

Luciano Barchi Velaochaga^(*)

Apuntes sobre la fianza en el **Código Civil peruano**

“EN LA PRÁCTICA, LAS PARTES NORMALMENTE ESTABLECEN LA FIANZA SIN BENEFICIO DE EXCUSIÓN, EN TAL SENTIDO, SOMOS DE LA IDEA QUE PARA QUE LAS NORMAS SUPLETORIAS CUMPLAN SU FUNCIÓN DE REDUCIR LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN, EL CÓDIGO CIVIL DEBIÓ ADOPTAR COMO REGLA LA FIANZA SIN BENEFICIO DE EXCUSIÓN”.

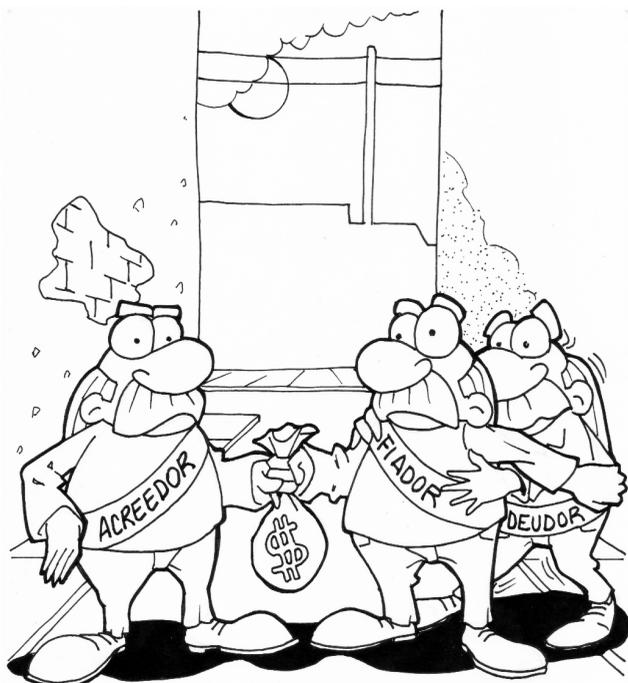
“Nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos”
Pablo Neruda, Poema 20.

1. Introducción

Un modelo típico de obligación solidaria contraída en interés exclusivo de uno solo de los deudores es la fianza. No obstante, como veremos más adelante, una parte de la doctrina niega que la fianza solidaria ingrese en el esquema de la solidaridad. De acuerdo con el artículo 1868 del Código Civil: “Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor. La fianza puede constituirse no solo a favor del deudor sino de otro fiador”.

En virtud del contrato de fianza se constituye, al lado de una relación obligatoria entre dos (o más) sujetos (el deudor principal y el acreedor), una relación jurídica en la que un tercero (fiador) se obliga personalmente frente al acreedor de esa otra relación con el fin de reforzar el interés del exacto cumplimiento de la obligación ajena. El fiador, entonces, garantiza el cumplimiento de una obligación ajena. “A la obligación del deudor principal se agrega la obligación del fiador, que tiene una prestación igual a aquella del deudor principal, cual instrumento de garantía del derecho del acreedor frente a este último, con la consecuencia que, una vez cumplida la obligación del fiador, se extingue, por reflejo, también la obligación del deudor originario. Sobre el dato estructural, constituido por

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Abogado Asociado en el Estudio Grau Abogados.



DURANTE S.

la presencia de una nueva relación obligatoria, se empalma un elemento funcional (la “causa de garantía”) que, penetrando en el intrínseco contenido de la obligación, la somete a servir un fin particular, que es aquel, precisamente, de garantizar al acreedor en orden a la satisfacción del propio derecho nacido de la otra relación⁽¹⁾.

En tal sentido, la fianza otorga al acreedor una mayor posibilidad de satisfacer el interés del acreedor, si bien, a través de un tercero, puesto que el fiador garantiza el mismo resultado establecido en la relación obligatoria originaria y pone a disposición del acreedor otro patrimonio, además que el del deudor, como garantía genérica. El fiador se diferencia del tercero que garantiza una obligación ajena mediante el otorgamiento de una garantía real en que este no asume obligación alguna, sino que se limita a afectar un bien de su propiedad a la satisfacción de un crédito ajeno⁽²⁾.

“EN LA RELACIÓN DE ACCESORIEDAD ENTRE LA ‘OBLIGACIÓN GARANTIZADA’ Y LA ‘OBLIGACIÓN FIDEIUSORIA’ O ‘RELACIÓN DE FIANZA’ IMPORTA QUE LA PRIMERA ARRASTRA EN SU SUERTE A LA SEGUNDA, DE TAL MANERA QUE LA EXTINCIÓN DE LA ‘OBLIGACIÓN GARANTIZADA’ REPRESENTA UN MODO DE EXTINCIÓN DE LA ‘RELACIÓN DE FIANZA’”.

Torrente y Schlesinger señalan que la fianza no atribuye derecho de persecución, por lo que la garantía subsiste siempre que en el patrimonio del fiador existan bienes. Si los bienes salen del patrimonio del fiador, el acreedor no puede dirigirse contra el tercero adquirente⁽³⁾. De lo señalado por los autores italianos, parecería deducirse que el acreedor no podría recurrir a la acción pauliana en caso que el fiador disponga de sus bienes. En nuestra opinión esto no sería correcto, el fiador es un deudor y, por lo tanto, el acreedor cuenta con los mecanismos de tutela de la solvencia también frente al fiador.

En la fianza existen, pues, dos relaciones obligatorias: (i) la relación obligatoria entre el deudor y el acreedor (que es la “obligación garantizada”); y, (ii) la relación obligatoria entre el fiador y el acreedor (“obligación fideiusoria” o “relación de fianza”). El contenido de la “relación de fianza” corresponde al de la “obligación garantizada”. La doctrina clásica, considerando la necesidad de que

- (1) GIUSTI, Alberto. *La fideiussione e il mandato di credito*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Volumen XVIII, tomo 3. Milano: Giuffrè, 1998. p. 1.
- (2) Asume el carácter de tercero interesado, que puede evitar la acción ejecutiva pagando la deuda ajena garantizada.
- (3) TORRENTE, Andrea y Pietro SCHLESINGER. *Manuale di Diritto Privato*. Milán: Giuffrè, 2007. p. 731.

Luciano Barchi Velaochaga

la prestación del fiador no difiera de la del deudor principal, era propensa a considerar que solo la obligación dineraria, prescindiendo del carácter originario o sucedáneo y eventual del carácter pecuniario (la derivada del resarcimiento de daños), podía ser garantizada por la fianza. En tal sentido, frente a una relación obligatoria con prestación de dar bienes ciertos, o con prestación de hacer o no hacer, la “relación de fianza” solo surgía cuando se generaba la obligación secundaria y derivada del resarcimiento de daños.

Para Arias-Schreiber “resulta fuera de duda que cualquier obligación existente, sea de dar, hacer o no hacer, es susceptible de ser afianzada”⁽⁴⁾. El autor peruano no hacía ninguna precisión al respecto. Díez-Picazo señala que el Código Civil español guarda silencio sobre esta cuestión pero que de sus preceptos se da a entender que las afianzadas son las obligaciones pecuniarias. El autor español admite, sin embargo, que la fianza puede ser garantía de otro tipo de obligaciones, pero precisa que: “la idea de que la obligación del fiador se determine, en cuanto a su objeto, por remisión a la del deudor principal, lo que impone la identidad entre ambos objetos, introduce, sin embargo, alguna restricción”⁽⁵⁾. Así, se admite garantizar una obligación con prestación de hacer siempre que exista fungibilidad. Para Díez-Picazo: “(...) es legítimo que el fiador garantice no la deuda inicialmente existente entre deudor y fiador, sino las consecuencias que deriven del incumplimiento o de la inejecución o defectuosa ejecución de la prestación. En estos casos, el fiador se obliga a pagar al acreedor garantizado el importe en que se llegue a concretar la responsabilidad contractual”⁽⁶⁾.

Hoy en día, se admite que una relación obligatoria con prestación de dar bienes fungibles y una relación obligatoria con prestación de hacer fungible pueda ser garantizada. Quedan fuera las relaciones obligatorias con prestación

de dar bienes no fungibles y aquellas con prestación de hacer no fungibles *intuitu personae*⁽⁷⁾ y las de no hacer. En estas, la fianza se coloca en vía sucedánea y secundaria respecto a la relación obligatoria que tiene carácter primario y a garantizar el cumplimiento del daño debido al acreedor por el incumplimiento de la obligación principal y, por tanto, una relación obligatoria dineraria futura y eventual.

Como señala Giusti: “De aquí la consecuencia que la relación de fianza no se convierte en actual antes que el incumplimiento de la obligación principal, es decir hasta que no surge la relación obligatoria secundaria y eventual del resarcimiento del daño”⁽⁸⁾. En tal caso, la obligación del fiador adquiere una fisonomía particular, así esta hipótesis es incompatible con la solidaridad, que permite al acreedor la facultad de exigir la ejecución de la prestación al deudor principal o al fiador *libera electio*, a partir del momento en que el crédito es exigible.

La “relación de fianza” tiene como causa el contrato de fianza que es el acuerdo entre el fiador y el acreedor de la relación garantizada. El deudor principal no es parte de este contrato⁽⁹⁾. Su consenso preventivo o su aceptación son totalmente superfluos. Conforme lo señala el artículo 1869 del Código Civil: “se puede afianzar sin orden y aún sin noticia o contra la voluntad del deudor”. La calificación de tercero del deudor

(4) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exposición de Motivos y Comentarios. Contrato de fianza*. En: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo 6. Lima: Okura. p. 582.

(5) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. Madrid: Civitas, 1996. p. 419.

(6) *Ibid.*; p. 419.

(7) Hay un interés del acreedor en la ejecución personal de la prestación por el deudor.

(8) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 32.

(9) Como advierte Trimarchi, normalmente “la fianza es precedida por un acuerdo entre el deudor y el garante; pero tal acuerdo no influye en la fianza; además dicho acuerdo puede también faltar; la garantía puede ser asumida espontáneamente y es eficaz aún si el deudor no la desconoce”. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Civile*. Quindicesima Edizione. Milán: Giuffrè, 2003. p. 432. En el mismo sentido, véase TORRENTE, Andrea y Pietro SCHLESINGER. *Op. Cit.*; p. 731.

principal respecto del contrato de fianza no se ve alterada por la existencia, a su cargo, de una obligación de reforzar la propia obligación proveyendo un garante; es decir, a que un tercero se obligue personalmente frente al acreedor mediante una fianza. En efecto, el deudor principal es el principal interesado en la celebración del contrato de fianza pues la fianza se estipula para permitir que el deudor obtenga la concesión de un crédito o la prórroga de uno anteriormente concedido.

Generalmente, el fiador se obliga frente al acreedor como consecuencia de un encargo conferido por el deudor principal. Por tanto, debe distinguirse el contrato de fianza, entre el fiador y el acreedor, del contrato entre fiador y deudor principal, en virtud del cual el fiador se obliga a prestar garantía, que generalmente se trata de un mandato. Esta distinción se mantiene incluso si todos los consentimientos son prestados simultáneamente. El fiador puede ser inducido a aceptar el encargo del deudor principal siendo, a su vez, deudor respecto de este último.

Esta hipótesis parece reconducirnos al esquema de la delegación. Esto lleva a la doctrina a distinguir la figura de la fianza de la delegación pasiva, operación esta última en virtud del cual un tercero (delegado) asume frente al acreedor (delegatario) la obligación del deudor (delegante), prevista en el artículo 1281 del Código Civil. Bianca señala al respecto que “la fianza se distingue respecto de la delegación en cuanto aquella es un negocio causal de garantía mientras la delegación es un esquema abstracto de vicisitud traslativa o acumulativa de la deuda, que convierte al nuevo deudor en obligado principal. En caso que el nuevo deudor se obligue a título de garantía estaremos, por consiguiente, fuera de la delegación cayendo más bien en una fianza o garantía autónoma”⁽¹⁰⁾.

El fiador puede asumir la obligación frente al acreedor sin un encargo del deudor. Esta hipótesis nos acerca al esquema de la expromisión, respecto de la cual la fianza se distingue por ser un negocio de garantía. La expromisión (artículo 1282 del Código Civil) es un negocio traslativo de la deuda como consecuencia del cual el expromitente se convierte en único deudor o deudor principal.

1.1. La forma del contrato de fianza

Se trata de un contrato con forma *ad solemnitatem* conforme lo establece el artículo 1871 del Código Civil: “la fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad”. Otros códigos civiles como el italiano, el español o el francés atribuyen al contrato de fianza libertad de forma aunque sí exigen que la voluntad de prestar fianza debe ser expresa; es decir, debe resultar o de una precisa declaración de voluntad o de un comportamiento inequívoco o cierto. Así, como lo dispone el artículo 1937 del Código Civil italiano, el artículo 1827 del español y el artículo 2015 del francés.

De acuerdo con Bianca, comentando el *Codice Civile*: “la necesidad de la declaración expresa constituye una carga de forma, es decir un modo en el cual debe ser manifestado el intento negocial dirigido a la constitución de la obligación *fideiussoria*”⁽¹¹⁾.

2. Los caracteres estructurales de la “relación de fianza”

Giusti⁽¹²⁾ señala como caracteres estructurales de la “relación de fianza” los siguientes: (i) la accesoriedad; (ii) la subsidiariedad; y, (iii) la solidaridad. El autor italiano señala como uno de los caracteres estructurales de la “relación de fianza” la solidaridad, esto teniendo en cuenta que, conforme al artículo 1944 del Código Civil italiano, la fianza es solidaria, salvo que se hubiera estipulado el beneficio de excusión o que la obligación del fiador pudiera presumirse solidaria por fuerza de ley. En cambio, en el Código Civil peruano ocurre lo contrario, conforme a lo establecido en el artículo 1879 “el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor”.

(10) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La responsabilità*. Milán: Giuffrè, 1994. p. 474.

(11) *Ibid.*; p. 475.

(12) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 33 y siguientes.

