sino una forma de reducir costos transaccionales para la constitución de la fianza y, por lo tanto, para la solución de créditos con el consiguiente efecto en la cadena de intercambios económicos.

costumbres. Los alcances de la subrogación (figura de suma importancia, conforme lo reconoce implícitamente el artículo 1902 del Código Civil desde el momento que sanciona un caso excepcional de liberación anticipada del fiador, justamente en relación con la subrogación, demostrando que esta última está considerada por el garante no sólo al contratar, sino para mantenerse obligado) deben ser amplios para promover la contratación de esta clase de garantías o en todo caso para no desincentivar su celebración.

Para representar la incongruencia del sistema, si es que nos quedáramos con la lectura de asociar la subrogación sólo con "*el total de lo pagado por el fiador*" (inciso 1 del artículo 1890 del Código Civil), que vendría a ser la deuda (la garantía en sí misma, el objeto de la fianza), ¿qué ocurriría con los intereses correspondientes en caso haya mediado mora en el pago de la fianza (siempre y cuando, desde luego, esa mora sea finalmente atribuible al deudor, ya que el comportamiento de éste pudiese haber determinado que el garante no pague oportunamente al acreedor que había requerido el pago inmediato, comportamiento derivado por ejemplo en no haber proporcionado indemnización exacta o cierta sobre las excepciones a oponer)? Esos intereses no son parte de la "deuda", no están incluidos en la fianza, se cobran adicionalmente por el acreedor y entrañan un desembolso cierto por parte del fiador. ¿El garante no podrá cobrarlos en vía de subrogación, sino que deberá iniciar la simple acción de restitución? Si esa es la respuesta jurídica que pudiese corresponder, estamos ante normas ineficientes que requieren ser modificadas, salvo que orientemos la interpretación en términos proactivos.

Segundo. La subrogación no es un medio para obtener por una vía aquello que está vedado en otra. El límite natural de la subrogación es el criterio de utilidad para el deudor del pago realizado por el fiador, de manera que si éste obvió el "deber de coordinación" y paga al acreedor sin oponer las excepciones que hubiera podido invocar el deudor, no podrá pretender subrogarse por el íntegro de lo pagado (como se desprendería de una lectura literal del artículo 1889 y del inciso 1 del artículo 1890 del Código Civil, e inclusive de la parte final de su artículo 1262, en lo que corresponda), sino sólo por aquello que pueda repetir, ya que esto es lo único por lo que puede reclamar reembolso. No debemos olvidar que el concepto general es el reembolso (sujeto al "filtro de utilidad") y que la subrogación es sólo un medio para ello.

Por lo tanto, la subrogación opera por lo pagado hasta el límite de lo que sea útil al deudor, ya que no podemos soslayar que se trata de una acción de reembolso para evitar que se configure enriquecimiento indebido.

Este segundo comentario a su vez nos sirve para reafirmar el primero. Entendemos que cuando el artículo 1889 del Código Civil hace mención a lo realmente pagado para fines de la subrogación, y ello se tiende a asociar al inciso 1 del artículo 1890, sólo se refiere a que el fiador no puede pretenderse subrogar por mayor monto de lo pagado (en el escenario de que la garantía hubiese sido por suma mayor) con el límite general del pago útil, pero sin cerrar la posibilidad que la subrogación sea extensiva a otros aspectos reembolsables.

Tercero. Hemos señalado que la subrogación entraña que el fiador pase a ocupar la posición jurídica del acreedor satisfecho, asumiendo sus derechos y acciones; así es definido inclusive en el artículo 1262 del Código Civil. En ese sentido, optar por el reembolso vía subrogación sólo se justifica cuando el fiador puede sustituirse en el lugar del acreedor satisfecho para obtener el reembolso, como sería el caso en que el acreedor contaba con otras garantías, por ejemplo una prenda. Ahora bien, sobre la base del principio de literalidad que ilustra las garantías, conforme al cual, en el caso particular, la prenda en cuestión está constituida a favor de determinada persona (que no es el fiador, sino el acreedor original) respecto a determinada obligación (que no es la de reembolso de lo pagado por el fiador), ¿puede sostenerse que existe una sustitución automática en los derechos y acciones del acreedor?, ¿puede el fiador, que se ha subrogado en la posición jurídica del acreedor, ejecutar las garantías que fueron constituidas a favor de otra persona y en respaldo de otra obligación?

