

LA FIANZA COMO CONTRATO Y COMO CARTA: ¿DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA?

THE SURETY AS AN AGREEMENT AND AS A BANK LETTER OF CREDIT: TWO SIDES OF THE SAME COIN?

Álvaro Peña Villanueva*
Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Pontificia Universidad Católica del Perú

The surety is a legal figure that allows for greater security in transactions and reduces the risks associated with investments and contracts. Frequently, the image of the surety bond as an agreement and as a letter converge; nevertheless, the author underscores that both figures have important nuances and differentiated features. In this line, the present work approaches this institution with a comparative approach between what was regulated by the Peruvian Civil Code of 1936 and what is regulated by our current Code, showing the continuities and modifications that it has undergone. Thus, the author establishes that the current regulation offers greater conceptual precision and formality in the figure, making its application safer.

The author also develops an important review of the application of the terms of the surety through an analysis of recent case-law. This step leads the author to describe and analyze what are the requirements to participate/constitute an operation of this nature.

KEYWORDS: Surety bond; contract; letter; legislative comparison; case-law; obligation.

La fianza es una figura jurídica que permite mayor seguridad en las transacciones y reduce los riesgos asociados a las inversiones y contrataciones. Con frecuencia, la imagen de la fianza como contrato y como carta converge; sin embargo, el autor muestra que ambas figuras poseen importantes matices y rasgos diferenciados. En esta línea, el presente trabajo aborda esta institución con un enfoque comparativo entre lo regulado por el Código Civil de 1936 y nuestro Código Civil vigente, mostrando las continuidades y modificaciones que ha sufrido la misma. Así, el autor establece que la regulación actual ofrece una mayor precisión conceptual y formalidad en la figura, haciendo más segura su aplicación.

El autor también realiza un importante repaso de la aplicación de los términos de la fianza a través de un análisis de la reciente jurisprudencia. Este paso conlleva describir y analizar cuáles son los requisitos para participar/constituir una operación de este carácter.

PALABRAS CLAVE: Fianza; contrato; carta; comparación legislativa; jurisprudencia; obligación.

* Estudiante de último año en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Asistente de docencia del curso Contratos y Sociedades Anónimas. Contacto: alvaro.pena@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 18 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 28 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN: EL ROL DE LAS GARANTÍAS EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

El Código Civil ha previsto, en sus distintas iteraciones, los mecanismos con los que cuenta un acreedor para, en tanto titular de una situación jurídica subjetiva de interés prevalente, asegurar que su deudor cumpla con la prestación a la que se ha obligado. Esto ha resultado necesario pues, bajo una lógica comercial, se busca reducir los riesgos a los que se pueden enfrentar los inversionistas e incentivar la contratación, entendida como una relación jurídica de contenido patrimonial.

Así, ante un incremento en la posibilidad de incumplimiento —es decir, ante mayor riesgo del acreedor de ver su pretensión insatisfecha—, quienes cuentan con mayores recursos se verán menos interesados en invertirlos o, en todo caso, lo harán en menor medida o con reducida frecuencia. Empero, siguiendo una lógica contraria, es razonable decir que, a mayor número de mecanismos que propugnen un correcto y eficiente cumplimiento de la palabra del deudor, mayor será el incentivo para los sujetos con recursos de contratar y de dar dichos derechos o bienes en circulación.

Es en este marco que nacen las garantías como mecanismos que, como etimológicamente podemos atisbar, brindan un respaldo a la promesa del deudor. En otras palabras, cuando se constituye una garantía la obligación que toma el deudor deja de estar aislada y de sostenerse por sí sola, pues es provista de un cimiento que la refuerza ante potenciales situaciones que pongan en peligro su cumplimiento.

Las garantías en el sistema jurídico peruano son de amplia variedad y clase, y, de acuerdo con la

clasificación que le ha brindado nuestro sistema legal y la literatura jurídica, pueden ser reales o personales¹. Las primeras son aquellas que, como nos adelanta su concepto, recaen sobre la *res*. En ese sentido, las garantías reales pueden afectar todo tipo de bienes: muebles o inmuebles²; tangibles o intangibles³; presentes o futuros⁴. Por otro lado, las segundas son aquellas que, no afectando bienes, implican el involucramiento de personas como agentes que garantizan, con su patrimonio, el cumplimiento de la obligación.

La fianza, como se encuentra regulada en el Código Civil, es una garantía personal⁵, en tanto quien se obliga a garantizar el cumplimiento de la obligación es una persona: el fiador⁶. De lo contrario, si la obligación se viera garantizada por un patrimonio autónomo, por un conjunto de activos o por uno o varios derechos, estaríamos ante una garantía real. Resulta imprescindible partir por esta diferenciación, por cuanto sin ella fracasaremos en identificar la diferente regulación que es aplicable a las instituciones bajo comentario.

Así, podemos decir que en tanto el fiador se obliga como persona y sujeta su patrimonio al cumplimiento de la obligación garantizada, nos encontramos ante una garantía personal.