Luciano Barchi Velaochaga

2.1. La accesoriadad de la fianza

Como hemos adelantado, en la fianza existen dos relaciones obligatorias: (i) la relación obligatoria entre el deudor y el acreedor (que es la “obligación garantizada”); y, (ii) la relación obligatoria entre el fiador y el acreedor (“obligación fideiusoria” o “relación de fianza”). La “relación de fianza” se presenta como obligación accesoria de la “obligación garantizada” la que, por tanto, sería la obligación principal. Al respecto Giusti señala que “la función de la garantía personal como medio de reforzamiento del acreedor importa un nexo de coordinación entre relación de garantía y relación garantizada”⁽¹³⁾.

Díez-Picazo nos dice: “en términos generales puede considerarse que la accesoriadad representa una cierta posición de subordinación, que se refleja, ante todo, en la necesidad de que exista y se encuentre válidamente constituida la obligación garantizada y en que las vicisitudes de dicha obligación repercutan inevitablemente en la obligación de fianza”⁽¹⁴⁾.

Como señala Bianca: “la función de garantía de la fianza está típicamente caracterizada por el principio de accesoriadad. Este principio se expresa en tres reglas: (i) la fianza no es válida si no es válida la obligación principal; (ii) el fiador puede hacer valer frente al acreedor todas las excepciones oponibles por el deudor principal; y, (iii) la fianza no puede exceder de aquello que es debido ni puede ser prestada en condiciones más onerosas”⁽¹⁵⁾.

2.1.1. La fianza no es válida si no es válida la obligación principal

Esta regla se encuentra en el artículo 1875 del Código Civil el cual dispone que “la fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal”. Si falta la “relación obligatoria garantizada” el contrato de fianza adolece de falta de causa. En efecto, como lo señala Trimarchi: “Si uno de los efectos esenciales del negocio no puede absolutamente verificarse, por falta de uno de sus presupuestos lógicamente necesarios, la operación negocial resulta mutilada o, en cualquier caso, injustificada. Se dice entonces que el negocio carece de causa”⁽¹⁶⁾. Así habrá falta de causa siempre que falte la relación obligatoria que el negocio entiende garantizar (o modificar), de esta manera el contrato de fianza será nulo⁽¹⁷⁾.

Arias-Schreiber, comentando el artículo citado, señalaba que: “la primera parte de esta norma se sustenta en el carácter accesorio del contrato. En efecto, si la obligación principal adolece de vicio que determine su invalidez, es lógico que la fianza siga la misma suerte”⁽¹⁸⁾.

(13) *Ibid.*; p. 33.

(14) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 415.

(15) BIANCA, Massimo. *Op. Cit.*; p. 477. En este mismo sentido TRIMARCHI, *Pietro. Op. Cit.*; p. 432. Además habría que tener en cuenta que, conforme al artículo 1211 del Código Civil, la transferencia del crédito comprende las garantías personales, vale decir la fianza.

(16) TRIMARCHI, *Pietro. Op. Cit.*; p. 432.

(17) Taboada Córdova respecto a la nulidad del acto jurídico por ausencia de causa en el Código Civil señalaba: “(...) en nuestra opinión, el código puede ser correctamente interpretado, en forma doctrinaria, en el sentido de que para la validez del acto jurídico no solo se requiere de un fin, que además deba ser lícito, sino que la causal de nulidad por ausencia de fin podría deducirse perfectamente como un caso más de nulidad virtual, por contraposición al inciso 3 del artículo 140, pues si para la validez del acto jurídico se requiere de un fin lícito, será nulo el acto jurídico que no tenga un fin lícito. En otras palabras, solo por nulidad virtual o tácita podremos llegar a la conclusión de que es nulo el acto jurídico que no tenga un fin o causa”. TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Nulidad del acto jurídico*. 2da. edición. Lima: Grijley, 2002. p. 117.

(18) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo 3. p. 286.

Luego Arias-Schreiber añadía que: “de lo dicho se desprende, como es evidente, que si la obligación principal es nula por falta de agente capaz, por tener un fin ilícito, por no revestir la forma solmene prescrita por la ley, o por cualquiera de las causales contempladas en el artículo 219, la fianza será nula”⁽¹⁹⁾.

Respecto a la afirmación del desaparecido profesor sanmarquino corresponde hacer una precisión. En estricto la relación obligatoria no pasa por el plano de la validez, por esta solamente pasa el hecho jurídico en el que la voluntad constituye el núcleo del soporte fáctico⁽²⁰⁾, vale decir, el acto jurídico. En tal sentido si el acto jurídico que genera la “obligación garantizada” es nulo, teniendo en cuenta que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el contrato de fianza también lo será.

El artículo 1939 del Código Civil italiano establece que “la fianza no es válida si no es válida la obligación principal, salvo que sea prestada para una obligación asumida por un incapaz”. Al respecto Giusti, comentando la primera parte del artículo citado, señala que: “la subordinación de la validez de la obligación *fideiussoria* a la validez de aquella garantizada encuentra su ratio en la relación de accesoriedad entre las dos obligaciones *cum causa principales non consistit, nec ea quidem quae sequuntur locum habent*(...)”⁽²¹⁾.

El concepto de invalidez, utilizado en los dos códigos civiles citados, comprende tanto los casos de nulidad, los de anulabilidad y cualquier otra anomalía que incida sobre el acto fuente de la obligación principal (por ejemplo, la resolución). En tal sentido, sobre el contrato de fianza repercute no solo la nulidad del acto jurídico generado de la obligación principal sino también su anulabilidad.

Como puede apreciarse el Código Civil italiano coincide con el peruano en que la “fianza no es válida si no es válida la obligación principal”. Esta regla es proclamada de manera explícita en casi todas las legislaciones⁽²²⁾. Asimismo, ambos códigos civiles establecen una excepción: la fianza no es

válida si no es válido el acto jurídico fuente de la obligación principal, salvo que sea prestada para garantizar una obligación asumida por un incapaz, en cuyo caso, la fianza subsiste.

El fundamento de la excepción al principio general en el caso de la fianza que garantiza la obligación asumida por incapaz no ha sido determinado de manera unánime por la doctrina. Según Giusti el fundamento es la “exigencia de evitar que el fiador se sustraiga de la obligación asumida aprovechando una tutela que tiene relación exclusiva con el estado personal del deudor principal”⁽²³⁾. Volveremos sobre este tema en el siguiente acápite.

2.1.2. El fiador puede hacer valer frente al acreedor todas las excepciones oponibles por el deudor principal

En la fianza, la obligación del fiador es accesorio respecto a la obligación del deudor (obligación principal) y, por tanto, se ve influenciada por estar tanto al momento de la constitución como en el curso de la relación. Esto genera que el fiador pueda, conforme al artículo 1885 del Código Civil, “(...) oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque este haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona”.

Respecto al derecho procesal civil, Monroy Gálvez señala que “si el demandado, en ejercicio de su derecho de contradicción, quisiera defenderse del proceso iniciado en su contra, puede manifestar su derecho de defensa en tres modalidades distintas que, para efectos de su uso, no son excluyentes,

(19) *Loc. Cit.*

(20) BERNARDES DE MELLO, Marco. *Teoria do fato jurídico*. 2da edição. São Paulo: Saraiva, 1986. pp. 94 y 95. En el mismo sentido GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 114.

(21) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 115.

(22) Véase el primer párrafo del artículo 2012 del *Code Civil*.

(23) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 128. En este mismo sentido BIANCA, Massimo. *Op. Cit.*; p. 478.

Luciano Barchi Velaochaga

queremos decir que el uso de una de ellas no descarta el de las otras⁽²⁴⁾. Esas tres modalidades son:

a) La “defensa de fondo”, la cual consiste “en el cuestionamiento directo que el demandado hace del derecho o de los hechos en los que el demandante sustenta su demanda. Dicho de otra manera, es la contradicción de la pretensión intentada en su contra⁽²⁵⁾. Así, por ejemplo, si el demandante pretende la ejecución de una prestación, el demandado ejercerá su derecho de defensa alegando el pago realizado.

b) La “defensa previa”, que “consiste en el cuestionamiento que el demandado hace a la oportunidad en que se ha iniciado el proceso, atendiendo a que el demandante debía haber realizado un acto previo, configurante de una especie de requisito para el ejercicio válido del derecho de acción por el demandante. Esta actividad previa está prevista regularmente en la norma jurídica, aunque en casos excepcionales puede ser convenida también por las partes⁽²⁶⁾. Así, por ejemplo, el beneficio de inventario, el beneficio de excusión⁽²⁷⁾.

c) La “defensa de forma”, esta es la “excepción”. “Cuando una persona interpone una excepción en realidad lo que está haciendo es denunciar que en el proceso no existe o existe, pero de manera defectuosa, un presupuesto procesal, o que no existe o existe, pero de manera defectuosa, una condición de la acción⁽²⁸⁾.”

Cuando el artículo 1885 del Código Civil se refiere a “excepciones” lo hace, no en su sentido técnico o procesal, sino en un sentido más amplio: el de “medios de defensa⁽²⁹⁾”. En tal sentido, resulta técnicamente correcto decir que el fiador puede oponer contra el acreedor, judicial o extrajudicialmente, todos los medios de defensa que corresponden al deudor. El

artículo 1945 del Código Civil italiano establece que: “el fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor principal, salvo aquella derivada de su incapacidad”.

Como puede apreciarse de la lectura de ambos códigos civiles citados, todos recogen una misma regla general: el fiador puede oponer al acreedor todos los medios de defensa que corresponden al deudor principal. Del mismo modo, todos ellos establecen una excepción: el fiador no puede oponer al acreedor los medios de defensa que sean inherentes a la persona del deudor, así, por ejemplo, el medio de defensa que se deriva de su incapacidad.

Como vimos en el acápite anterior, el Código Civil italiano establece en su artículo 1939 que “la fianza no es válida si no es válido el acto jurídico fuente de la obligación principal, salvo que sea prestada para garantizar una obligación asumida por un incapaz, en cuyo caso, la fianza subsiste”.

Bianca, al comentar el Código Civil italiano, señala que: “la invalidez de la obligación principal no repercute (...) sobre la obligación *fideiussoria* cuando tal invalidez depende de la incapacidad legal. También la norma sobre las excepciones oponibles al acreedor (artículo 1945 del Código Civil) confirma que el fiador no puede oponer la excepción derivada de la incapacidad del deudor principal⁽³⁰⁾. Giusti al

(24) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano*. En: *La formación del proceso civil peruano (Escritos Reunidos)*. 2da edición aumentada. Lima: Palestra, 2004. pp. 359-360.

(25) *Ibid.*; p. 360.

(26) *Loc. Cit.*

(27) “Artículo 455 del Código Procesal Civil.- Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones”.

(28) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op. Cit.*; p. 368. Los presupuestos procesales son: (i) la competencia; (ii) la capacidad procesal; y, (iii) los requisitos para la demanda. Las condiciones de la acción son: (i) el interés para obrar; y, (ii) la legitimidad para obrar.

(29) La Ley de Títulos Valores, Ley 27287, se refiere con mayor propiedad a “medios de defensa”.

(30) BIANCA, Massimo. *Op. Cit.*; p. 477. La incapacidad de ejercicio se distingue en incapacidad legal e incapacidad natural. La

respecto señala: “La anulabilidad de la obligación garantizada (ex artículo 1425), por consiguiente, no repercute sobre la obligación del fiador, que está obligado igualmente al pago a favor del acreedor, si bien tiene derecho de regreso contra el deudor incapaz dentro de los límites de cuanto le haya sido útil el pago (artículo 1950)”⁽³¹⁾.

Debe advertirse que, conforme al artículo 1425 del Código Civil italiano⁽³²⁾, el acto jurídico celebrado por un incapaz (incapacidad legal) no es nulo sino anulable. De tal manera que la anulación del acto jurídico, fuente de la relación obligatoria principal, como consecuencia de la incapacidad del agente, no repercute sobre la obligación del fiador quien estará obligado al pago a favor del acreedor, si bien, como se señala en el último párrafo del artículo 1950 del Código Civil italiano, el fiador tendrá “acción” de regreso contra el deudor incapaz hasta la parte que le haya sido útil el pago.

En tal sentido, existe una perfecta correspondencia entre el artículo 1939 y 1945, así, el fiador puede oponer al acreedor todos los medios de defensa que corresponden al deudor principal, salvo el medio de defensa derivado de su incapacidad, puesto que la fianza subsiste a pesar de la anulabilidad del acto jurídico, fuente de la obligación principal, derivada de la incapacidad del deudor principal.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1875 del Código Civil debe ser concordado con el inciso 2 del artículo 219 y con el inciso 1 del artículo 221 del Código Civil. En tal sentido, si el acto jurídico, fuente de la relación obligatoria principal, fuese nulo por haber sido celebrado por persona absolutamente incapaz (inciso 2 del artículo 219 del Código Civil) la fianza sería nula. Si, en cambio, el acto jurídico fue celebrado por agente relativamente incapaz (inciso 1 del artículo 221 del Código Civil), la fianza subsiste.

En este sentido, Arias-Schreiber señalaba que si el acto jurídico que generó la relación obligatoria principal fuese

nulo por falta de agente capaz la fianza sería nula, por lo que “la frase final del artículo 1875 significa que aún cuando la obligación principal fuese anulable al haber sido contraída por un incapaz relativo, la fianza se mantendría intacta”⁽³³⁾.

Mesina Montero, en cambio, señala: “nótese que un contrato anulable es en principio eficaz, mientras no se declare su nulidad. Pero en caso de que suceda esto último, ¿subsiste la fianza? A nuestro parecer no, pues de no existir ya la obligación a garantizar, la fianza no puede exigirse. Es decir, la fianza sigue igual suerte de la obligación principal, subsistiendo solo si el contrato es confirmado o, en última instancia, si no se acciona la nulidad del contrato dentro del plazo prescriptorio correspondiente”⁽³⁴⁾. Lo señalado por Mesina Montero no es correcto, pues si el acto jurídico que constituye la relación obligatoria principal fuese anulado por incapacidad relativa del agente (inciso 1 del artículo 221 del Código Civil), la fianza subsiste. ¿Cómo se concuerda el artículo 1875 con el artículo 1885 del Código Civil? Si el acto jurídico, fuente de la relación obligatoria principal, fuera anulado por incapacidad relativa del agente (inciso 1 del artículo 221 del Código Civil), el fiador continuará obligado frente al acreedor, por tanto, es obvio que el fiador no podrá oponer al acreedor los medios de defensa derivados de la incapacidad relativa del deudor principal. En este supuesto las normas concuerdan.

