

La fianza general en el Código Civil Peruano de 1984 y en los sistemas de derecho continental (Civil Law)

Alfredo Calderale

Catedrático de la Universidad de Bari

1. El 24 de julio de 1984, por el **Decreto Legislativo** Nº 295 ha entrado en vigor el nuevo **Código Civil**, compuesto de diez libros, con un total de 2122 artículos, que ha sustituido el viejo Código de 1936.

En muchas instituciones, el **Código Civil**, inspirándose en el Código Civil Italiano de 1942 y en el Código Portugués de 1966, ha introducido principios modernos que han innovado fundamentalmente la disciplina vigente hasta entonces. En el campo específico de las garantías personales, sin embargo, no se han introducido innovaciones relevantes.

En efecto, el Código trata únicamente la **fianza** accesoria, no habiendo ni siquiera considerado la eventualidad de regular las nuevas formas de garantía autónoma usadas en la práctica del comercio internacional, aunque éstas - en general- sean poco utilizadas en América Latina ¹.

Además, la disciplina con la cual ha sido regulada la fianza es de tipo absolutamente tradicional, en tanto se basa en la protección del fiador, al cual, por ley, se le reconocen los beneficios de la previa excusión del deudor y de la división, cuyo origen se remonta al Derecho Romano y cuya presencia puede detectarse, de distinto modo, aún en los Códigos Civiles europeos ².

En consecuencia, aún cuando los redactores del Código Civil peruano se han inspirado en el Código Civil italiano, no han incorporado el elemento más característico de modernidad que distingue a este último en este campo, de los Códigos Civiles europeos más antiguos: la idea que la fianza, en la econo-

mía contemporánea, se ha transformado de un mero instrumento de garantía contra el incumplimiento ajeno, en un elemento complementario del otorgamiento de crédito, como está claramente indicado en el art. 1956 ³.

Esta circunstancia explica, en particular, el hecho que la propuesta de incorporar en el **Código Civil** una norma que estableciera la solidaridad de la **fianza** como elemento natural del contrato, formulada por la **Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936** no fuera aceptada por la **Comisión Revisora del Código Civil**.

Probablemente, por la misma razón la fianza "**general**" no ha sido expresamente reconocida como válida: en este sentido podría haber influenciado el hecho que los redactores del Código no han tenido en cuenta la experiencia extranjera, la cual, a nivel de práctica contractual, de leyes especiales o de jurisprudencia, ha atribuido al fiador "**general**" derechos de información sobre la situación económica del deudor, de modo tal de permitir una consciente y calculada asunción del riesgo asumido, sin límite de tiempo ni de importe, sobre todas las obligaciones pactadas por el deudor.

Las lagunas normativas indicadas, pueden producir incertidumbre en el sector de las relaciones comerciales, donde estas nuevas formas de garantía personal, forjadas en la práctica se han difundido notablemente, en especial porque el art. 2122 del **Código Civil** dice que aún el contrato de **fianza mercantil** se regirá por las disposiciones del Código Civil, derogando, en consecuencia, los arts. 430-433 del **Código de Comercio**.

1. WALD, *Algunos aspectos da garantia a primeira demanda no direito comparato*, en *Revista forense*, Vol. 303, 1988, 7.
2. JONES, *Roman Law Bases of Suretyships in Some Moderns Civil Codes*, 52 *Tulane Law Review*, 129-55 (1977-78).
3. RESCIGNO, *Il problema della validità della fideiussione c.d. "omnibus"*, en *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, Vol. II, Milano, 1973, 1166.