II. LA FIANZA EN EL CÓDIGO CIVIL

A. Código Civil de 1984

La fianza se encuentra regulada entre los artículos 1868 y 1905 del Código Civil, dentro del Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda, Contratos Nominados. Es decir, podemos determinar que, bajo una sencilla interpretación sistemática, nuestro ordenamiento legal recono-

¹ Al respecto del rol que cumple la garantía en nuestro ordenamiento, Gutiérrez Camacho comenta que “desde una perspectiva contractual, las garantías refuerzan la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones, mejorando la posición jurídica económica del acreedor y ampliando las obligaciones del deudor” (2003). En ese sentido, la podemos ver como un incentivo para la contratación y entrada en vigor de relaciones comerciales, pues “se trata de un género de figuras jurídicas que favorecen el endeudamiento y, por tanto, la celebración de contratos crediticios” (2003).

² Sobre un bien inmueble se puede constituir una garantía hipotecaria (artículo 1097 del Código Civil). Por otro lado, dependiendo del bien mueble, se puede constituir una garantía mobiliaria sobre alguna cosa o derecho (inciso 13 del artículo 2 de la Ley 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria).

³ Un ejemplo de garantía sobre bien tangible es la anticresis, la cual recae sobre un inmueble (artículo 1091 del Código Civil). Por otro lado, un ejemplo de garantía sobre bien intangible es la garantía mobiliaria sobre acciones, la cual recae sobre los derechos de los que es titular el accionista de una sociedad, y que se ven representados como una anotación en la respectiva matrícula de acciones (artículo 92 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades).

⁴ Como garantía de una obligación nacida de un préstamo sofisticado se puede constituir un fideicomiso sobre los flujos de caja del prestatario, lo cual es un ejemplo de garantía sobre bienes presentes. Por otro lado, partiendo de la misma premisa, el prestatario puede suscribir la pre-constitución de una garantía mobiliaria sobre saldos en cuenta de un periodo por venir. Estos son ejemplos de garantías sobre bienes futuros.

⁵ La doctrina, a su vez, la reconoce como una ‘garantía tradicional’ (Arteaga Reátegui, 2023, p. 305), debido a su constante uso y a la trayectoria en su regulación en nuestro sistema jurídico.

⁶ Por más que resulte evidente, es importante establecer que, al momento de determinar los requisitos para constituirse como fiador, el Código no diferencia en persona natural o jurídica. Dichos requisitos serán abordados oportunamente.

ce a la fianza como un negocio jurídico dotado de contenido patrimonial⁷.

Si bien la fianza implica la existencia e interacción —aunque no directa— de tres partes (el acreedor, también conocido como beneficiario; el deudor, también conocido como fiado; y el garante, también conocido como fiador); en sí la relación jurídico-contractual puede ser celebrada solo por dos partes, atendiendo a su naturaleza de acto jurídico bilateral: el fiador y el acreedor. Efectivamente, el artículo 1868 del Código Civil señala que el fiador se obliga frente al acreedor en garantía de una obligación ajena, dejando en claro que la relación obligatoria nace entre ambos sujetos.

1. Requisitos para la constitución de un fiador

El artículo 1876 del Código Civil delinea los elementos con los que debe contar una persona para que su constitución como fiador sea válida. En buena cuenta, estos elementos de validez son (i) ser una persona capaz de obligarse; (ii) ser propietaria de bienes suficientes para hacer frente a la obligación; y (iii) que dichos bienes sean realizables en el territorio peruano.

Con respecto al primer requisito, resulta evidente que la persona designada para ofrecerse como garante debe contar con capacidad jurídica. Ahora bien, dicha capacidad, de acuerdo con Ortega Piña, implica no la necesidad de contar con capacidad de ejercicio —sea a través del ejercicio pleno de la capacidad, o a través de los mecanismos de patria potestad, tutela o curatela—; sino, más bien, la capacidad de goce⁸.

Para el caso de las personas jurídicas, la capacidad implica, además, que la designación de representantes sea adecuada en forma y fondo. Ciertamente, el artículo 1870 del Código Civil señala que las personas jurídicas pueden constituirse como fiadoras a través de sus representantes legales, siempre que estos tengan poder suficiente para ello. Aunque no especificado por el artículo bajo

comentario, podemos determinar que dicho poder debe ser brindado siguiendo el procedimiento estatutario y legal previsto.

En resumidas cuentas, el poder de representación (*proxy*) debe (i) ser aprobado por el órgano competente de la persona jurídica (la cual puede ser la junta general de accionistas, el directorio, la junta de socios, el consejo directivo, etc., dependiendo del tipo de persona jurídica y de las disposiciones del estatuto) y contar con el umbral de votos válidos y favorables requerido por el estatuto; y (ii) constar por el monto de la fianza a ser suscrita, pues, de lo contrario, será ineficaz para garantizar dicha obligación⁹.

Siguiendo, el segundo requisito puede resumirse en que el deudor debe presentar a un garante que sea **solvente**. Al respecto, Ortega menciona que:

Dado que la fianza entraña la afectación genérica o indirecta de bienes, el garante debe ser persona solvente, esto es, con suficiencia patrimonial (activos) que le permita afrontar una eventual ejecución de la garantía otorgada. Y es que, en términos de racionalidad económica, más allá de la solvencia personal (en el sentido de haber interiorizado el concepto de la palabra empeñada y, por lo tanto, de honrar los compromisos asumidos), lo cierto es que el acreedor contrata con determinada persona por cuanto le interesa contar con un segundo patrimonio de respaldo, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. En ese sentido, la solvencia del fiador es un requisito inherente a esta garantía. (2004, p. 128)

Y no es sino evidente la relevancia del cumplimiento de este requisito pues, inmediateamente después a su mención en el artículo 1876, el artículo 1877 establece expresamente el derecho del acreedor de exigirle al deudor el reemplazo del fiador, en caso de la insolvencia de este.