Ahora bien, si el fiador paga al acreedor, no existe una norma en el Código Civil, similar a la contenida en el artículo 1950 del Código

incapacidad natural es el estado de hecho de la persona que no está en grado de entender o querer por cualquier causa permanente o transitoria. La incapacidad legal supone un estado legal de incapacidad.

(31) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 126.

(32) Conforme al artículo 1425 del *Codice Civile*, “el contrato es anulable si una de las partes era legalmente incapaz de contratar (...)”.

(33) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. p. 286.

(34) MESINA MONTERO, Federico. *Comentario al artículo 1875 del Código Civil*. En: *Código Civil Comentado*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007. p. 594.

Luciano Barchi Velaochaga

Civil italiano, que otorgue al fiador el regreso contra el deudor incapaz. No obstante, si el pago efectuado por el fiador le resulta útil al incapaz, entendemos que en virtud del artículo 1954 del Código Civil, el fiador podrá dirigirse contra el incapaz hasta la parte que le haya sido útil el pago. Si, en cambio, el acto jurídico, fuente de la relación obligatoria principal, fuera nulo por incapacidad absoluta del agente (inciso 2 del artículo 219 del Código Civil), la fianza sería nula -“la fianza no puede existir sin una obligación válida (...)”- y, por tanto, nos preguntamos si ¿el fiador no podría, en este supuesto, oponer el medio de defensa inherente a la persona del deudor (el derivado de la incapacidad absoluta del deudor principal)? Creemos que la respuesta es afirmativa.

2.1.3. La fianza no puede exceder de aquello que es debido ni puede ser prestada en condiciones más onerosas *in duriores causam*

Como hemos visto, en la fianza existen dos relaciones obligatorias: (i) la “obligación garantizada”, que es la relación obligatoria entre el deudor y el acreedor; y, (ii) la “obligación *fideiusoria*” o “relación de fianza” que es la relación obligatoria entre el fiador y el acreedor. Estas dos relaciones obligatorias recaen sobre una prestación única e idéntica⁽³⁵⁾ y, por tanto, común. Como señala Díez-Picazo: “normalmente la obligación del fiador es idéntica a la del deudor. La prestación debida por el fiador es la misma y debe efectuarse en las mismas condiciones”⁽³⁶⁾. En tal sentido, cuando el deudor principal o el fiador ejecutan la prestación, se extinguen ambas relaciones obligatorias. No obstante, la identidad presenta una excepción de carácter cuantitativo. Es posible que la obligación del fiador sea más leve que la del deudor, en otras palabras, es posible que el fiador pueda obligarse a menos pero nunca a más que el deudor. Así, el artículo 1826 del Código Civil español dispone que: “el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor”.

El artículo 1941 del Código Civil italiano, por su parte, establece que: “la fianza no puede exceder aquello que es debido por el

deudor, ni puede ser prestada en condiciones más onerosas. Puede prestarse por una parte solo del débito o a condiciones menos onerosas. La fianza que excede el débito o contratada en condiciones más onerosas es válida en los límites de la obligación principal”.

Del principio que la fianza es un contrato accesorio deriva la regla por la cual esta no puede exceder aquello que es debido por el deudor, ni ser prestada en condiciones más onerosas, pero puede ser contratada por una parte de la deuda o en condiciones menos onerosas. El negocio que viole esta prohibición no es sancionado con nulidad sino con una sanción distinta: la reducción legal de la prestación.

Así, si, por ejemplo, el deudor se obliga frente al acreedor a entregar 100 y el fiador a entregarle 150, la prestación del fiador se reduce a 100. Si el deudor se obliga a restituir solo capital y el fiador garantiza la restitución del capital y de los intereses, la prestación del fiado se reduce solo al capital. El Código Civil descompone la norma antes citada en dos artículos. Así, el artículo 1873 señala que: “solo queda obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. Sin embargo, es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor”.

La posibilidad de que el fiador se obligue “de un modo más eficaz que el deudor” se refiere “a la mayor seguridad que puede brindar la obligación del fiador, esto es, a la facultad de que éste preste mayores garantías que el fiado”⁽³⁷⁾. Por otro lado el artículo 1874 del Código Civil dispone que “si se produce el

(35) Véase CASANOVAS MUSSONS, Anna. *La relación obligatoria de fianza*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 24. En el mismo sentido DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 429.

(36) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 429.

(37) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. p. 285.

exceso a que se refiere el artículo 1873 la fianza vale dentro de los límites de la obligación principal”.

La fianza puede ser “simple” o “limitada”. La primera comprende no solo la obligación principal, sino todos sus accesorios. De acuerdo con Díez-Picazo: “por accesorio deben entenderse los intereses convencionales que la obligación devenga y, en su caso, los intereses moratorios; así como las demás prestaciones a cargo del deudor (por ejemplo una multa convencional)”⁽³⁸⁾.

Están comprendidos en la garantía también los accesorios de la deuda principal, así, por ejemplo, los intereses compensatorios, el Impuesto General a las Ventas (IGV) y los gastos incurridos por el acreedor para denunciar al acreedor la causa promovida contra el deudor principal y los gastos sucesivos. Es materia controvertida si el fiador está obligado a garantizar el resarcimiento del daño debido por el deudor principal, del cual no se hubiera hecho mención en el contrato de fianza. Para Bianca la respuesta negativa es la adoptada por la doctrina en base a que la obligación resarcitoria tiene un título distinto de aquel en el que se funda la obligación principal⁽³⁹⁾. Giusti, al respecto señala que: “ (...) así, mientras que quien ha prestado fianza limitadamente al pago de la renta debida por el arrendatario no está obligado por las otras obligaciones que puedan nacer del contrato de arrendamiento, quien se ha constituido indefinidamente como fiador por las obligaciones del arrendatario no está obligado solamente por el pago de la renta, sino también por los daños sufridos por el arrendatario, como por ejemplo por el incendio del bien arrendado en los casos en los cuales debe responder el arrendatario”⁽⁴⁰⁾.

Debe entenderse el término “ilimitado” en un sentido relativo puesto que si tiene un límite que está constituido por el ámbito de la obligación garantizada. En la fianza “limitada”, en cambio, la obligación del fiador queda constreñida por los límites establecidos en el negocio jurídico constitutivo. Conforme al artículo 1942 del Código Civil italiano: “salvo pacto

en contrario, la fianza se extiende a todos los accesorios de la deuda principal, asimismo a los gastos por la denuncia al fiador de la causa promovida contra el deudor principal y a los gastos sucesivos”.

El Código Civil, en el artículo 1878, señala que: “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 hubiese devengado después de ser requerido para el pago”. En tal sentido, si bien nuestro artículo 1878 no es lo suficientemente explícito, la fianza se entiende ilimitada, salvo pacto en contrario.

2.1.4. Renunciabilidad del principio de accesoriedad

De acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina italiana, el principio de accesoriedad puede ser válidamente derogado por la autonomía privada. Según este sector, la interpretación del artículo 1939 del Código Civil italiano admite la renunciabilidad de las excepciones derivadas de la anulabilidad, pero no de la nulidad⁽⁴¹⁾. Bianca, en cambio, considera que: “la inoponibilidad de la excepción de nulidad de la obligación principal no hace que la promesa de pago se prive de causa en cuanto la promesa tiene como causa también la relación de provisión entre el garante y deudor garantizado”⁽⁴²⁾.

No obstante, según el autor italiano, en tal caso ya no estamos frente a una fianza, puesto que el principio de accesoriedad es una característica estructural de esta; como señala Bianca: “la garantía personal que prescinde de la obligación principal se configura más bien como garantía autónoma”⁽⁴³⁾.

(38) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 431. Véase el artículo 1827 del Código Civil español.

(39) BIANCA, Massimo. *Op. Cit.*; p. 480.

(40) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 150.

(41) TARTAGLIA, Paolo. *I negozi atipici di garanzia personale*. Milán: Giuffrè, 1999. p. 29.

(42) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Milán: Giuffrè, 1993. p. 478.

(43) *Ibid.*; p. 479. Para Giusti también es posible, en virtud del principio de autonomía privada, renunciar al principio de accesoriedad.

Luciano Barchi Velaochaga

2.2. La subsidiariedad

De acuerdo con Giusti: “la subsidiariedad se traduce en la regla que normalmente el fiador podría ser constreñido al cumplimiento solo después del incumplimiento del deudor principal. En orden al pago, entre el deudor principal y el fiador no habría paridad sino graduación: la subsidiariedad daría a la fianza la connotación de obligación de grado sucesivo a aquella del deudor garantizada y reflejaría la exigencia que sea primero decepcionada o debilitada la expectativa de una actuación del interés del acreedor por obra del deudor originario. Con el fin de volverse contra el fiador, para el acreedor sería necesario haber ya requerido extrajudicialmente el pago al deudor principal, primer deudor, y que éste no lo haya ejecutado voluntariamente o se encuentre en la imposibilidad jurídica de cumplir. Tal característica de la relación de fianza prescinde de la necesidad para el acreedor de haber ya obtenido la condena del deudor principal (...)”⁽⁴⁴⁾.

La obligación subsidiaria no supone la carga de proceder ejecutivamente contra el deudor principal, solo existe la carga de requerir el cumplimiento al deudor principal antes de poder dirigirse contra el fiador. Únicamente supone la carga de requerir el cumplimiento al deudor originario, si el requerimiento no obtiene resultado alguno entonces existe la posibilidad de volverse contra el fiador; el requerimiento puede ser omitido y, por tanto, puede el acreedor dirigirse directamente contra el deudor en vía subsidiaria (el fiador), si el deudor en vía principal, se encuentra en la imposibilidad jurídica de cumplir, por ejemplo, cuando haya quebrado.

La subsidiariedad supone la observación por el acreedor de un cierto orden, en tal sentido, primero debe requerir extrajudicialmente al deudor principal la ejecución de la prestación y solo si este no la satisface, puede volverse contra el fiador. En este sentido, Díez-Picazo señala que la subsidiariedad supone un orden en la responsabilidad, así, dado que la obligación solo debe ser cumplida una vez, es necesario establecer un orden y en el Código Civil español,

ese orden significa subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto a la del deudor principal⁽⁴⁵⁾. Lo señalado por el autor español se desprende del primer párrafo del artículo 1822 del Código Civil español: “Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este (...)”.

Como puede apreciarse del texto transcrito, el fiador solo paga en el caso de no hacerlo el deudor principal. Díez-Picazo agrega que: “(...) no debe confundirse la subsidiariedad con el beneficio de excusión, pues la subsidiariedad subsiste aunque la fianza se organice con renuncia de dicho beneficio”⁽⁴⁶⁾. Se afirma, entonces, que el fiador siempre está vinculado *in subsidium* y, si bien la subsidiariedad resulta más clara cuando el fiador goce del beneficio de excusión, este beneficio no es condición esencial de la subsidiariedad, en cuanto el fiador privado de dicho beneficio está obligado a pagar si al vencimiento de la obligación garantizada el deudor principal no le ha pagado al acreedor.

Si bien la relación de fianza siempre es accesoria, no siempre es subsidiaria. Cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor principal, la relación de fianza no tiene carácter subsidiario. Así Díez-Picazo señala que: “(...) la obligación del fiador es por regla general subsidiaria, respecto de la del deudor principal, aunque se admite que el fiador pueda obligarse solidariamente con el deudor principal (...)”⁽⁴⁷⁾. No obstante, Giusti señala que: “la previsión de la solidaridad no excluye la posibilidad que las partes atemperen el régimen de la *libera electio* mediante la

En este sentido, el autor italiano admite que recientemente la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana considera que la renuncia a la accesoriedad da lugar a negocios atípicos. GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 140.

(44) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 38.

(45) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 415.

(46) *Ibid.*; p. 416.

(47) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 425.

introducción de una carga de requerir extrajudicialmente el cumplimiento al sujeto titular del peso económico de la deuda⁽⁴⁸⁾. En efecto, el hecho que el acreedor deba observar un cierto orden no excluye la solidaridad, así el artículo 1184 del Código Civil establece que: “la solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores. Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo”.

Como puede apreciarse la solidaridad admite la presencia de un orden (al establecerse respecto a cada deudor solidario un vencimiento escalonado), así la subsidiariedad de la prestación es compatible con la noción de solidaridad. En el caso peruano la subsidiariedad se desprende del primer párrafo del artículo 1868 del Código Civil que dice que: “por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor (...)”.

2.3. El beneficio de excusión

Conforme a lo establecido en el artículo 1879 del Código Civil: “el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor. La solución del Código Civil coincide con la del artículo 1830 del Código Civil español. En tal sentido se otorga *ex lege* a favor del fiador el beneficio de excusión salvo que: (i) el fiador haya renunciado a dicho beneficio; (ii) el fiador se hubiere obligado solidariamente con el deudor principal; o, (iii) en caso de quiebra del deudor principal.

El beneficio de excusión es la facultad que otorga al fiador “y que tiene por objeto enervar o paralizar la pretensión ejecutiva del acreedor dirigida contra él. El fundamento de dicho beneficio o facultad lo constituye el principio de subsidiariedad

de la fianza. El fiador no debe ser compelido a pagar mientras que el crédito pueda hacerse normalmente efectivo sobre el patrimonio del deudor”⁽⁴⁹⁾.

Así, teniendo en cuenta el artículo 1880 del Código Civil, el fiador deberá oponer el beneficio de excusión al acreedor, luego que este lo requiera para el pago y acredite la existencia de bienes del deudor realizables dentro de la República, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación. “Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que este lo requiera para el pago y acreditar la existencia de bienes del deudor realizables dentro del territorio de la república, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación”.