2. En los países regidos por el “civil law”, el contrato de fianza “**omnibus**” es aquél por el cual el fiador garantiza, usualmente sin limitación de tiempo y monto, el cumplimiento de cualquier obligación asumida por el deudor frente a terceros y /o frente al banco y sin importar si dichas obligaciones fueron asumidas por el deudor con anterioridad al contrato o con posterioridad a él. Este mismo contrato es conocido en aquellos países regidos por el derecho común (**common law**) como la “**continuing guaranty**”. El nuevo Código peruano no disciplina expresamente esta clase de contrato. En otras palabras, los redactores del Código no han elegido el camino que en cambio han tomado los miembros del “**Office de revision du Code Civil du Quebec**”, los cuales, para evitar incertidumbres sobre la validez de este contrato, legitimaron plenamente la “**cautionnement**” que tuviera por objeto “**une o plusieurs obligations, meme futures ou indetermineés**”, precisando que, si es necesario, la obligación del fiador será determinada con relación a las obligaciones del deudor principal respecto del acreedor⁴, según un mecanismo- juzgado inidóneo en el derecho italiano- que permite convertir por lo menos en “determinable” el objeto del contrato⁵. A pesar de ello, el art. 872 del Código Civil al mencionar entre las obligaciones que pueden ser garantizadas con la fianza, aún aquellas “determinables” aunque sean desconocidas al momento del otorgamiento de la fianza, aporta argumentos de peso para sostener la teoría de que la “**fianza general**” no es un acto nulo por indeterminabilidad del objeto según el art. 219 inc. 1 n.3 del Código Civil. Además, merece destacarse el hecho que en la “**exposición de motivos**” del citado artículo se hace referencia justamente al caso de la fianza prestada en garantía del saldo de cuenta corriente bancaria, que constituye tradicionalmente una operación garantizada mediante el otorgamiento de una “**fianza general**”.

3. Mencionar la cuestión de la validez de la fianza “**omnibus**” desde ese punto de vista es, en realidad, un modo de tratar el problema de la asunción del riesgo contractual por parte del garante.

Quien sostiene la nulidad de este tipo de garantía piensa que para el fiador no resulta económicamente racional asumir una obligación de tan amplio contenido y que, si lo hace, se verá sometido al poder contractual que el acreedor tiene sobre el deudor-fiado. Este último, según esta posición, se beneficiaría de la situación sin tener que soportar costo alguno, en cuanto puede obtener todo el crédito que necesita del

financiador garantizado⁶. La tesis, evidentemente, está basada en la idea que el fiador sea un sujeto desinteresado de los negocios del deudor y que su amigable intervención merezca, por lo tanto, de una eficaz protección.

Tal razonamiento, sin embargo, no tiene en cuenta el hecho que, actualmente, quienes otorgan fianzas “**omnibus**” son, generalmente, los administradores o los mayores accionistas de las sociedades, sujetos interesados en el desarrollo de la actividad del deudor. En este contexto, la decisión de prestar la garantía mencionada, que tiene como consecuencia práctica directa la eliminación del privilegio de la responsabilidad limitada de la empresa, es el fruto de un consciente cálculo económico.

En verdad, la fianza “**omnibus**” constituye un conveniente instrumento de selección de los acreedores de la sociedad: concediéndola a fin de obtener crédito, los garantes convierten en menos costosa la elección, tanto desde el punto de vista de los costos como del área de los riesgos cubiertos. Si, en cambio, se ofreciera alternativamente, por ejemplo, garantías reales, se privaría a la empresa de la posibilidad de utilizar esos bienes en el futuro para obtener otros créditos. Si se aumentara el capital social, eso significaría una garantía extendida a todos los acreedores de la sociedad, aun a aquellos ocasionales, como por ejemplo, las víctimas de eventuales daños producidos por actos ilícitos de naturaleza civil, para cuyo resarcimiento no se habría hecho la operación indicada⁷.

Además, la fianza “**omnibus**”, como ya se ha indicado, permite que un Banco satisfaga las más diversas e imprevisas exigencias de la empresa deudora: por ejemplo, pagar a los proveedores o prestar rápidamente cauciones para la realización de una ventajosa operación comercial, aún superando el “**plafond**” de crédito concedido a la misma. Este es el resultado de la evolución de la técnica comercial y financiera, que se fundamenta en la superación de la lógica tradicional de los préstamos aislados⁸.