Finalmente, el tercer requisito implica la posibilidad de que el patrimonio del fiador sea —en caso

⁷ Como señala Ortega, los contratos nominados son “aquellos [...] que poseen un nombre o denominación que permite su identificación” (2001, p. 98). Esto implica que un contrato nominado “en algunos casos (cuando el contrato es tipificado) es recogido por la ley dado su empleo constante y generalizado” (2001, p. 98).

⁸ Señala Ortega al respecto:

Lo anterior nos permite también concluir que el artículo 1876 del Código Civil no se refiere a la capacidad de ejercicio, sino a la capacidad de goce, esto es, que el fiador debe ser persona que no esté legalmente impedida de contratar fianza, al margen de que se obligue personalmente o a través de representante, de allí que la referencia del artículo bajo comentario sea precisamente a **persona capaz de obligarse**. (2004, p. 127) [el énfasis es nuestro]

⁹ Es decir, si el órgano competente aprueba designar a un representante para que este suscriba un contrato de fianza en nombre de la persona jurídica hasta por el monto de diez mil dólares, pero luego la persona jurídica desea suscribir otra fianza hasta por el monto de veinte mil dólares, deberán volver a aprobar la designación dejando en claro el monto bajo el cual se va a obligar. Para simplificar la operación, también es posible que en el otorgamiento de poder a un representante se especifique que dicha designación se da por un monto indeterminado, para que este quede facultado a obligar a la persona jurídica en contratos de fianza de montos indeterminados, pero por obligaciones determinables.

de incumplimiento por parte del deudor— ejecutable en el territorio nacional. Esta decisión del codificador es lógica en tanto se pretende que, ante la falta del deudor, el acreedor pueda dirigirse hacia el fiador y reclamar el mismo pago de la obligación como si del deudor se tratase.

2. Límite de la fianza

Ahora bien, vale la pena preguntarnos, ¿qué se puede garantizar? ¿Acaso es un mecanismo que permite abarcar el universo de obligaciones, o está limitado a algunas determinadas? De acuerdo con un sector de la doctrina, el Código Civil permite la constitución de una fianza ‘general’ u ‘ómnibus’.

Al respecto, Calderale postula lo siguiente:

El artículo 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 artículo 219 inciso 1, número 3, del Código Civil. (1990, p. 78)

De esta manera, podemos notar que, con respecto a los límites de la fianza, nuestro ordenamiento jurídico no sanciona con nulidad a la fianza constituida sin obligación determinada. Es decir, el fiador puede garantizar cuantas obligaciones el fiado asuma.

Empero, esto no quiere decir que el monto que asuma sea necesariamente también ilimitado, pues las partes pueden no haberlo pactado de esa forma. Efectivamente, impera la necesidad de delinear la diferencia entre indeterminación de obligaciones y límite cuantitativo del monto pecu-

niario por el cual el fiador se puede obligar. En estos casos se puede acordar un *ceiling* sobre el cual el patrimonio del fiador ya no puede ser afectado ante el caso de un incumplimiento y ejecución de la garantía personal.

En esa línea argumentativa, Calderale indica, analizando el supuesto en el que el deudor sea una sociedad anónima, que la lógica de las fianzas generales se basa en lo siguiente:

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. (1990, p. 78)

Concluimos de esta forma el análisis de las principales características de la fianza de acuerdo con el Código Civil vigente. Varias de estas vienen, a su vez, de la regulación aportada por el Código anterior.

B. Código Civil de 1936

Los artículos 1775 al 1801, contenidos en el Título XVII, De la fianza, Sección Quinta, De los diversos contratos, eran los encargados de brindar la regulación de la institución jurídica de la fianza en el Código Civil de 1936.

Este limitado compendio, en líneas generales, no es significativamente distinto a la regulación vigente¹⁰. De esta forma, podemos vislumbrar cuáles han sido las modificaciones aportadas por los codificadores entre ambas versiones del Código Civil a través del siguiente cuadro comparativo:

	Código Civil de 1936	Código Civil de 1984
Definición	Artículo 1775.- Por la fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra.	Artículo 1868.- 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. La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor sino de otro fiador.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: estamos frente a una mayor precisión conceptual brindada por el Código vigente. Si bien ambas guardan el mismo cimientto, el artículo 1868 se esfuerza en dejar claras las partes de la relación jurídica –fiador y acreedor–, así como el carácter de garantía que recubre a esta relación.

Finalmente, aunque el Código de 1936 también permitía la existencia del subfiador en su artículo 1791, el Código vigente hace un esfuerzo en dejar claro, en el contexto de la definición de la figura jurídica, la posibilidad de asumir la fianza de un fiador.

¹⁰ De hecho, Calderale, comentando los cambios que el Código de 1984 trajo con respecto a las garantías personales, sostuvo que “en el campo específico de dichas garantías, sin embargo, no se han introducido innovaciones relevantes” (1990, p. 77).