Teniendo en cuenta el artículo transcrito podemos afirmar que el beneficio de excusión está subordinado a dos condiciones:

- a) Que sea opuesto por el fiador, es decir, se trata de una excepción que debe ser opuesta por el fiador y que paraliza transitoriamente la pretensión del acreedor hasta que este no haya intentado inútilmente obtener la prestación por el deudor principal (excepción dilatoria)⁽⁵⁰⁾. Se trata de una carga que recae sobre el fiador.

El Código Civil señala que el beneficio de excusión debe ser opuesto al acreedor “luego que este lo requiera para el pago” sin precisar si dicho requerimiento puede o debe ser opuesto en sede extrajudicial. Giusti⁽⁵¹⁾ señala que el fiador puede oponer

(48) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 41.

(49) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 435. De acuerdo con el Código Civil español la fianza también es, como regla, con beneficio de excusión. El artículo 1830 señala: “El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor”.

(50) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 181.

(51) *Ibid.*; p. 183.

Luciano Barchi Velaochaga

el beneficio de excusión por primera vez en el proceso, aún cuando el acreedor hubiera requerido inútilmente el cumplimiento al fiador antes de acudir a la vía judicial, sin que el fiador hubiera, en ese momento, declarado su voluntad de querer ejercitar su facultad de excusión. Díez-Picazo menciona que el beneficio de excusión puede ser opuesto una vez efectuado el requerimiento de pago o “dentro del plazo de que se disponga para contestar a dicho requerimiento”⁽⁵²⁾.

- b) Que el fiador señale⁽⁵³⁾ los bienes del deudor principal realizables dentro del territorio de la República que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación. Esta condición tiene como finalidad evitar que el beneficio de excusión sea utilizado con una finalidad dilatoria donde el acreedor deba afrontar una ejecución larga, difícil y costosa. Se le impone al fiador un comportamiento positivo de colaboración con el acreedor⁽⁵⁴⁾. De acuerdo con Giusti⁽⁵⁵⁾ no es necesario que los bienes señalados por el fiador sean suficientes para extinguir toda la deuda sino que basta que puedan extinguir parte de ella y, en este último caso, la excusión libera al fiador hasta la concurrencia del valor obtenido.

Al respecto debe tenerse en cuenta el artículo 1882 del Código Civil: “no se tomarán en cuenta para la excusión, los bienes embargados, litigiosos, hipotecados, dados en anticresis o prendados⁽⁵⁶⁾, por deudas diferentes, en la parte que fuere necesario para su cumplimiento. Si los bienes del deudor no producen más que un pago parcial de la deuda, el acreedor puede accionar contra el fiador por el saldo, incluyendo intereses y gastos”. Como puede apreciarse si bien el artículo 1880 del Código Civil señala: “que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación” el segundo párrafo del artículo 1882 del Código Civil dispone que “si los bienes del deudor no producen más que

un pago parcial de la deuda, el acreedor puede accionar contra el fiador por el saldo, incluyendo intereses y gastos”.

En tal sentido, en nuestro Código Civil, tampoco es necesario que los bienes señalados por el fiador sean suficientes para extinguir toda la deuda. En tal sentido, pueden extinguir parte de la deuda, en cuyo caso el acreedor podrá dirigirse contra el fiador por el saldo, incluyendo intereses y gastos. El artículo 1883 del Código Civil establece los casos en que el beneficio de excusión no tiene lugar. “La excusión no tiene lugar: (i) cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella; (ii) cuando se ha obligado solidariamente con el deudor; y, (iii) en caso de quiebra del deudor”. No hay lugar a la excusión cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella. La renuncia de la excusión debe ser expresa. No se admite la renuncia tácita.

Al respecto Arias-Schreiber señala que: “(...) la ley exige una renuncia expresa, que debemos entender formulada después de celebrarse el contrato. En este caso, la renuncia deberá constar por escrito y observar de ese modo la misma forma prescrita para el contrato bajo sanción”⁽⁵⁷⁾. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el no ejercicio de la excusión, no supone una renuncia. También es improcedente la excusión cuando el deudor es declarado en quiebra⁽⁵⁸⁾, por cuanto, en este caso, no hay bienes libres y suficientes para cubrir la deuda.

(52) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 435.

(53) ARIAS-SCHREIBER advierte que conforme al artículo 1880 del Código Civil el deudor no solo debe “señalar” sino “acreditar” la existencia de bienes realizables en el país. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. p. 294.

(54) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 185.

(55) *Ibid.*; p. 186.

(56) Ley de Garantía Mobiliaria, Ley 28677, derogó los artículos relacionados a la prenda (Sexta Disposición Final). En tal sentido, cuando el artículo 1882 del Código Civil hace referencia a “prenda”, debe entenderse referido a “garantía mobiliaria” (Tercera Disposición Final).

(57) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. p. 296. El artículo se refiere a que, conforme al artículo 1871 del Código Civil, la fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

(58) Véase artículo 99 y siguientes de la Ley 27809 - Ley General del Sistema Concursal.

3. La fianza y la solidaridad

3.1. La solidaridad como regla

En la práctica, las partes normalmente establecen la fianza sin beneficio de excusión, en tal sentido, somos de la idea que para que las normas supletorias cumplan su función de reducir los costos de transacción, el Código Civil debió adoptar como regla la fianza sin beneficio de excusión.

Arias-Schreiber reconoce que: “(...) es innegable que son escasas las ocasiones en que el fiador no puede hacer uso del beneficio de excusión, sea porque ha renunciado a él o porque se ha obligado solidariamente con el deudor. En efecto, resulta poco usual que el acreedor acepte una fianza en la cual quepa el riesgo de no poder accionar directamente contra el fiador. Recogiendo esta tendencia, se propuso invertir la regla contenida en el Código Civil de 1936 (y finalmente recogida por el Código Civil) de forma tal que, salvo pacto expreso, el fiador no gozará del beneficio de excusión y así apareció en el Proyecto y fue luego reiteradamente sostenido por el autor” y luego agrega que “a pesar de lo dicho, la Comisión Revisora no acogió la innovación propuesta, y de ese modo encontramos en este artículo una regla idéntica al numeral 1777 [sic] del Código Civil de 1936”⁽⁵⁹⁾.

3.2. ¿El beneficio de excusión excluye la solidaridad?

Si tenemos en cuenta el artículo 1883 del Código Civil, la excusión no tiene lugar cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor, entonces, la expresión “solidaria y sin beneficio de excusión”, utilizada en la práctica, resultaría un pleonasma.

Pero cabe preguntarse si, técnicamente, el beneficio de excusión excluye la solidaridad. Para Díez-Picazo, al igual que para la mayoría de la doctrina, entre la solidaridad y el beneficio de excusión existe una evidente incompatibilidad⁽⁶⁰⁾. Para Bianca, el beneficio de excusión es una modalidad de la solidaridad⁽⁶¹⁾, por tanto, de acuerdo con el jurista italiano, la fianza es siempre solidaria incluso cuando se hubiera previsto el beneficio de excusión, puesto que el beneficio de excusión solo es una de las modalidades de la solidaridad (artículo

1184 del Código Civil). Así, el deudor que goza del beneficio de excusión es un “obligado solidario subsidiario”, de tal manera que no pagará mientras el “obligado principal” tenga bienes realizables dentro de la República, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación.

Si esto es así, entonces, la fianza siempre es solidaria pero puede estar sujeta a modalidad (fianza solidaria con beneficio de excusión) o sin ella (fianza solidaria sin beneficio de excusión). La posición de Bianca permite explicar lo que ocurre cuando el fiador renuncia expresamente a la excusión. En efecto, conforme al artículo 1883 del Código

“DE ESTA FORMA, CONSIDERANDO LOS BENEFICIOS QUE PUEDE ACARREAR EL MODELO DE LA CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO DEL PAÍS, RESULTA DE GRAN RELEVANCIA LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES ESTABLECIDOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN, LOS MISMOS QUE DEBERÁN NO SÓLO LOGRAR LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ESTATALES, SINO TAMBIÉN VELAR POR OTORGAR UN NIVEL DE CONFORT AL INVERSIONISTA QUE INCENTIVE LA PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN ESTE TIPO DE PROYECTOS”.

(59) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. pp. 292 y 293. El autor hacía referencia al artículo 1777 del Código Civil peruano de 1936 cuando en realidad se trata del artículo 1778.

(60) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 436.

(61) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La responsabilità*. p. 470.

Luciano Barchi Velaochaga

Civil: “la excusión no tiene lugar cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella”. Entonces, si la fianza es con beneficio de excusión y el fiador renuncia ella, parece lógico pensar que se ha renunciado a la modalidad, quedando obligado solidariamente con el deudor.

3.3. La fianza solidaria entraña la generación de una solidaridad pasiva en términos obligacionales

Conforme al inciso 3 del artículo 1883 del Código Civil, no hay excusión cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor. La redacción no parece generar dudas que cuando el fiador se obliga solidariamente con el deudor, estamos frente a un supuesto de solidaridad pasiva reguladas por los artículos 1183 y siguientes del Código Civil. Para ser más exactos, se trata de un supuesto de solidaridad pasiva contraída en interés exclusivo de uno solo de los deudores: del deudor principal.

En efecto, como bien advierte Busnelli la obligación solidaria puede ser “en interés común” o “en interés unisubjetivo”. En el primer caso, hay una comunidad de intereses entre los deudores, mientras que en el segundo caso, el interés se concentra en cabeza de uno de los deudores “mientras que los otros fungen de garantes”⁽⁶²⁾. Esta distinción, como comenta el autor italiano, reaviva la discusión sobre la estructura de la relación obligatoria: “unidad o pluralidad de relaciones”. Si tenemos en consideración que puede haber solidaridad pasiva en interés exclusivo de uno de los deudores parecería que la tesis de la “unidad” sería inadecuada puesto que, en este caso, se constata la presencia de una pluralidad (normalmente dos) relaciones obligatorias; es decir, tantas relaciones obligatorias como deudores obligados solidariamente existan⁽⁶³⁾.

Como hemos visto en la fianza existen dos relaciones obligatorias: la garantizada y la de fianza. Estas dos relaciones obligatorias recaen sobre una prestación única e idéntica *eadem res debita*⁽⁶⁴⁾ y, por tanto, común. Como señala Díez-Picazo: “normalmente la obligación del fiador es idéntica a la del deudor. La prestación debida por el fiador es la misma y

debe efectuarse en las mismas condiciones”⁽⁶⁵⁾; o como señala Busnelli, sobre la base de la tesis más difundida en la doctrina francesa e italiana, “la obligación solidaria se configura como un ‘fajo de relaciones convergentes’ en la misma, única prestación”⁽⁶⁶⁾. En tal sentido, cuando el deudor o el fiador ejecutan la prestación, se extinguen ambas relaciones obligatorias. No obstante, como también hemos visto, la identidad puede presentar una excepción de carácter cuantitativo puesto que es posible que la obligación del fiador sea más leve que la del deudor, en otras palabras, es posible que el fiador pueda obligarse a menos pero nunca a más del deudor (artículo 1873 y 1874 del Código Civil).

Estas diversas relaciones obligatorias no tienen una misma fuente *eadem causa obligando*⁽⁶⁷⁾. En efecto, la fianza es una hipótesis de pluralidad de sujetos frente al mismo acreedor en base a títulos distintos. Por un lado, el título que genera la relación obligatoria entre el deudor y el acreedor (que es la “obligación garantizada”) y, por otro lado, el contrato de fianza, que genera la relación obligatoria entre el fiador y el acreedor (“obligación fideiusoria” o “relación de fianza”).

Para Casanovas Mussons la fuente generadora de la relación obligatoria entre el deudor y el acreedor podrá ser tanto una fuente autónoma como una heterónoma, en cambio, la fuente generadora de la relación obligatoria entre el fiador y el acreedor siempre será el contrato. De acuerdo con la autora española, en la fianza legal o en la fianza judicial, no es la ley ni el mandato judicial fuente de la fianza

(62) BUSNELLI, Francesco Donato. *L'obbligazione soggettivamente complessa*. Milán: Giuffrè, 1974. p. 41.

(63) *Ibid.*; p. 42.

(64) Véase CASANOVAS MUSSONS, Anna. *La relación obligatoria de fianza*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 24. En el mismo sentido DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Op. Cit.*; p. 429.

(65) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 429.

(66) BUSNELLI, Francesco Donato. *Op. Cit.*; p. 44.

(67) También ocurre en el caso de la “solidaridad resarcitoria”.

sino de la obligación del deudor de presentar un fiador que asegure el cumplimiento de la obligación a su cargo⁽⁶⁸⁾. No obstante, el hecho que en el caso de la fianza las relaciones obligatorias deriven de causas distintas, no es óbice, para afirmar que hay solidaridad. En tal sentido, la doctrina habla de “solidaridad propia” para referirse a aquella que deriva de un mismo título y de “solidaridad impropia” para aquella que deriva de títulos distintos⁽⁶⁹⁾.

Como dice Breccia, “el vínculo de solidaridad puede referirse sea a la hipótesis en la cual existen los extremos de una obligación subjetivamente compleja, sea en el caso en el cual dos o más obligaciones distintas sean coligadas por un nexo de accesoriedad (como en la figura ejemplar de la fianza en la cual una obligación tiene la función de garantizar otra con objeto idéntico)”⁽⁷⁰⁾.

La doctrina jurídica ha considerado la existencia de tres requisitos para estar frente a una obligación solidaria: (i) pluralidad de relaciones obligatorias *plures debitores*⁽⁷¹⁾; (ii) prestación única e idéntica *eadem res debita*; y, (iii) causa única *eadem causa obligando*. Como señala Orlandi: “La relación deriva de una única causa, es decir, de un único hecho jurídico, o por lo menos, hecho jurídicos ligados por un nexo tal que valga para poderlos considerar como un complejo unitario al efecto del vínculo que se deriva”⁽⁷²⁾.