4. Dada la amplitud de la obligación asumida por el fiador “**omnibus**”, en los ordenamientos se ha planteado el problema de su tutela, sobre todo contra el riesgo que el acreedor, en connivencia con el deudor, haga uso del crédito en manera desprejuiciada, contando exclusivamente con la garantía como soporte. Para arribar a este resultado, la jurisprudencia france-

4. OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, **Rapport sur le Code Civil du Québec, I, Project de Code Civil**, Editeur officiel Québec, sub, art. 848.

5. App. Milano, 27 de mayo de 1988, en **Giustizia civile**, 1988, I, 2977.

6. SIMONETTO, **La fideiussione prestata dai privati**, Padova, 1985, 8 e Ss.

7. CALDERALE, **Fideiussione e contrato autonomo di garanzia**, Bari, 1989, 8 e ss.

8. TUCCI, **Tutela del credito e validità della fideiussione “omnibus”** en Foro Italiano, 1988, I, 118.

sa exige que el fiador, en el momento de estipular el contrato, asiente de su puño y letra, bajo pena de nulidad, una declaración que exprese de manera explícita y clara el pleno conocimiento de la naturaleza y alcances de su obligación. El requisito no se cumple si se trata de una expresión genérica del tipo **"bon pour"**. Los tribunales recurren a los artículos 2015 y 1326 del Código Civil (este último reformado por la Ley N° 80-525 del 12 de julio de 1980), transformando, como subraya la doctrina, la forma **"ad probatio-nem"** prevista por las normas citadas, en forma **"ad substantiam"**⁹.

En Alemania, una parte de la jurisprudencia exige que el contrato indique el límite máximo de la responsabilidad del **"Burge"**. Si el requisito falta, declara inválido el contrato por violación al #3 del **"Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz"** que prohíbe la incorporación de cláusulas contrarias a la buena fe¹⁰. Esta posición, abrazada también por algunos autores¹¹, ha sido recogida en los trabajos de reforma de la **"Bürgerschaft"** y de la **"Garantie"** que lleva adelante el Ministerio de Justicia. En ellos se propone, refiriéndose expresamente a los arts. 493 y 499 del **"Code des Obligations"** suizo, la emanación de una norma según la cual la validez del contrato quedaría subordinada a la fijación de un importe máximo que individualizará el límite insuperable de la responsabilidad del fiador¹².

En la misma posición se encuentran la **"Association Française des Banques"** y más recientemente la ABI (**"Associazione Bancaria Italiana"**). La primera, mediante la circular del 21 de abril de 1982 ha recomendado a los institutos de crédito a poner, en cuanto sea posible, un límite al monto de la garantía solicitada. La segunda, mediante la circular del 17 de junio de 1987, ha introducido, como es sabido, dos nuevos modelos de fianza **"ómnibus"**, uno de los cuales contiene la explícita determinación del importe máximo garantizado.

Indudablemente, tanto la posición de la jurisprudencia francesa como la exigencia de un **"plafond"**, sirven para garantizar la validez del contrato desde el punto de vista del respeto de determinadas formas sustanciales -en Francia-, de la determinabilidad del objeto -en Italia- o del respeto de las normas de la

"Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz" - en Alemania-, pero no pueden ser consideradas como una tutela eficaz para el fiador. En realidad, constituyen una versión moderna del principio según el cual el uso de determinadas expresiones en el contrato sirve para llamar la atención de quien se obliga respecto de la naturaleza o extensión de sus obligaciones, y por ello son consideradas aún por la jurisprudencia como formas de protección del deudor. Pero en verdad no sirven para tutelar al fiador en el caso que el Banco, estableciera un límite muy alto para no dejar dudas respecto de la validez de la garantía, y entre en connivencia con el deudor en perjuicio del garante¹³.