No tenemos duda que el fiador tiene derecho a hacer efectivas las garantías, pero para ello tendrá que acreditarse la sucesión en la titularidad y la modificación de la obligación garantizada. Esa acreditación puede lograrse mediante un acuerdo expreso con el acreedor garantizado, en la oportunidad del pago; pero, en defecto de ello, entendemos que se requeriría de una declaración judicial, por lo que la posibilidad de ejecutar las garantías en vía de subrogación no resulta siendo tan simple como consecuencia de una "sustitución automática" en los derechos y acciones del acreedor original. Hay todo un tema procedimental que también hay que explorar cuidadosamente.

Y el otro medio para fines del reembolso es la denominada simple acción de restitución.

A diferencia de la subrogación, que implica que el fiador asume "artificialmente" la posición jurídica del acreedor en la obligación principal para asegurarse el reembolso, la restitución es una acción simple que nace desde el momento en que efectúa el pago de la garantía. Por lo tanto, la condición de acreedor que asume el fiador frente al deudor se genera en la fecha de pago de la garantía, a diferencia del caso de la subrogación, en el que el fiador asume de pleno derecho una posición jurídica en una relación preexistente al pago de la garantía.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

El signo del quehacer universitario es la interrogante. Cuestionamos para avanzar o al menos para intentar avanzar. Por ello, tanto como conocer debe entusiasmaros dudar, porque si es que poseemos curiosidad, si es que queremos sentirnos vivos, la duda genera la necesidad de conocer.

Con ocasión del estudio precedente hemos intentado generar una primera aproximación al contrato de fianza para destacar determinados aspectos de esta figura. Somos conscientes que hay definitivamente muchos temas que analizar y reanalizar, ya que pueden sostenerse diversas lecturas.

No obstante, desde el momento en que se generan distintas lecturas respecto a tantas normas, consideramos que en relación con esta modalidad contractual se requiere una profunda revisión de las disposiciones del Código Civil, evitándose mantener normas reiterativas o que carezcan actualmente de mayor significado, como es el caso del artículo 1900 del Código Civil, artículo emblemático para destacar la necesidad de introducir cambios legislativos en materia de fianza que permitan contar con reglas simples y eficientes, cercanas a la realidad y al interés de los operadores. En ese sentido, en el presente estudio, en cuya redacción quedó frustrado el intento de ser breve, hemos pretendido destacar que la regulación sobre fianza demanda de mayor coherencia, y que la interpretación de sus normas requiere de la observancia de ciertos presupuestos implícitos, sin olvidar que estamos ante un *medio* para facilitar el intercambio económico.

Y mencionamos el tema del artículo 1900 porque deseamos cerrar este trabajo con un breve análisis sobre sus alcances. Dicha norma dispone que "*la fianza liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción*". La disposición resulta razonable dado que, la fianza -por su carácter accesorio- queda extinguida al haber sido cancelada la obligación garantizada, aún cuando esto se realice mediante la entrega de un bien que no había sido considerado con ocasión de su constitución. La dación en pago es un modo extintivo de las obligaciones. En ese sentido, salvo que el legislador haya tenido muy enraizada su vocación docente, no se justifica una norma, como hay tantas otras en el Código Civil, que declare expresamente la extinción de la garantía. Lo accesorio sigue la suerte del principal.

Sin embargo, se sostiene que la finalidad de la norma es dejar constancia que la evicción, al anular de hecho la dación en pago, no implica que reviva la obligación que fue cancelada (con el

consiguiente efecto en la fianza). Respecto a esta interpretación tenemos al menos dos objeciones: Primera, la evicción no es causal de anulabilidad del contrato (al menos en nuestro sistema legal), sino que genera una obligación de saneamiento, pudiéndose rescindir (tema de ineficacia, no de invalidez); y, segunda, en el supuesto negado de anulabilidad, al ser finalmente la dación en pago una novación de carácter objetivo, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1287 del Código Civil, conforme al cual si se declara nula o se anula la nueva obligación (la dación en pago, para el caso concreto), la obligación originaria revive aunque sin las garantías prestadas por terceros, entiéndase la fianza. En consecuencia, ¿se justifica mantener el artículo 1900 del Código Civil? Si admitimos que el Código Civil es finalmente una unidad legislativa y no una unión dispersa de reglas, no sólo debemos exigir coherencia entre sus disposiciones, sino además que sus regulaciones especiales no sean reiterativas de la regulación general o que no se reproduzcan normas que se justifiquen posiblemente bajo otro sistema legal.

Por ello, en el contexto de un proceso de revisión del Código Civil, conviene sincerarnos y antes de mantener normas por un equivocado sentido de la tradición jurídica, lo que corresponde es que nos preguntemos qué clase de fianza pretendemos regular para que sea ésta un instrumento idóneo en la promoción del intercambio económico.