Formalidad	Artículo 1776.- La fianza debe constar por escrito bajo pena de nulidad; y solo quedará obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiere comprometido, sin que pueda obligarse por mayor cantidad, ni con más gravamen que el fiado.	Artículo 1871.- La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.
-------------------	--	--

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el artículo 1776 se expresa en el límite a la responsabilidad del fiador, problema al que se aboca el Código vigente, pero en un artículo poste-

rior. Más allá de ello, la norma lleva siendo clara en cuanto al carácter *ad solemnitatem* del contrato de fianza.

Alcance	No hay regulación de este tipo.	Artículo 1873.- Sólo 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.
	Artículo 1777.- Si la fianza no fuere limitada, comprenderá no solo la obligación principal, sino todos sus accesorios, inclusive los gastos del juicio; pero entendiéndose respecto de estos, que no responderá el fiador sino de los que se hubiesen devengado después de que fue requerido para el pago.	Artículo 1878.- La fianza, si no fuere limitada, se extiende a todos los accesorios de la obligación principal, así como a las costas del juicio contra el fiador, que se hubiesen devengado después de ser requerido para el pago.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el Código de 1984 mantiene vigente las normas contenidas en el antiguo Código. Sin perjuicio de ello, a propósito del análisis de los límites de la fianza, resulta pertinente evocar lo señalado por Arata Solís y Alegre Porras.

Primero, con respecto a la fianza limitada o ilimitada, los juristas resaltan lo siguiente:

En lo que se refiere a la extensión de la obligación del fiador que, como hemos afirmado, se circunscribe dentro de los límites de la obligación principal, tenemos que para el caso de que la obligación del fiador tenga por objeto una prestación idéntica a la del deudor principal o, por lo menos, una prestación dineraria, nuestro ordenamiento jurídico reconoce dos modos en que puede constituirse la obligación de fianza, los cuales se decantan del texto del artículo 1878 del Código Civil, a saber: una fianza limitada y una fianza ilimitada. De la interpretación del precepto en referencia se concluye que la fianza será limitada cuando el fiador garantice con su conducta solo el cumplimiento de la prestación principal o una parte de la misma. Por su parte, la fianza será ilimitada cuando el fiador, además del cumplimiento de la prestación principal, garantiza el pago de los accesorios de la misma como son los intereses moratorios y compensatorios y las costas y costos del juicio contra el fiador. Sea que la fianza sea limitada o ilimitada el fiador no podrá pagar al acreedor más allá de

los límites de la obligación del deudor principal (2003, s/p).

Es relevante rescatar que, en el caso del carácter ilimitado de la fianza, esta implica que se responde por costos accesorios a los de la obligación principal. Empero, leyendo dicha norma en concordancia con la norma contenida en el artículo 1873, podemos interpretar, así como lo han hecho los autores bajo comentario, que este carácter ‘ilimitado’ tiene un tope, el cual es no excederse de la deuda del fiado. Es sensato, entonces, reconocer que no estamos ante una fianza verdaderamente ilimitada como su nombre podría confundir, sino, y como preferimos referirnos a ella, ante una fianza holística¹¹.

Por otro lado, con respecto a la posibilidad de que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor, los autores bajo comentario subrayan:

Quando el Código estima procedente [...] un modo más eficaz de obligarse el fiador, a lo que hace referencia, en suma, es a las garantías que aquel puede otorgar a favor del acreedor para reforzar frente a este el cumplimiento de la prestación a su cargo (2003, s/p).

Concordamos con lo señalado por los autores, pues el fiador puede, a su vez, otorgar garantías personales –por ejemplo, a través de un subfiador– o reales en respaldo de su obligación con el acreedor, lo cual es manifestación de su derecho a obligarse de manera más eficaz que el deudor.

¹¹ A diferencia de una fianza ‘integral’, que se aboca solo a cubrir la obligación principal, la fianza ‘holística’, como la permite el artículo 1878, se dirige a cubrir, además de la obligación, los costos accesorios.

Requisitos del fiador	<p>Artículo 1793.- El que está obligado a dar un fiador, deberá presentar una persona que tenga capacidad de obligarse, que sea dueño de bienes suficientes para responder al objeto de la obligación, y que se halle domiciliada en el departamento.</p>	<p>Artículo 1876.- El obligado a dar fianza debe presentar a persona capaz de obligarse, que sea propietaria de bienes suficientes para cubrir la obligación y realizables dentro del territorio de la República. El fiador, en este caso, queda sujeto a la jurisdicción del juez del lugar donde debe cumplirse la obligación del deudor.</p> <p>El obligado puede sustituir la fianza por prenda, hipoteca o anticresis, con aceptación del acreedor o aprobación del juez, salvo disposición distinta de la ley.</p>
------------------------------	---	--

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el Código de 1936 preveía los mismos requisitos –ya estudiados– para la constitución de una persona como fiador: contar con capacidad jurídica y ser propietaria de bienes suficientes para responder por la obligación garantizada. En el caso del Código de 1984, se ha incorporado como requisito el que los bienes de los cuales es propietario el fiador sean realizables dentro del Perú.

Asimismo, el codificador ha elegido por regular en esta norma la posibilidad de que el deudor sustituya la fianza por otro tipo de garantía igual o más efectiva, siempre y cuando cuente con la aceptación del acreedor o, en su defecto, cuente con mandato judicial, salvo disposición en contrario de la ley.