En la doctrina española, Díez-Picazo señala que cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor, “se trata de un supuesto en que no hay propiamente fianza sino solidaridad”⁽⁷³⁾. Esto se recoge de manera expresa, por ejemplo, en el artículo 2021 del Código Civil francés⁽⁷⁴⁾ y en el 1822 del Código Civil español. Así, el segundo párrafo del

artículo 1822 del Código Civil español señala que “si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección cuarta, Capítulo III, Título Primero, de este libro”.

En el mismo sentido Puig Brutau señala que: “normalmente la obligación solidaria se distingue de la fianza en que el fiador responde con carácter subsidiario. Es decir, en la relación externa o frente al acreedor, el fiador goza normalmente de beneficio de excusión en virtud del cual el acreedor ha de dirigirse primeramente contra el deudor principal. Pero cabe que el fiador haya renunciado a dicho beneficio y que, por ello, desaparecido el carácter subsidiario de la fianza, responda frente al acreedor solidariamente con el deudor afianzado. En tal caso, en la relación externa desaparece toda diferencia entre la obligación solidaria y la fianza”, y luego aclara señalando que “mejor dicho, esta fianza sin beneficio de excusión es un caso de obligación solidaria cuyo origen o causa solo manifiesta sus rasgos peculiares en la relación interna”⁽⁷⁵⁾.

Bianca explica que: “una parte de la doctrina considera que la obligación *fiudeiussoria* no pertenece al ámbito de las obligaciones solidarias o que, por lo menos, aquella se caracterizaría por ser una solidaridad atípica o imperfecta o impropia, distinta respecto de aquella prevista por el código”⁽⁷⁶⁾. Esta posición

(68) CASANOVAS MUSSONS, Anna. *Op. Cit.*; p. 25.

(69) Véase ORLANDI, Mauro. *Op. Cit.*; p. 14.

(70) BRECCIA, Umbero. *La obbligazioni*. En: *Trattato di Diritto Privato. A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*. Milano: Giuffrè, 1991. pp. 179 y 180.

(71) Para algunos autores la “pluralidad de sujetos” es un presupuesto de la solidaridad y no un elemento, pues no se coloca dentro de la obligación sino fuera y antes que ella. ORLANDI, Mauro. *Op. Cit.*; p. 17.

(72) ORLANDI, Mauro. *Op. Cit.*; p. 14.

(73) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 605.

(74) “La caution n’est obligée envers le créancier à le payer qu’à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n’ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu’elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur: auquel cas l’effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires”.

(75) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I. Volumen II. p. 202.

(76) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La responsabilità*. p. 468.

Luciano Barchi Velaochaga

se sustenta en el hecho que la disciplina de la solidaridad no se aplica íntegramente a la fianza. Pero como Bianca señala: “las particulares reglas que disciplinan la fianza no contradicen la noción fundamental de la solidaridad pasiva, cual vínculo intercurrente entre una pluralidad de deudores, todos obligados a un sola prestación de modo que el cumplimiento de uno libera a los demás”⁽⁷⁷⁾. Luego el autor italiano añade: “la fianza se caracteriza autónomamente en que se constituye en causa exclusiva de garantía, mientras que las singulares obligaciones solidarias no *fideiussorie* pueden tener fundamento en diversas causas, asumiendo una función de garantía en la medida en la cual el deudor está obligado por la parte de los otros”⁽⁷⁸⁾.

La doctrina nacional mayoritaria, en posición que no compartimos, considera que no hay obligación solidaria. Al respecto Osterling Parodi y Castillo Freyre critican la redacción del artículo 1883 del Código Civil señalando que: “de la misma parecería que el fiador solidario se estuviese obligando solidariamente con el deudor. Si esto fuera así, dicho fiador no sería tal, sino que únicamente sería un codeudor solidario, junto con el otro deudor. A la vez debemos decir que si fuese codeudor solidario (frente al acreedor común), no podría ser fiador, puesto que resulta incompatible que en una misma persona se reúnan las calidades de deudor solidario y de garante de sí mismo. Esto sería absurdo”. Luego agregan que: “la interpretación correcta del tema de la fianza solidaria es que esta crea una solidaridad muy especial, distinta, en cuanto a su origen, de la solidaridad pasiva, por cuanto en la fianza solidaria no hay codeudores obligados por el íntegro, sino única y exclusivamente un garante (fiador), que ha renunciado al beneficio de excusión”⁽⁷⁹⁾.

Los autores citados señalan, en adición a la diferencia entre la solidaridad pasiva y la fianza solidaria ya citada, el hecho que en la solidaridad pasiva el codeudor que paga puede subrogarse en el lugar del acreedor, frente a los codeudores que no pagaron, hasta por la parte de cada uno de estos (artículo 1260, inciso 1, y 1263 del Código Civil). En cambio, en la solidaridad, el artículo 1891 del Código Civil establece el principio contrario, al señalar que si son varios los deudores

obligados solidariamente, el fiador que ha garantizado por todos puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo pagado.

Estos autores olvidan, sin embargo, el primer párrafo del artículo 1203 del Código Civil el cual establece que: “en las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores (o acreedores), salvo que se haya contraído en interés de uno de ellos (...)”. De acuerdo con el artículo citado el deudor solidario que paga puede dirigirse por el íntegro contra el deudor respecto del cual se ha contraído en “interés exclusivo” la obligación. De la misma opinión que Osterling Parodi y Castillo Freyre es Ortega Piana. Al respecto Ortega Piana señala que: “(...) 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 solo significa que la fianza carece de excusión”⁽⁸⁰⁾.

León Barandiarán, al comentar el Código Civil de 1936, no descartaba la aplicación del régimen de la solidaridad pasiva a la fianza solidaria. En este sentido señalaba que: “el régimen de la solidaridad pasiva de las obligaciones viene a operar en virtud de la estipulación establecida al respecto, o sea, que el fiador ha convenido en ser un deudor de la misma clase que el fiado frente al acreedor(...)”. Aunque aclaraba más adelante que “(...) ha de evitarse errores, como creer que el deudor principal y el fiador con el carácter de obligado solidario se hallen entre sí en igualdad de situaciones, como dos deudores solidarios en general, es decir, de

(77) *Loc. Cit.*

(78) *Loc. Cit.*

(79) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las obligaciones*. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*. Volumen XVI. Primera Parte, Tomo III. p. 251.

(80) ORTEGA PIANA, Marco Antonio. *Breve Estudio sobre la fianza*. En: *Advocatus* Número 11, Lima. p. 140.

deudores por una obligación que originalmente les incumbe a ambos, como ocurriría con dos mutuarios que se hubiesen obligado solidariamente. La situación es diferente en cuanto al caso del fiado y el fiador con el carácter solidario. Diferente en lo que respecta a la situación entre ellos, pues el fiador es deudor subsidiario siempre en comparación al fiado, que es deudor principal. Solo que frente al acreedor los dos ocupan la misma situación en el sentido de que este puede dirigirse indistintamente contra uno u otro⁽⁸¹⁾.

Sobre este mismo tema Arias-Schreiber señalaba que: "(...) la fianza -aún llamada "solidaria"- no deja de ser un contrato de garantía y por tanto accesorio, que se rige por sus propias normas y no puede por ello confundirse con la solidaridad de los codeudores"⁽⁸²⁾. Este es el sentido que parece adoptar el artículo 2004 del Código Civil argentino, que al respecto señala que "la solidaridad a la cual el fiador puede someterse, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesorio, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. La fianza solidaria queda regida por las reglas de la simple fianza, con excepción de la privación del beneficio de excusión y del de división".

Para nosotros la fianza solidaria no es otra cosa que una supuesto de "solidaridad contraída en interés exclusivo de uno de los deudores" o como prefiere Busnelli, un supuesto de "obligación solidaria a interés unisubjetivo"⁽⁸³⁾. En tal sentido, resulta absurdo lo establecido en el artículo 1871 del Código Civil: "la fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad". En efecto, si por ejemplo D y D_i se obligan solidariamente frente a A, siendo que la obligación se contrae en interés exclusivo de D, ¿tiene algún sentido exigir que el título conste por escrito? Parece lógica la solución de los códigos civiles italiano, francés y español que no exigen ninguna formalidad para la celebración de la fianza solidaria.

4. El derecho de regreso del fiador

El artículo 1889 del Código Civil establece que: "el fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor (...)". Al respecto debemos

preguntarnos si el artículo citado resulta aplicable a la fianza con beneficio de excusión o a la fianza solidaria o a ambas.

El artículo transcrito establece un supuesto de subrogación legal a favor del fiador que paga la deuda. Si el fiador y el deudor se han obligado solidariamente, entonces la solución tiene su fundamento en lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil; es decir, que la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado solidariamente con otro u otros.

Al respecto debemos recordar, que las obligaciones solidarias pueden ser contraídas: (i) "en interés común de todos los deudores solidarios"; o, (ii) "en interés unisubjetivo". En tal sentido, en las relaciones internas, la obligación solidaria "en interés común", se divide entre los diversos deudores en cuyo interés se contrajo la relación obligatoria. En cambio, la obligación solidaria contraída en interés de uno solo de los deudores, en las relaciones internas, no se divide sino se concentra íntegramente en el deudor en cuyo interés se contrajo la relación obligatoria. Aquí debemos tener en cuenta que en la obligación solidaria "en interés común" si uno de los deudores paga el íntegro tendrá un derecho de regreso frente a sus codeudores. El derecho de regreso es aquel que concede al deudor solidario que pagó la deuda la posibilidad de reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno le corresponda en las relaciones internas.

Como hemos visto, en la solidaridad pasiva, de acuerdo con el artículo 1203 del Código Civil: "en las relaciones internas, la obligación

(81) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Tomo 2. Lima, 1975. p. 399.

(82) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. pp. 249 y 250.

(83) BUSNELLI, Donato. *Op. Cit.*; pp. 53 y 54.

Luciano Barchi Velaochaga

solidaria se divide entre los diversos deudores (...)” en porciones que se presumen iguales, “salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos” en cuyo caso este, en las relaciones internas, asume la totalidad de la deuda.

Si son varios los deudores obligados solidariamente resulta de aplicación del artículo 1891 del Código Civil que menciona que: “si son varios los deudores obligados solidariamente, el fiador que ha garantizado por todos puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo pagado”. Este es el caso de la fianza prestada para una solidaridad pasiva y según la norma citada el fiador puede subrogarse contra cualquiera por el íntegro de lo pagado. La subrogación se produce de manera solidaria: la fianza prestada para todos es en beneficio de cada deudor, que por lo tanto estará obligado por el todo.

Cuando el fiador es solidario no resulta de aplicación el artículo 1263 del Código Civil, ello teniendo en cuenta la estructura y la disciplina de la relación de fianza caracterizada por una solidaridad en interés exclusivo del deudor y, por tanto, en la hipótesis prevista en el artículo 1891 del Código Civil, de la pluralidad de deudores. Del mismo modo, la insolvencia de uno de los deudores será cubierta por los demás deudores sin incluir al fiador, en concordancia con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1204 del Código Civil.

Como advierte Giusti⁽⁸⁴⁾, comentando el artículo 1951 del Código Civil italiano⁽⁸⁵⁾ semejante al artículo 1891 del Código Civil, la subrogación integral solo se produce cuando la fianza es a favor de todos los deudores solidarios (el fiador que ha garantizado por todos), así en la hipótesis no expresamente regulada de fianza prestada a favor de uno solo de los deudores solidarios, pero por el total de la deuda, el fiador que ha pagado se subroga por el íntegro respecto al deudor garantizado, pero la solidaridad desaparece y los otros codeudores quedan obligados por la parte que les corresponde en las relaciones internas.

El primer párrafo del artículo 1839 del Código Civil español, antecedente del artículo 1889 del Código Civil, dispone que: “el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor (...)”. Díez-Picazo, comentando el Código Civil español, antecedente de las normas sobre fianza del Código Civil, señala que: “El fiador que paga se convierte por este solo hecho en acreedor del deudor principal, puesto que, en otro caso, se produciría un injustificado enriquecimiento del deudor y un injustificado empobrecimiento del fiador” y, luego agrega que “(...) el evidente derecho de crédito del fiador que paga contra el deudor principal puede ser protegido de dos maneras: o concediendo una acción de regreso o de reembolso o subrogando al fiador en los derechos que tenía el acreedor pagado”⁽⁸⁶⁾, concluyendo que “(...) nuestro Código recoge las dos posibles acciones o derechos de que dispone el fiador que paga”⁽⁸⁷⁾.

En opinión de Giusti: “los dos remedios son distintos y el fiador que paga debe elegir entre uno y otro, pero ambos coexisten y están dirigidas a alcanzar el mismo objetivo, que es el de consentir al garante transferir a la esfera del deudor principal la disminución patrimonial sufrida por él como consecuencia del cumplimiento. De aquí la complementariedad de los dos remedios, pudiendo admitirse que el fiador pueda realizar las dos acciones, una después de la otra, de manera de obtener el máximo beneficio, y por tanto ejercitar la subrogación para recuperar aquello que ha pagado y el regreso para obtener adicionalmente aquello que le espera a título de intereses y reembolso de gastos”⁽⁸⁸⁾.

(84) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 240.

(85) “Si hay varios deudores principales obligados solidariamente, el fiador que ha garantizado a todos tiene regreso contra cada uno para repetir integralmente aquello que ha pagado”.

(86) Díez-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 440.

(87) *Ibid.*; p. 441.

(88) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 234.

Como puede apreciarse, para el autor italiano, el fiador puede utilizar ambas vías, una después de la otra. En el Código Civil, el fiador que paga, como deudor solidario, tiene dos vías para ejercer su derecho de regreso: (i) la “acción” de regreso⁽⁸⁹⁾ (artículo 1890 del Código Civil); y, (ii) la subrogación⁽⁹⁰⁾ (artículo 1889 del Código Civil). La cuestión a resolver si son vías alternativas o no. La subrogación en la fianza es de tal importancia para el legislador que el artículo 1902 del Código Civil establece que: “El fiador queda liberado de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no pueda subrogarse”. Por otro lado, la “acción” de regreso contemplada en el artículo 1890 señala que: “la indemnización que debe serle pagada al fiador comprende: (i) el total de lo pagado por el fiador; (ii) el interés legal desde que hubiese hecho saber el pago al deudor, aunque no lo produjese para el acreedor; (iii) los gastos ocasionados al fiador, después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago; y, (iv) los daños y perjuicios, cuando procedan”.