En situaciones como ésta es necesario sancionar los abusos cometidos por quien financia, negándole **"ex post"** la cobertura de la garantía por cada fraudulenta concesión de crédito, como ha sido recientemente dispuesto en Italia por la Corte de Casación¹⁴.

Para justificar este poder desde un punto de vista formal, la Corte Suprema Italiana recurrió al principio de la buena fe contractual, afirmando que "ella se articula en dos principios de conducta, relacionados respectivamente con la fase de formación e interpretación (arts. 1137 y 1366 Cod. Civ.) y con la fase de ejecución del contrato (art. 1375 Cod. Civ.), cuya última "se materializa en la llamada obligación de salvaguardia", lo cual se traduce, prácticamente, en el deber de no incrementar arbitrariamente el riesgo del fiador, concediendo crédito al deudor si éste es absolutamente incapaz de cancelarlo.

5. El derecho de receso del contrato, tanto en los ordenamientos de Derecho Continental ("Civil Law") como en aquellos de Derecho Común ("Common Law"), constituye el instrumento tradicional de protección del garante. Para que el fiador pueda ejercer tal derecho, con toda razón, debe estar al corriente de la situación económica del deudor.

Es por ello que en Francia, la Ley N° 84-148 del 1 de marzo de 1984 impone a los Bancos la obligación de comunicar, dentro del 31 de diciembre de cada año, el importe de las deudas del fiado en concepto de intereses, capital y gastos. El incumplimiento de esta obligación por parte del Banco está sancio-

9. Cass. Civ. 19 de abril de 1989, en *Dalloz*, 1989 (*Inf. rap.*), 137; Cass. Civ. 4 de febrero y 4 de marzo de 1986, en *Dalloz*, 1987 (*jurisprudence*), 343.

10. OLG Dusseldorf. 10 de noviembre de 1983, en *ZIP*, 1984, 42.

11. HORN, *Bürgerschaft*, in STAUDINGER- HORN, *BGB*, 12 Aufl., 1982, sub #787, Rz.10.

12. HADDING, HÄUSER, WELTER, *Bürgerschaft Und Garantie*, in BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band. III, Köln, 1983, 624.

13. En Francia, Cass. Civ. 30 de junio de 1987, en *Dalloz*, 1987 (*Sommaires commentes*), 442.

14. Cass. 20 de julio de 1989, n.3385 y n. 3386, en *Foro Italiano*, 1989, I, 3100; y Cass. 18 de julio de 1989 n. 3362, en *Foro Italiano*, 1989, I, 2750.

nado con la pérdida de los intereses generados entre el día de la última comunicación y el día de la nueva. Recientemente se ha propuesto, incluso, tanto el refuerzo de este derecho como el agravamiento de las sanciones previstas en caso de violación. Respecto del primero, el Banco debería comunicar "**tout incident de paiement**" en el cual se encontrara comprendido el deudor. Respecto del segundo, el incumplimiento por parte del Banco debería ser sancionado con la pérdida total de su crédito contra el fiador ¹⁵. Aun en

Alemania se sugirió, tomando como base el modelo del art. 505 inc. 1 del **Code des Obligations** suizo, que el acreedor, requerido explícitamente por el fiador, debiera informarlo sobre el importe de la deuda¹⁶. En Italia, finalmente, el fiador puede solicitar al Banco información respecto de la deuda garantizada por él, y previa autorización del deudor, tener acceso a toda otra relación mantenida entre el Banco y el deudor (art.5, circular A.B.I. del 17 de junio de 1987).

15. FOUNTBRESSIN et MOORE, *Congres national de la conference generale des Tribunaux de Commerce de France*, en *Gazette du palais*, 12 de enero de 1988, 2.

16. HADDING, HÄUSER, WELTER, *Bürgschaft und Garantie*, cit ,672.