Cofiadores	<p>Artículo 1783.- Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.</p>	<p>Artículo 1886.- Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda y todos ellos se hubieran obligado a prestaciones iguales, cada uno responde por el íntegro de su obligación, salvo que se haya pactado el beneficio de la división.</p>
	<p>No hay regulación de este tipo.</p>	<p>Artículo 1893.- Cuando varias personas otorgan fianza a un mismo deudor por la misma deuda, el fiador que haya pagado tiene acción contra los demás fiadores por su parte respectiva. Si alguno de ellos resulta insolvente, la parte de éste se distribuye proporcionalmente entre los demás.</p>
	<p>Artículo 1790.- Podrán los cofiadores oponer al que pagó, las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fuesen puramente personales del mismo deudor.</p>	<p>Artículo 1895.- Los cofiadores pueden oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor contra el acreedor y que no sean inherentes al deudor.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el Código de 1984 brinda mayor claridad sobre la regulación aplicable a los cofiadores.

En primer lugar, resulta esclarecedor el cambio de enfoque que da el artículo 1886 a la regla brindada por el artículo 1783. Mientras que el Código derogado apuntó a colocar la luz sobre la solidaridad como excepción a la individualización de la responsabilidad del cofiador, el Código vigente altera el lenguaje para especificar que cada cofiador responde por toda su obligación, salvo que se haya pactado el derecho de división. Esta mención al de-

recho de división, inexistente en la regulación del Código derogado, es una manifestación del nuevo enfoque que se quiso brindar al carácter tuitivo de la regulación brindada para el fiador.

Asimismo, si bien los artículos 1790 y 1895 guardan un mismo sentido que nos permite equiparlos, el artículo 1893 aporta una nueva regla en virtud de la cual, ante la insolvencia de un cofiador, se puede proceder con repartir la ‘parte’ de la obligación de este entre el resto de cofiadores, siempre guardando atención a la regla de la proporcionalidad.

Plazos	<p>Artículo 1786.- El fiador, aún antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal: [...]</p> <p>5. Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plano mayor.</p>	<p>No hay regulación de este tipo.</p>
	<p>Artículo 1788.- Si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor, que haga efectivo su derecho. Si el acreedor no ejercita su derecho en el término de treinta días después de requerido, o si abandona el procedimiento por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación.</p>	<p>Artículo 1899.- Si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible, haga efectivo su derecho y demande al deudor. Si el acreedor no ejercita ese derecho en el plazo de treinta días después de requerido o si abandona el procedimiento, el fiador queda libre de su obligación.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el Código de 1936 brindaba dos plazos legales que el Código de 1984 ya no contempla: el plazo de diez años, para permitir que el fiador proceda contra el deudor principal; y el plazo de tres meses, para establecer el límite temporal para que el acreedor abandone el procedimiento para ejercer su derecho.

Resulta revelador cómo, respecto al primer punto, el codificador decidió no mantener enunciado legal alguno que guarde similitud con el precepto del derogado artículo 1786. Asimismo, resulta evidente la intención de no imponer un plazo legal en el segundo caso, dado que en la redacción del artículo 1899 se decidió mantener la regla contenida en el derogado artículo 1788 y un texto casi idéntico, pero removiendo la mención a los tres meses.

No se proscribe, sin embargo, la posibilidad de que las partes se obliguen a plazos convencionalmente establecidos, siempre en atención a las normas imperativas y a las demás disposiciones del contrato base.

De esta manera, como es posible evidenciar, existen disposiciones legales que han sido sustancialmente modificadas, así como existen también aquellas que se han mantenido sin modificación material alguna entre el Código Civil vigente y el anterior inmediato¹².

III. LA CARTA FIANZA

Habiéndonos sumergido en el análisis del contrato de fianza, corresponde abocarnos al estudio de otra figura que, aunque revestida de regulación que la equipara a la fianza, no resulta, sin embargo, siendo un reflejo íntegramente replicado de dicho contrato nominado.

En primer lugar, corresponde recordar que el derecho, como toda creación de la sociedad, responde a las necesidades de esta y se adapta y moldea conforme se necesite para poder prosperar y desarro-

llarse. En este contexto, el derecho comercial ha visto que la figura típica de la fianza, conforme se encuentra regulada por los distintos sistemas jurídicos del *civil* y *common law*, no ha logrado abastecer las peculiares necesidades y requerimientos de operaciones cada vez más sofisticadas en el mercado.

En efecto, lo que probablemente antes podía verse como una simple operación bilateral –un contrato de préstamo en el cual A le otorga a B un monto determinado de dinero con la promesa de B de pagarle dicho monto adeudado en un plazo fijo–, se ha visto complejizado escaladamente con la aparición de nuevas figuras financieras, estándares comerciales y requerimientos de un mercado globalizado y digital. Es de esta forma que nace la carta fianza, como mecanismo que busca reducir los costos que los acreedores toman al momento de contratar con sus deudores y de aceptar garantías personales otorgadas por los fiadores o por los avales de estos.

La carta fianza es, entonces, un acto jurídico-comercial en el cual el deudor, en lugar de garantizar el cumplimiento de su obligación al acreedor con la promesa de otra persona desconocida para el acreedor, con la cual este deberá investigar y correr el riesgo de incumplimiento de dicho fiador, asegura su palabra con el respaldo de una institución financiera –en el caso peruano, una empresa del sistema financiero con autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP para actuar como ente fiador¹³– cuyo respaldo representa una promesa que brinda mayor seguridad y certeza al acreedor.