No resulta adecuada la referencia a “indemnización”. En efecto, Arias-Schreiber señala: “(...) la expresión ‘indemnización’ no es correcta y debió decir ‘La suma que debe pagarse al fiador comprende’⁽⁹¹⁾. El artículo citado tiene como antecedente el artículo 1838 del Código Civil español, que confiere la “acción” de regreso vía el pago de la indemnización. Dicho artículo señala que: “el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este. La indemnización comprende: (i) la cantidad total de la deuda; (ii) los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor; (iii) los gastos ocasionados al fiador después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago; y, (iv) los daños y perjuicios, cuando procedan”.

El artículo 1889 del Código Civil confiere al fiador que paga la “acción” de regreso contra el deudor principal y el artículo 1890 del Código Civil delimita la medida de tal derecho

estableciendo que el regreso comprende la suma pagada y no la cantidad total de la deuda como señala el numeral 1 del artículo 1838 del Código Civil español, los intereses legales, los gastos ocasionados al fiador después de poner en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.

El artículo 1890 del Código Civil también señala que la “acción” de regreso comprende los daños y perjuicios causados al fiador cuando procedan. Como hemos visto, el derecho de regreso comprende “el total de lo pagado al fiador” y el “interés legal desde que hubiese hecho saber el pago al deudor, aunque no lo produjese para el acreedor”. El deudor debe, entonces, rembolsar al fiador la cantidad efectivamente pagada por este que no necesariamente coincidirá con el total de la deuda del deudor, pues, como hemos visto, el fiador puede obligarse de una manera más “leve” que el deudor. Aquí se comprenden también los intereses compensatorios que se hubieren devengado y que el fiador hubiese pagado⁽⁹²⁾.

Respecto a los intereses legales, éstos se devengarán sobre el capital pagado desde que el fiador le hubiese hecho saber el pago al deudor; es decir, se trataría de un supuesto de mora legal. En puridad, entonces, al surgir la obligación *ex novo* el deudor incurre en mora desde el momento en que el fiador le comunica haber efectuado el pago y desde ese momento se devengan los intereses moratorios en la tasa del interés legal en la medida que no hubiese sido fijada la tasa convencionalmente, entre el fiador y el deudor.

(89) La “acción” de regreso presupone la extinción de la obligación y constituye un derecho *ex novo* que permite al titular reclamar a cada codeudor su parte de la deuda.

(90) De acuerdo con el artículo 1260, inciso 1 del Código Civil: “la subrogación legal opera de pleno derecho a favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado solidariamente, con otro”. De acuerdo con Díez-Picazo, la subrogación realiza a favor del subrogado en el crédito un interés de recuperación o de realización en vía de regreso un desembolso patrimonial que le ha sido efectuado al acreedor satisfecho”. DÍEZ-PICAZO, *Op. Cit.*; p. 814.

(91) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. p. 306.

(92) Véase DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 442.

Luciano Barchi Velaochaga

El mismo artículo 1890 del Código Civil en su inciso 4 dispone que la indemnización que debe serle pagada al fiador por el deudor también comprende “los daños y perjuicios, cuando procedan”. Al respecto parecería que, en este caso, es posible la indemnización del daño ulterior sin necesidad de acuerdo (bastaría solo que el fiador demuestre haberlos sufrido).

Las diferencias con la subrogación son evidentes: mientras que la “acción” de regreso comprende, además de la cantidad pagada por el fiador, el reembolso de los gastos incurridos por el fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago, al subrogado tal derecho no le corresponde. Asimismo, la “acción” de regreso comprende los intereses desde que el fiador le hubiese hecho saber el pago al deudor. En el caso de la subrogación, los intereses corresponden al subrogante si el subrogado (acreedor) hubiera tenido derecho a los mismos y, en tal caso, la tasa de interés que corresponde al subrogado es la misma que le corresponde al subrogante.

4.1. Las excepciones oponibles por el deudor frente a la pretensión de reintegro del fiador

El Código Civil reconoce tres excepciones oponibles por el deudor frente a la pretensión de reintegro del fiador:

- a) Conforme al 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”.

Como señala Díez-Picazo: “en puridad, en este caso más que de una excepción se trata de una privación legal de la acción de reembolso”⁽⁹³⁾. Como se ha visto el fiador tiene la carga de comunicar al deudor su intención de pagar para evitarle un perjuicio. En tal sentido, en caso se produzca un doble pago se prefiere el pago del deudor aunque hubiese sido efectuado después del pago del fiador. En este caso el fiador solo puede dirigirse contra el acreedor para recobrar lo pagado. De acuerdo con el autor español, “esta es una acción que sigue las reglas del pago indebido, si el pago

del fiador es posterior al del deudor. En la hipótesis inversa, que rigurosamente es la del Código, esto es, pago inicial por el fiador y pago posterior por el deudor, no hay en pura dogmática razones para considerar indebido el pago del fiador. Por ello, su acción es la estricta y subsidiaria del enriquecimiento injustificado”⁽⁹⁴⁾.

- b) Conforme al artículo 1894 del Código Civil: “Si el fiador paga sin comunicarlo al deudor, este puede hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor”. El artículo citado impone al fiador la carga de efectuar una comunicación al deudor, previa al pago “porque de ella puede derivar la información necesaria y el cabal conocimiento del estado de la obligación afianzada”⁽⁹⁵⁾. Lo que se pretende es evitar que el fiador al efectuar el pago pueda perjudicar al deudor impidiéndole deducir las excepciones que hubiera podido oponer.
- c) Conforme al artículo 1896 del Código Civil, “el fiador que pagó anticipadamente la obligación principal no puede subrogarse contra el deudor sino después de vencido el plazo de aquella”. Si el fiador pagara la obligación principal antes de su vencimiento, puede subrogarse, no obstante, solo podrá subrogarse frente al deudor después de vencido el plazo de la obligación principal. Ello porque el pago anticipado efectuado por el fiador no puede hacerle perder al deudor, sin su consentimiento, el beneficio del plazo⁽⁹⁶⁾. La norma supone que el fiador no puede imponer al deudor un pago anticipado. De acuerdo con Arias-Schreiber: “el Proyecto de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil incorporó este precepto, señalando que el fiador que pagase antes

(93) *Ibid.*; p. 444.

(94) *Loc. Cit.*

(95) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 443.

(96) Véase GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 239.

del plazo no podría repetir contra el deudor sino después de vencido aquel. La Comisión Revisora decidió modificarlo ligeramente, de manera que el artículo no señala que el fiador no podrá repetir, sino que no podrá subrogarse. En realidad, no es que el garante se encuentre impedido de subrogarse, pues como hemos visto al comentar el artículo 1889, la subrogación opera de pleno derecho por el solo hecho del pago. La subrogación no depende, pues, de la voluntad del fiador, ni del transcurso del plazo, sino que sobreviene automáticamente en virtud del pago. De ahí que sería más propio en realidad, decir que el fiador -a pesar de haberse subrogado- no puede ejercitar sus derechos contra el fiado hasta que no expire el plazo establecido para el pago de la deuda principal⁽⁹⁷⁾.

Se desprende de los artículos 1892 y 1894 del Código Civil, que el fiador tiene dos cargas: (i) una vez recibido el requerimiento de pago por parte del acreedor comunicarlo al deudor principal, antes de efectuar el pago; y, (ii) una vez ejecutada la prestación comunicárselo al deudor principal. La carga de comunicación prevista en el artículo 1894 del Código Civil tiene por finalidad permitir al deudor principal informar al fiador los medios de defensa que este podría oponer al acreedor, así, en caso de omitir la comunicación el fiador, queda sujeto a los medios de defensa que el deudor hubiera podido oponer al acreedor.

Se trata de cargas del fiador por lo que su inobservancia no importa responsabilidad frente al deudor principal, su inobservancia importa consecuencias particulares: (i) si el deudor principal paga la deuda, entonces el fiador pierde el derecho de regreso frente al deudor; no obstante, el fiador tiene el derecho de repetición frente al acreedor; y, (ii) si el deudor principal no paga la deuda, entonces el deudor puede oponerle al fiador todos los medios de defensa que hubiera podido oponer al acreedor.

Díez-Picazo, respecto a la subrogación del fiador en el crédito pagado, señala que: “se produce en todos los casos de pago por el fiador, salvo en aquellos en que el pago haya sido hecho ignorándolo el deudor principal⁽⁹⁸⁾. *Contrario sensu*, según el artículo 1894 del Código Civil, si el fiador paga y lo comunica al deudor principal, entonces, no podrá oponerle los medios de defensa que hubiera podido oponer al acreedor. Esto parece ser

una excepción al artículo 1262 del Código Civil según la cual la subrogación permite al deudor oponer al subrogado los medios de defensa que hubiera podido hacer valer frente al acreedor.

Conforme al segundo párrafo del artículo 1889 del Código Civil: “(...) si ha transigido con el acreedor (el fiador), no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado”. Este artículo, en nuestra opinión, es aplicable solo a la fianza con beneficio de excusión puesto que en el caso de la solidaria resulta de aplicación el artículo 1188 del Código Civil.

4.2. El relevo del fiador

Conforme al artículo 1897 del Código Civil: “el fiador puede accionar contra el deudor, antes de haber pagado, para que este lo releve o, en su defecto, preste garantía suficiente para asegurarle la satisfacción de sus eventuales derechos de subrogación en los casos siguientes: (i) cuando el deudor es citado judicialmente para el pago; (ii) cuando el deudor deviene insolvente o realiza actos tendientes a la disminución del patrimonio; (iii) cuando el deudor se obligó a relevarlo de la fianza dentro de un plazo determinado y éste ha vencido; y, (iv) cuando la deuda se ha hecho exigible”.

Efectuado el pago por el fiador, este tiene un derecho de regreso frente al deudor principal que puede ser ejercido por vía de subrogación o por la “acción” de regreso. Esto deja al fiador expuesto al riesgo de la insolvencia del deudor principal, en el sentido que el fiador que paga no tiene seguridad de poder obtener efectivamente el reembolso. En tal sentido, antes que ello ocurra se le otorga al fiador, en presencia de determinadas circunstancias, una “acción” de relevo contra el deudor principal, que tiene como contenido la obligación del deudor de procurar al fiador la liberación o de

(97) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. p. 312.

(98) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 441.

Luciano Barchi Velaochaga

prestar las garantías para el eventual regreso y “tiene como finalidad asegurar al fiador contra la eventualidad de tener que pagar o deber pagar sin la posibilidad de reembolso”⁽⁹⁹⁾.

Conforme lo previsto en el artículo 1897 del Código Civil, el derecho de relevo debe ser ejercitado por el fiador “antes de haber pagado”, por tanto, el pago de la deuda garantizada por el fiador extingue el derecho de relevo.

- a) “Cuando el deudor es citado judicialmente para el pago”, ello representa para el fiador el peligro de tener que soportar los gastos del proceso judicial y de pagar en lugar del deudor principal.
- b) “Cuando el deudor deviene insolvente o realiza actos tendientes a la disminución del patrimonio”, para el ejercicio del derecho de relevo no se requiere una declaración formal de insolvencia -entendiendo por esta el “estado objetivo del patrimonio considerado en su capacidad para cumplir o mejor para cubrir las deudas-”⁽¹⁰⁰⁾.
- c) “Cuando el deudor se obligó a relevarlo de la fianza dentro de un plazo determinado y éste ha vencido”, no es el caso de la fianza por plazo determinado. La obligación del deudor principal de relevar al fiador a la que se alude en el numeral 3 del artículo 1897 del Código Civil no se refiere a la relación de fianza (fiador acreedor) sino en la relación entre el fiador y el deudor.
- d) “Cuando la deuda se ha hecho exigible”⁽¹⁰¹⁾, el vencimiento del plazo de la deuda garantizada, que torna al crédito exigible, hace posible que el acreedor pueda ser requerido para el pago. Como señala Giusti⁽¹⁰²⁾ la exigibilidad que toma en consideración la norma es la originaria, puesto que conforme al artículo 1901 del Código Civil⁽¹⁰³⁾ la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza.

La “acción” de relevo no está dirigida a que el deudor principal pague al fiador, puesto que ello supondría el ejercicio del derecho de regreso. De acuerdo con Giusti⁽¹⁰⁴⁾ la “acción” de relevo por liberación tiene dos objetivos: (i) o bien lograr que el deudor principal pague directamente al acreedor, evitando el pago del fiador; (ii) o bien que el deudor obtenga del acreedor la renuncia a la garantía. El relevo por garantía tiene como finalidad el otorgamiento de una garantía de satisfacción de la acción de regreso a favor del fiador.

Arias-Schreiber señalaba lo siguiente: “(...) es necesario anotar al respecto, los alcances de la solicitud de ‘relevo’ dirigida al deudor. Ya hemos visto que la fianza se perfecciona entre el acreedor y el fiador, siendo irrelevante la intervención del deudor, que no es parte en el contrato y que en algunos casos hasta ignora su existencia. Siendo esto así, es obvio que el deudor no está en aptitud de liberar al fiador de su obligación, pues éste la ha contraído frente al acreedor. El relevo a que alude el Código debe entenderse, por tanto, condicionado a la aceptación del acreedor”⁽¹⁰⁵⁾.

No compartimos lo señalado por el desaparecido profesor sanmarquino. La “acción” de relevo por liberación no tiene por objeto “sustituir” o “liberar” al acreedor, sino que busca, como ya se adelantó, o bien lograr que el deudor principal pague directamente al acreedor, evitando el pago del fiador, o bien, que el deudor obtenga del acreedor la renuncia a la garantía.