Así, vemos una ventaja comercial de la carta fianza bancaria por sobre el tradicional contrato de fianza: el costo para cubrir la asimetría informativa en el que incurre el acreedor para determinar la capacidad de su garante de cumplir la obligación garantizada. Mientras que en el contrato de fianza el acreedor puede encontrarse frente a un fiador –sea persona natural o jurídica– ante el cual sea po-

¹² Mención especial merece la regla jurídica prevista por el artículo 1792 del Código Civil de 1936. Dicho precepto lee:

Artículo 1792.- Si la fianza se constituyó para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal en el otorgante, la fianza subsistirá aunque se invalide la obligación principal.

Esto levanta nuestra curiosidad, en tanto, como hemos establecido, una de las características del contrato de fianza es su carácter **accesorio** al contrato obligacional del cual emana como garantía. En ese sentido, de darse algún vicio o defecto en dicho contrato base, este debería afectar conexamente al contrato de fianza que en él se sostiene.

Sin embargo, este precepto legal es repetido por el artículo 1875 del Código actual. En efecto, lo que ambos dispositivos legales indican es que, en el particular caso del defecto de capacidad personal en el otorgante –es decir, en el deudor–, dicha avería jurídica, que puede llegar a generar la invalidez de la obligación principal, como reconoce cada artículo bajo comentario, no representa óbice alguno para que la fianza siga siendo válida. Esto, como vemos, resulta atípico en tanto es la excepción a la regla del carácter accesorio de la fianza.

¹³ Es importante notar que la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero, no establece ninguna obligación de que estas empresas sean exclusivamente bancos o empresas que brindan créditos. Por el contrario, es bien sabido que las empresas de seguros y reaseguros también pueden emitir una especie de 'carta fianza', conocida como póliza de caución.

tencialmente necesario conducir un examen sobre el patrimonio con el que cuenta y su capacidad de cumplimiento, este costo se reduce significativamente cuando el fiador es una entidad regulada del sistema financiero, en tanto ya cuenta con un respaldo de dicho sistema –y de los entes reguladores que la supervisan– y un historial que le asegura al acreedor que, ante un eventual evento de incumplimiento, podrá recobrar su crédito, así como los intereses y costos asociados, de corresponder.

Para Barchi, la carta fianza bancaria “supone una operación compleja que se materializa en una promesa unilateral del garante a favor del acreedor” (2009, p. 79). Por otro lado, con respecto a su relación con la fianza del Código Civil, Barchi concluye que “es cierto que en cualquiera de los dos casos se establece una relación obligatoria entre el garante y el acreedor”, pero la diferencia radica en que “en un caso, la fuente (o título) es un contrato que tiene como partes a ellos mismos (la fianza) y, en el otro, una operación compleja (‘la carta fianza’)” (2009b, p. 79).

En ese mismo orden de ideas, Ortega sostiene que la carta fianza bancaria, como su nombre lo indica, “es un documento (en forma de carta) que emite una institución financiera, a solicitud y generalmente por cuenta del deudor garantizado, dirigido al acreedor” (2004, p. 132). No obstante, como advierte el autor, “es entregado por el banco al solicitante [...] para que lo entregue posteriormente al acreedor en cumplimiento de la obligación asumida [...]. En ese sentido, no existe una declaración de aceptación expresa por parte del destinatario de la garantía” (2004, p. 132).

Efectivamente, acá encontramos una de las principales diferencias entre las dos instituciones bajo lupa, pues, mientras que en el caso de la fianza “es necesario un contrato entre el fiador y el acreedor” (Castro Trigos, 2003), en tanto el deudor es un tercero cuya deuda es la garantizada; en el caso de la carta fianza, no estamos ante un negocio jurídico bilateral pues no se requiere de la manifestación de la voluntad del acreedor, sino solo la del fiador.

Ahora bien, normativamente la carta fianza no ha recibido mayor regulación especializada que aquella otorgada por la Circular B-2101-2001, “Establecen precisiones para el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías”. Dicha norma

regula efímeramente la figura bajo análisis de la siguiente manera:

5.1 Las cartas fianza que expidan las empresas se rigen por las disposiciones que sobre fianzas establece el Código Civil en su Título X de la Sección Segunda del Libro VII ‘Fuentes de las Obligaciones’, con las particularidades establecidas por la Ley General¹⁴ y la presente Circular.

5.2 Las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento¹⁵, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito. En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago y se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer las excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los Artículos 1880 y 1885 del Código Civil.

5.3 En los casos señalados en el numeral 5.2., la comunicación que conforme a los Artículos 1892 y 1894 del Código Civil deba dirigirse a la empresa garante al deudor de la obligación garantizada para hacer de conocimiento de éste el pago de la fianza, será efectuada de manera simultánea a la ejecución de la carta fianza.

Lo que más resalta de la regulación brindada por la SBS es el tratamiento espejo que le otorga a la carta fianza con respecto a la regulación del contrato de fianza. En otras palabras, la norma equipara ambas figuras jurídicas, pues cómo sino explicar el reconocimiento en virtud del cual las reglas aplicables a una figura son las mismas a las que la otra debe sujetarse. Por ello, resulta sorprendente que, ante las evidentes consecuencias y requerimientos distintos que para el uso de una fianza o de una carta fianza se exigen, la citada circular haya decidido seguir el camino despreocupado –o ingenuo– de asimilar ambas figuras.