(99) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 244.

(100) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 748.

(101) Comprende el vencimiento del plazo y la verificación de la condición.

(102) Véase GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; nota (219). pp. 245 y 246.

(103) “La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el asentimiento del fiador extingue la fianza, salvo que éste la haya aceptado anticipadamente”.

(104) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 248.

(105) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. p. 313.

4.3. Crítica del derecho de regreso en vía de subrogación

Cárdenas Quirós critica el artículo 1889 del Código Civil señalando: "(...) en mi opinión la consagración de la subrogación a favor del fiador no tiene justificación, debiendo haberse contemplado solo la existencia de la acción de reembolso que asegura, adecuadamente a mi entender los intereses del fiador. Ello, en razón de que si el fiador ejecuta la prestación a su cargo, la relación obligatoria de fianza se extingue, pues el fiador ha cumplido con el deber de prestación al que se comprometió y no con aquello a lo que estaba obligado el deudor, aun cuando guarden identidad ambas prestaciones, la de fianza y la de la obligación principal, habiéndose satisfecho así el interés del acreedor, y procediendo solo a hacer efectiva la responsabilidad contra el deudor"⁽¹⁰⁶⁾.

5. La extinción de la fianza

5.1. Causas de extinción de la relación de fianza

En la relación de accesoriedad entre la "obligación garantizada" y la "obligación fideiusoria" o "relación de fianza" importa que la primera arrastra en su suerte a la segunda, de tal manera que la extinción de la "obligación garantizada" representa un modo de extinción de la "relación de fianza". Como señala Giusti: "cuando la deuda principal se extingue, la deuda del fiador también se extingue pues, por reflejo"⁽¹⁰⁷⁾.

Pero la "relación de fianza" también se extingue por causas que la afectan directamente: hay causas extintivas generales que son aquellas comunes a la generalidad de relaciones obligatorias y causas extintivas especiales, pues resultan de aplicación exclusivamente a la "relación de fianza"⁽¹⁰⁸⁾.

5.1.1. Extinción indirecta de la "relación de fianza" por extinción de la "relación garantizada"

5.1.1.1. El pago de la "obligación garantizada"
El pago de la "obligación garantizada" extingue la "relación de fianza". No obstante, debe tenerse en cuenta que para que ello ocurra la suma pagada por el deudor principal debe ser imputada a la deuda o a parte de la deuda garantizada. Como advierte Giusti⁽¹⁰⁹⁾, un problema de imputación puede presentarse sea porque el deudor tiene varias deudas respecto al acreedor al cual fue otorgada la fianza o sea porque su única deuda ha sido garantizada solo en parte. En tal caso, efectuado el pago por el deudor, si este y el acreedor omiten realizar la imputación del pago⁽¹¹⁰⁾, se aplicarán los criterios de imputación legal⁽¹¹¹⁾ y, en tal sentido, el pago se aplicará, primero, a la relación obligatoria menos garantizada o si tuviera una única deuda garantizada solo en parte, se imputará a la parte no garantizada.

5.2. Dación en pago

También queda liberado el fiador por la dación en pago efectuada por el acreedor conforme al artículo 1900 del Código Civil: "queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción".

5.2.1. El pago por tercero

No es causa de extinción de la "relación de fianza" el pago por tercero, cuando a favor de este la ley (artículo 1260 del Código Civil) o la voluntad del acreedor o la del deudor (artículo 1261 del Código Civil) consientan la

(106) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Responsabilidad Civil del Fiador*. En: *Cuadernos de Derecho*. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Número 2. Año 2, marzo de 1993. p. 47.

(107) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 251.

(108) *Ibid.*; p. 252.

(109) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 253.

(110) Conforme al artículo 1256 del Código Civil la imputación debe ser efectuada por el deudor; si no lo hiciera, conforme al artículo 1258, la hará el acreedor.

(111) Artículo 1259 del Código Civil.

Luciano Barchi Velaochaga

subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor respecto del fiador. En efecto, conforme al artículo 1262 del Código Civil: “la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de los que se hubiese pagado”. Al no producirse la extinción, la subrogación produce una modificación subjetiva del lado activo de la “relación de fianza”.

5.3. La novación

En el caso de novación de la “relación garantizada” se produce la extinción de la “relación de fianza” conforme a lo previsto en el artículo 1283 del Código Civil: “en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario. Sin embargo, en la novación por delegación, la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiere sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda”.

Debe advertirse que en el caso del primer párrafo el “salvo pacto en contrario” exigirá en el caso de la fianza (en el caso de las garantías otorgadas por terceros), que el fiador preste su consentimiento.

5.4. La compensación

La “relación de fianza” puede extinguirse por compensación conforme lo establece el artículo 1291 del Código Civil: “el garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor”. La posibilidad de que el garante oponga la compensación de lo que el acreedor deba al deudor, se deriva del artículo 1885 del Código Civil. Asimismo, el fiador puede oponer la compensación al acreedor *iure proprio*.

5.5. La cesión de posición contractual

Conforme al artículo 1439 del Código Civil: “las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquellas”. Al respecto deben distinguirse dos hipótesis: (i) que la posición cedida sea la del sujeto titular del crédito; y, (ii) que la posición cedida sea la del sujeto titular de la deuda garantizada. El artículo citado se refiere a la segunda hipótesis; es decir, cuando la posición cedida es la del sujeto titular de la deuda garantizada, la “relación de fianza” subsistirá si el fiador lo autoriza

expresamente. En la primera hipótesis, la fianza pasa al cesionario sin necesidad que el fiador lo autorice.

5.6. Causas de extinción de la “relación de fianza” de orden general

El pago del fiador es el medio natural de extinción de la “relación de fianza”, lo que otorga al fiador el derecho de regreso frente al deudor principal que lo puede actuar vía subrogación o vía “acción” de regreso.

En caso de pluralidad de deudas garantizadas por el mismo fiador frente al mismo acreedor o en caso de existencia de “relaciones de fianza” y relaciones obligatorias propias entre el mismo fiador respecto del mismo acreedor, se aplicarán en caso que se efectúe un pago sin que el deudor o el acreedor realicen la imputación se aplicarán los criterios de imputación legal.

5.7. La consolidación entre el fiador y el deudor principal

Si se produce la consolidación entre el fiador y el deudor principal, el artículo 1255 del Código Civil italiano establece que: “si en la misma persona se reúnen las cualidades de fiador y de deudor principal, la fianza subsiste, siempre que el acreedor tenga interés”. De acuerdo con Giusti “la extinción de la fianza es la lógica consecuencia de la inutilidad de la subsistencia de una dualidad de relaciones: con la reunión en el mismo sujeto de las dos cualidades pasivas que tienen su causa en distintas, pero vinculadas relaciones obligatorias, a la dualidad de patrimonios responsables se sustituye por la unidad del patrimonio y el sujeto en el cual se acumulan las antedichas cualidades responde solamente con su patrimonio. La garantía del acreedor se concentra por tanto en el patrimonio resultante de la consolidación”⁽¹¹²⁾.

(112) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 258.

Podría sostenerse que para el legislador italiano, en caso de consolidación entre el deudor principal y el fiador, la “relación de fianza” se extingue pero consiente que la “relación de fianza” subsista cuando el acreedor tenga interés.

El Código Civil no tiene una norma similar. El artículo 1903 del Código Civil señala lo siguiente: “la consolidación del deudor con el fiador, no extingue la obligación del subfiador”. Del artículo transcrito parece desprenderse que la “relación de fianza” se extingue con la consolidación entre el deudor y el fiador, pero subsiste la subfianza si existiera.

5.8. Las causas de extinción de la “relación de fianza” de orden especial

5.8.1. El perjuicio del derecho de subrogación

Entre las causas de extinción de la relación de fianza de orden especial, disciplinadas por el Código Civil, encontramos, en primer lugar, el perjuicio de la subrogación prevista en el artículo 1902, el cual establece que: “el fiador queda liberado de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no pueda subrogarse”. De acuerdo con este artículo, el comportamiento del acreedor que determine directamente la preclusión del derecho de subrogación del fiador en los derechos del acreedor, constituye una causa extintiva de la fianza.

De acuerdo con Giusti: “La ratio de la disposición se relaciona no tanto a meras exigencias equitativas, cuanto al particular carácter de la fianza, que la ley quiere sea lo más cautelada posible y por tanto que tenga como sostén la posibilidad de valerse frente al deudor de todos los medios de garantía que el ordenamiento jurídico había prestado al acreedor. La doctrina ha evidenciado la relación que media entre el derecho de subrogación y la configuración de una sanción por la lesión de ella; en cuanto, por hecho del acreedor, se opere un cambio en las condiciones de actuación de la obligación garantizada que existían al momento de la fianza, las cuales fueron tenidas presentes por el fiador para evaluar la conveniencia de la asunción de la garantía (...)”⁽¹¹³⁾.

Para que se aplique la sanción de la extinción de la relación de fianza se requiere que un comportamiento del acreedor haya

causado un perjuicio y éste supone la pérdida del derecho y no simplemente la dificultad para ejercitarlo. La sanción opera en los límites del perjuicio, de tal manera que si este es parcial, parcial será la extinción de la fianza. El hecho del acreedor⁽¹¹⁴⁾ impeditivo de la subrogación, puede consistir en la renuncia a las garantías o bien en un comportamiento que implica su pérdida, como sería la restitución del bien dado en prenda (garantía mobiliaria).

La extinción de la fianza puede ser parcial, así lo recoge de forma expresa el artículo 2045 del Código Civil argentino: “Cuando la subrogación a los derechos del acreedor solo se ha hecho imposible en una parte, el fiador solo queda libre en proporción de esa parte”.

5.9. Liberación del fiador en la fianza por plazo determinado

El Código Civil distingue la fianza según el fiador se obligue frente al acreedor por un plazo determinado o lo haga por plazo determinado. De acuerdo con el artículo 1898 del Código Civil: “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”.

Entre las causas de extinción de la “relación de fianza” ocupa un lugar central la inercia del acreedor; es decir, que el acreedor no haya requerido al deudor la prestación debida. En tal sentido, la fianza, otorgada por plazo determinado, se extingue si el acreedor no requiere al deudor principal, por vía notarial o judicial, la prestación debida dentro de los quince del vencimiento del plazo de la fianza. Visto desde otra perspectiva, podríamos decir que el fiador seguirá obligado luego del vencimiento del plazo de la fianza *perpetuatio*

(113) *Ibid.*; p. 261.

(114) O la omisión imputable al acreedor. Véase GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; pp. 262 y 263.

Luciano Barchi Velaochaga

obligationis siempre que el acreedor, dentro de los quince días del vencimiento de dicho plazo, haya requerido, judicial o por vía notarial al deudor.

La norma presupone que el vencimiento del plazo de la obligación principal debe producirse a más tardar dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo de la fianza. La norma impone al acreedor una carga, la de requerir el pago al deudor principal dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de la fianza. La inobservancia de la carga supone la caducidad de la fianza.

El artículo 1898 del Código Civil tiene como antecedente el artículo 1787 del Código Civil de 1936 que establecía: “El fiador que se obligó por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad, si el acreedor no exige judicialmente el cumplimiento de la obligación a la expiración del plazo, o si abandona la acción iniciada”.

Como puede advertirse el Código Civil introduce algunas precisiones importantes:

- a) El artículo 1787 del Código Civil derogado imponía al acreedor la carga de requerir judicialmente al deudor el pago de la obligación principal. El Código Civil, establece que el requerimiento puede ser extrajudicial (requerimiento por la vía notarial) o judicial. Arias-Schreiber justificaba este cambio diciendo: “no tenía sentido (...) obligarlo a iniciar una acción judicial en muchos casos innecesaria y siempre costosa”⁽¹¹⁵⁾.
- b) El artículo 1787 del Código Civil de 1936 imponía al acreedor la carga de requerir el pago a la expiración del plazo de la obligación principal. De acuerdo con Arias-Schreiber: “(...) la expresión ‘a la expiración del plazo’ que adoptaba el anterior Código resultaba, como es evidente, sumamente imprecisa y poco conveniente”⁽¹¹⁶⁾.

El artículo 1898 del Código Civil tiene como fundamento el artículo 2848 del Código Civil para el Distrito Federal de

México que establece: “El fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. También quedará libre de su obligación el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor”.

El artículo 1898 del Código Civil dispone que también caduca la fianza si el acreedor, habiendo requerido el pago judicialmente dentro del plazo de los quince días del vencimiento del plazo de la fianza, “abandona la acción iniciada” o, para utilizar la terminología del Código Procesal Civil, si “abandona el proceso”.

Tratándose de un requerimiento judicial, entonces, no basta con haber iniciado el proceso sino que debe continuarlo diligentemente. En cambio, en caso de un requerimiento extrajudicial, no es necesaria la “insistencia del acreedor”. Adviértase que no será suficiente que entre el deudor principal y el acreedor se hubiera pactado la mora automática, el artículo 1898 del Código Civil le impone al acreedor la carga de requerir el pago.

La pregunta es si el artículo 1898 del Código Civil resulta de aplicación en el caso de la fianza solidaria. Arias-Schreiber, señalaba que el artículo 1898 del Código Civil solo es aplicable en caso de la fianza con beneficio de excusión⁽¹¹⁷⁾. En este mismo sentido se pronunciaba León Barandiarán comentando el artículo 1787 del Código Civil de 1936⁽¹¹⁸⁾. Giusti cuenta que en Italia, inicialmente, se

(115) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. p. 315.

(116) *Loc. Cit.*

(117) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. p. 315.

(118) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. Cit.*; p. 421.

consideró que el artículo 1957 del Código Civil italiano⁽¹¹⁹⁾ no resultaba de aplicación a la fianza solidaria, sobre la base de que en las obligaciones solidarias el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios. La carga que impone al acreedor de requerir el pago al deudor principal con el fin de la *perpetuatio obligationis* contrasta con el principio de la solidaridad, que es recogido, en el caso del Código Civil, en el primer párrafo del artículo 1186 del Código Civil.