Es claro, entonces, que no podemos limitarnos a una interpretación literal de la regulación brindada por nuestro sistema jurídico a la carta fianza, pues podríamos caer en comparaciones infructíferas que conlleven a mayores problemas de aplicación jurídica.

¹⁴ Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero.

¹⁵ Para Barchi, “decir que es una carta fianza de realización automática e incondicional resulta siendo repetitivo” (2009b, p. 95) en tanto (i) al ser una garantía autónoma y, por ende, de primer requerimiento, es por consiguiente de realización automática; y (ii) justamente por gozar de este carácter de ‘a primer requerimiento’, no están condicionadas a la presentación de medios probatorios más allá de aquellos necesarios para demostrar sencillamente que hubo un incumplimiento de la obligación y, por ende, que se gatilló la carta fianza.

Ahora bien, por otro lado, en la práctica de mercado las cartas fianza se han vuelto elementos esenciales en las relaciones jurídico-comerciales. En efecto, las cartas fianza son de uso común en estructuras de financiamiento a gran escala, dentro de las cuales podemos encontrar, evidentemente, aquellas relacionadas con la actividad del Estado.

Particularmente, en el marco del financiamiento de concesiones, en las cuales las bases de las licitaciones requieren que el concesionario financie sus actividades con fondos de ‘acreedores garantizados’, es práctica comercial que dichos acreedores –entidades financieras inversionistas en el proyecto– exijan la entrega de una variedad de garantías personales y reales. Dentro de las primeras están distintas especies de cartas fianza bancarias, como lo pueden ser la carta fianza como garantía de fiel cumplimiento (Ugarte y Loaiza, 2023, p. 156), la carta fianza como garantía de reembolsos, entre otras.

De esta forma, podemos confirmar que la carta fianza, aunque conceptualmente guarda vínculo con el contrato nominado regulado en nuestro Código Civil, se reserva particularidades que la singularizan y diferencian inequívocamente de este.

A. Relaciones jurídicas en la carta fianza

Ahora bien, cabe mencionar que la doctrina también ha identificado la trilogía de relaciones que pueden ser identificadas al momento de constituirse una carta fianza. Ciertamente, tenemos (i) la relación entre el emisor de la carta (el banco) y el beneficiario (el acreedor); (ii) la relación entre el ordenante (deudor) y el beneficiario (acreedor); y (iii) la relación entre el ordenante (deudor) y el emisor (banco).

Esta última relación guarda especial interés dado que, como señala Pineda, estamos ante una suerte de ‘contrato de crédito indirecto’, pues el banco:

No ha desembolsado dinero, pero sí ha garantizado dicha obligación primigenia del [deudor] y, en caso de que el cliente no cumpla con su obligación, el banco deberá pagar a solo requerimiento del beneficiario según lo estipulado en la carta fianza (2022, p. 54).

Rodríguez Azuero concuerda y agrega que el crédito indirecto:

Cubre todas aquellas operaciones que celebran los bancos a favor de sus clientes, que no im-

plican un desembolso efectivo e inmediato de dinero y permiten a estos obtenerlo de manos de terceros u obtener una ventaja económica equivalente a la que hubiesen conseguido de haber recibido el dinero (2005, p. 513).

Estamos, pues, ante una especie distinta de operación bancaria que, partiendo del género ‘financiamiento’, se diferencia de los préstamos u otorgamientos de crédito regulares.

B. Independencia de la carta fianza bancaria

El carácter independiente de la carta fianza, lo cual sostenemos es la base de su singularidad frente al contrato de fianza y su principal diferencia respecto de este, implica el reconocimiento de una serie de derechos de los que se vuelve titular el acreedor de esta garantía. Mientras que en el caso del contrato de fianza el acreedor de una relación obligatoria garantizada por dicha fianza corre el riesgo de que esta, al ser accesoria, se vea afectada por vicisitudes que pudieran acaecer a aquella, en el caso de la carta fianza este riesgo se ve significativamente reducido.

Efectivamente, se estima que la carta fianza goce de una cláusula a ‘primer requerimiento’, cuyo efecto conlleva una eficacia procesal similar a la de la cláusula *solve et repete*. En ese sentido, y como tenazmente señala Barchi, esta cláusula está “dirigida a excluir las excepciones suspensivas o dilatorias, tales como la excepción de incumplimiento (artículo 1426 del Código Civil) y la excepción de caducidad de plazo (artículo 1427 del Código Civil)” (2009b, p. 77).

Sin embargo, como nos recuerda el citado autor, la garantía independiente

No se caracteriza solamente por la presencia de la cláusula ‘a primer requerimiento’ y ‘sin excepciones’, sino que su aspecto caracterizador, bajo el perfil estructural, es la relativa independencia de la relación de garantía respecto a la relación garantizada. Esta independencia se traduce en que el garante está obligado al pago frente al acreedor que se lo requiera, y no puede oponerle a este las excepciones relativas a la validez, a la eficacia [...] del contrato base. (2009, p. 78)

Es decir, mientras que en el caso del contrato de fianza el garante se podría negar al pago de la fianza por deducir alguna excepción sobre el contrato base que justifique su pretensión de incumplimiento, dicho supuesto no es posible en el caso de la carta fianza, dada, justamente, su independencia.