En tal sentido, si la libertad de elección del acreedor frente a los deudores solidarios no existe porque se debe respetar un cierto orden, dirigirse primero contra el deudor principal introduciría una modalidad incompatible con la solidaridad⁽¹²⁰⁾. No obstante, la tesis favorable a la aplicación del artículo 1957 del Código Civil italiano a la fianza solidaria “se basa, antes que nada, en la función de la norma, que es esencialmente aquella de contener en el tiempo la operatividad de la fianza. De aquí lo ilógico (y lo inoportuno) de privar al fiador solidario del eficaz medio de tutela proporcionado por la norma contra las consecuencias de la consciente inercia y negligente actuar del acreedor”⁽¹²¹⁾. Giusti además señala que, el legislador se propuso una tipificación unitaria de la fianza y teniendo en cuenta que el Código Civil italiano adopta como regla la solidaridad, no se puede postular lógicamente que algunas normas se refieran a la fianza con beneficio de excusión y no a la fianza solidaria⁽¹²²⁾.

En tal sentido, se considera que en la fianza solidaria el acreedor debe dirigirse, dentro del plazo establecido, o bien contra el deudor principal o bien contra el fiador. Giusti⁽¹²³⁾ señala que hay dos posiciones:

(i) Una que señala que, con el fin de impedir la extinción de la “relación de fianza”, basta que el requerimiento de pago sea dirigido, dentro del plazo establecido, indiferentemente,

frente al fiador o frente al deudor principal. Considerando que debe dirigirse contra el deudor principal en el caso de la fianza simple (con beneficio de excusión). De tal manera que si dentro del plazo establecido por la norma el acreedor se dirige contra el fiador y este no paga, la fianza subsiste, aunque el acreedor no se dirija contra el deudor principal.

(ii) La segunda posición interpreta el artículo 1957 del Código Civil italiano en el sentido que el acreedor puede dirigirse contra el deudor principal o contra el fiador, pero se produce la extinción de la “relación de fianza” si dentro del plazo establecido por la norma no se dirige contra el deudor principal. Esta posición está basada, según Giusti⁽¹²⁴⁾, en el tenor literal del artículo 1957 y en el principio favor *fideiussoris*, que busca asegurar, en cuanto sea posible, que la obligación garantizada por la fianza sea cumplida por el deudor principal.

Según esta posición, “la solidaridad de la obligación del fiador no podría autorizar al acreedor ni a permanecer inerte respecto al deudor después del vencimiento de la deuda ni a confiar solo en el cumplimiento del fiador y a desinteresarse de su relación con el deudor. El carácter solidario de la obligación del fiador, por cuanto consiente al acreedor de reclamar la deuda a aquél antes del vencimiento de los plazos previstos por el artículo 1957, no le permitiría eludir la carga de dirigirse contra el deudor en los mismos términos, bajo pena de caducidad”⁽¹²⁵⁾.

(119) “Artículo 1957.- El fiador queda obligado también después del vencimiento de la obligación principal, siempre que el acreedor dentro de los seis meses haya propuesto sus instancias contra el deudor y la haya continuado diligentemente. La disposición se aplica también al caso en el cual el fiado ha expresamente limitado su fianza al mismo término de la obligación principal”.

(120) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 281.

(121) *Loc. Cit.*

(122) *Loc. Cit.*

(123) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 282 y siguientes.

(124) *Ibid.*; p. 284.

(125) *Loc. Cit.*

Luciano Barchi Velaochaga

Giusti⁽¹²⁶⁾, finalmente, concluye que la jurisprudencia italiana ha aceptado que la extinción de la relación de fianza -por inercia del acreedor- es impedida si el requerimiento de pago se produce oportunamente, sea frente al deudor principal o sea solo frente al fiador. Esta posición se basa en el hecho que el requerimiento de pago contra el fiador lo legitima a *chiamare in causa* al deudor principal y a valerse del derecho de ser relevado (artículo 1897 del Código Civil). En nuestra opinión esto es aplicable al artículo 1898 del Código Civil.

De acuerdo con Giusti⁽¹²⁷⁾, el plazo establecido en el artículo 1957 del Código Civil italiano es uno de caducidad y no de prescripción. La extinción del derecho es consecuencia de la inobservancia de una carga y no de la omisión del ejercicio de un derecho. Además, lo que se extingue no es el derecho respecto del deudor principal, el cual se mantiene vigente incluso luego del vencimiento del plazo establecido en la norma, sino el derecho respecto de un sujeto distinto: el fiador. Creemos que lo propio puede decirse del artículo 1898 del Código Civil.

Giusti⁽¹²⁸⁾ advierte que la jurisprudencia italiana considera que el artículo 1957 del Código Civil no es una norma de orden público y, por tanto, puede ser objeto de renuncia. No obstante, el autor italiano reconoce la existencia de voces discordante con esta orientación, y que consideran que dicho artículo tiene carácter imperativo.

El plazo señalado en el artículo 1957 del *Codice Civile* corre desde el vencimiento del plazo de la obligación garantizada, no, como se suele pensar, desde el vencimiento del plazo de la fianza. Respecto al artículo 1898 del Código Civil, el plazo de quince días empieza a correr desde el vencimiento del plazo de la fianza (que podría coincidir con el plazo del vencimiento de la obligación principal).

5.10. Liberación del fiador en la fianza por plazo indeterminado

De acuerdo con el artículo 1899 del Código Civil: “si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor que cuando la deuda se exigible, haga efectivo su

derecho y demande al deudor. Si el acreedor no ejercita ese derecho en el plazo de treinta días después de requerido o si abandona el procedimiento, el fiador queda libre de su obligación”.

El artículo transcrito se refiere a la fianza sin plazo determinado⁽¹²⁹⁾. En este caso, el fiador debe pedir al acreedor que cuando la obligación principal sea exigible, requiera el pago al deudor. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1898, en este caso el requerimiento del acreedor al deudor principal debe ser judicial (“demande al deudor”).

El fiador queda liberado si el acreedor no requiere judicialmente al deudor principal dentro de los treinta días siguientes de la “petición” del fiador o, si habiendo iniciado el proceso judicial, lo abandona.

Visto desde otra perspectiva, el fiador seguirá obligado *perpetuatio obligationis* si, cuando la obligación principal es exigible, no le pide al acreedor que requiera judicialmente al deudor o si haciendo la “petición” el acreedor requiere judicialmente al deudor, después de treinta días de la petición y el acreedor no abandona el proceso.

De acuerdo con León Barandiarán, comentando el artículo 1788 del Código Civil de 1936, antecedente del artículo 1899 del Código Civil, el supuesto comprendido en ambas normas, solo sería de aplicación a la fianza con beneficio de excusión.

En nuestra opinión, parecería más razonable no haber impuesto al fiador la necesidad de realizar la “petición” al acreedor, sino imponer directamente a este la carga de requerir el pago

(126) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 285.

(127) *Ibid.*; pp. 285 y 286.

(128) *Ibid.*; p. 290.

(129) Este artículo tiene como fundamento el artículo 2849 del Código Civil del Distrito Federal de México.

judicialmente al deudor principal dentro de un plazo determinado contado desde que la obligación principal se hiciera exigible.

6. La fianza para obligación futura

La fianza puede ser otorgada también para garantizar una obligación futura, es decir, para garantizar una deuda que, al momento de la celebración del contrato de fianza, no existe, si bien existirá con toda probabilidad como consecuencia de un hecho productivo más o menos inminente⁽¹³⁰⁾.

De acuerdo con el artículo 1872 del Código Civil: “Puede prestarse fianza en garantía de obligaciones futuras determinadas o determinables cuyo importe no sea aún conocido, pero no se puede reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida. Es igualmente válida la fianza por una obligación condicional o a plazo”.

Como hemos visto, una fianza sin que exista la relación obligatoria garantizada es un negocio que adolece de falta de causa. En el caso de la fianza en garantía de una obligación futura (“la relación garantizada”), la *fattispecie* está, inicialmente, incompleta. Nacida la “relación garantizada” la *fattispecie* de la “relación de fianza” se completa *ex nunc*⁽¹³¹⁾; es decir, que no tiene efecto retroactivo. Si la “relación garantizada” nunca llega a existir, la “relación de fianza” no será perfecta y, por tanto, nunca entrará en vigor⁽¹³²⁾.

Al respecto Díez-Picazo señala: “(...) la fianza de deuda futura supone, en cierta medida, una quiebra del principio de accesoriedad, pues nace la relación de fianza sin que exista la relación principal⁽¹³³⁾. No se trata de una obligación de garantía bajo la condición suspensiva de que la obligación principal llegue a constituirse, sino que es una obligación de carácter firme, es decir que el fiador se encuentra vinculado⁽¹³⁴⁾. En tal sentido, no resulta de aplicación analógica el artículo 1410 del Código Civil; no obstante, si bien no es necesario que exista un vínculo jurídico

en sentido estricto, “tiene que haber cuando menos un conjunto de circunstancias objetivas referidas a la situación de los eventuales acreedores y deudores que permita fijar la obligación futura garantizada en virtud de un proceso de remisión⁽¹³⁵⁾. Así, entre el deudor y el acreedor debe existir un vínculo jurídico, por ejemplo un contrato de suministro, de tal manera que el fiador garantice el pago de los futuros pedidos que el suministrado efectúe.

El Código Civil no tiene una redacción feliz, así el primer párrafo del artículo 1872 establece que: “Puede prestarse fianza en garantía de obligaciones futuras determinadas o determinables cuyo importe no sea aún conocido (...)”. En efecto, una obligación futura supone que la obligación principal (la relación garantizada) aún no se ha constituido y su monto puede haber sido establecido de antemano (determinado) o no (en cuyo caso aún no es conocido), en este caso debe ser determinable.

El artículo 1938 del Código Civil italiano señala que: “la fianza puede ser prestada para una obligación condicional o futura, con la previsión, en este último caso, del importe máximo garantizado”. La última parte del artículo citado no corresponde al texto original sino fue añadido por la ley del 17 de febrero de 1992, número 154, “Norma para la transparencia de operaciones y de los servicios bancarios y financieros” y se dio luego de un largo debate relativo a las fianzas bancarias activas (las otorgadas a favor de los bancos⁽¹³⁶⁾) y entre ellas la “fianza omnibus⁽¹³⁷⁾”.

(130) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 156.

(131) “Desde ahora”. Se contrapone a *ex tunc* que significa “desde entonces”, es decir, con efectos retroactivos.

(132) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 158 y siguientes.

(133) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 422.

(134) *Ibid.*; p. 422.

(135) *Loc. Cit.*

(136) Que se contrapone a las fianzas pasivas que son las otorgadas por los bancos.

(137) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; pp. 159-160.

Luciano Barchi Velaochaga

El importe máximo garantizado será, usualmente, previsto en una suma de dinero y, la falta de indicación de ese importe máximo determina la nulidad de la fianza⁽¹³⁸⁾. El Código Civil no establece la necesidad de prever un importe máximo garantizado.

Al respecto de la fianza en garantía de obligaciones futuras el artículo 1956 del Código Civil italiano consagra un supuesto de liberación del fiador. Dicha norma señala lo siguiente: “El fiador de una obligación futura se libera si el acreedor, sin especial autorización del fiador, ha otorgado crédito al tercero, conociendo que las condiciones patrimoniales de este habían devenido en tales de hacer notablemente más difícil la satisfacción del crédito”.

La norma se refiere al cambio de las condiciones patrimoniales del deudor principal, tercero en la “relación de fianza”. La norma impone al acreedor un deber de diligencia, requerir la autorización del fiador; su inobservancia genera la pérdida de la garantía. Como señala Giusti “(...) cuando se determina un cambio de la consistencia patrimonial del deudor, respecto a aquella existente a la fecha en la cual fue prestada la fianza, con tal de hacer notablemente más difícil la satisfacción del crédito, el acreedor en cuyo favor ha sido asumida la garantía debe rehusar el crédito prometido, la concesión del crédito está subordinada a la autorización del fiador, bajo pena de extinción de la relación de fianza. Dado, en efecto, la responsabilidad que el fiador asume, a través de una obligación propia, por una deuda ajena, él no puede, por

la poca diligencia del acreedor, ser colocado en la situación de no poder fácilmente reintegrar su propio patrimonio⁽¹³⁹⁾. El Código Civil no ha previsto, lamentablemente, una norma similar.

7. La fianza de un conjunto de obligaciones: la “fianza ómnibus”

Se habla de “fianza ómnibus” para referirse a la obligación asumida por un sujeto (garante o fiador) frente a otro sujeto⁽¹⁴⁰⁾ (el acreedor), con la cual se garantiza el cumplimiento de todas las deudas -comprendiendo aquellas que podrán surgir sucesivamente a la celebración de la fianza: obligaciones futuras- que un tercero (el deudor principal) asumirá en el futuro respecto al acreedor. Con esta fórmula se evita tener que requerir una nueva garantía en cada nueva operación.

El fiador corre el riesgo de ignorar, en cuánto se expande, el total de las deudas del sujeto garantizado. Por ello, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera discutió su validez con el argumento de la completa indeterminación de su objeto. Díez-Picazo reconoce que la doctrina mayoritaria admite la validez de la fianza ómnibus, pero introduciendo limitaciones que pueden derivarse del principio de buena fe⁽¹⁴¹⁾. En Italia, como hemos visto, las normas para la transparencia de operaciones bancarias modificaron el artículo 1938 del Código Civil italiano subordinando la validez de la fianza ómnibus a la condición que sea expresamente especificado el importe máximo garantizado.

Como hemos visto, de acuerdo con el artículo 1872 del Código Civil: “puede prestarse fianza en garantía de obligaciones futuras determinadas o determinables cuyo importe no sea aún conocido (...)”, pero no impone especificar el importe máximo garantizado.

(138) *Ibid.*; p. 168.

(139) GIUSTI, Alberto. *Op. Cit.*; p. 269.

(140) Para algunos autores es frente a un banco. En este sentido, TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Pietro. *Op.Cit.*; p. 733.

(141) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*; p. 423.