Por otro lado, Barchi indica que

[...] el garante se obliga a ejecutar la prestación a favor del beneficiario (acreedor en el contrato base) al primer requerimiento de este, sin oponer excepciones fundadas en la relación base y aún si el ordenante (deudor principal) se opusiera o aún si existiera una controversia pendiente sobre la subsistencia o exigibilidad del crédito. (2009b, p. 83)

Entendiendo así la naturaleza autónoma de la carta fianza, podemos concluir que, por el contrario, el contrato de fianza sí se puede extinguir como consecuencia de la extinción de la obligación garantizada¹⁶.

C. Consecuencias del actuar fraudulento del acreedor

Tanto en la constitución de una garantía a través de un contrato de fianza como a través de una carta fianza bancaria, el garante puede ver su situación jurídica subjetiva amenazada ante la potencial actuación fraudulenta del acreedor. Ciertamente, podría darse el caso de que el acreedor alegue falsamente un incumplimiento del deudor y; ante dicha omisión o comisión defectuosa, tardía o parcial; decida ejecutar la garantía y se afecte al patrimonio del fiador.

En estos casos, en los cuales no se ha dado un incumplimiento, pero aún así el acreedor ha cobrado el crédito con el patrimonio del fiador, nuestro ordenamiento jurídico prevé mecanismos de tutela para resguardar la estabilidad jurídica y devolver el equilibrio a la relación jurídica con el fiador.

Efectivamente, Calderale se enfoca en las consecuencias que acaecen a dicho acreedor deshonesto, rescatando lo señalado por la jurisprudencia italiana:

En situaciones como esta 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 Casación (1990, p. 79)¹⁷.

Por otro lado, Barchi, analizando el mismo fenómeno, prefiere abocar su interés a los actos que debe emprender el acreedor que ha cobrado el monto indebidamente:

El acreedor (beneficiario) estará obligado a la restitución de la suma recibida por el garante, si luego se determina que no hubo incumplimiento de la obligación garantizada y, que por tanto, la adquisición de la suma entregada por el garante era en todo o en parte injustificada. (2009b, p. 87)

De esta forma, determinamos que nuestro ordenamiento jurídico –que, como ya hemos abordado, brinda reglas cuyo objetivo es tutelar el interés del fiador al evitar el abuso de su posición de sujeción– no se limita a brindar garantías como mecanismo que incentiva la inversión. Por el contrario, y reconociendo el rol relevante que cumple la figura del fiador, busca también crear incentivos para que personas se constituyan como este tipo de garante, al brindar ‘seguros’ que soporten cualquier tipo de incumplimiento o actuar de mala fe que pueda acaecer contra ellos también.

IV. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE FIANZA Y LA CARTA FIANZA BANCARIA

En ese sentido, podemos resumir las principales características diferenciadoras entre la fianza como contrato y la fianza como carta de la siguiente manera:

	Contrato de fianza	Carta fianza bancaria
Partes	Celebrado entre fiador y acreedor sin intervención del deudor.	Emitida por fiador sin necesidad de aceptación del acreedor.
Relación con el contrato base	Es accesoria.	Es independiente.

¹⁶ Al respecto, Barchi señala que:

En la relación de accesoriadad 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” (2009a, p. 57).

¹⁷ Si bien dicha casación ya no es reciente, en atención al potencial interés del lector, la citada referencia alude a la siguiente casación: 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, citada en Calderale, A. (1990).

	Contrato de fianza	Carta fianza bancaria
Aceptación	En tanto estamos ante un negocio jurídico –y, particularmente, uno con exigencias de formalidad de acuerdo con el artículo 140, inciso 4; artículo 232; y artículo 1871 del Código Civil–, para la validez del mismo nuestro ordenamiento requiere la manifestación de voluntad de ambas partes, tanto del fiador como del acreedor. Es decir, se requiere de la aceptación expresa e inequívoca del acreedor garantizado.	De acuerdo con la práctica comercial, estamos ante un documento emitido por un banco en el cual este, en calidad de garante, se obliga a hacer frente a las obligaciones del deudor garantizado en el caso de incumplimiento de aquellas por parte de este. En estas cartas, emitidas unilateralmente por el banco, no consta la aceptación por escrito –a través de firma u otra manera de manifestar la voluntad– del acreedor ¹⁸ .
Excepciones	Se puede oponer excepciones vinculadas a la validez o eficacia del contrato base para negarse al pago de la fianza en forma total o parcial.	Debido a la cláusula ‘a primer requerimiento’ y a la naturaleza independiente que guarda frente a la relación obligacional principal, no se pueden oponer excepciones relativas a dicha obligación para escapar del cumplimiento de la garantía.

Fuente: Elaboración propia

En ese sentido, podemos sostener con amplitud y firmeza que la carta fianza no es una fianza como la entiende el Código Civil; no por ello, dejando de ser una garantía personal.

V. LA FIANZA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

Como parte del presente trabajo, hemos analizado el tratamiento que la jurisprudencia le ha brindado a la figura del contrato de fianza y de la carta fianza bancaria en los últimos diez años. En la mayoría de casos, los tribunales se limitan a repetir lo señalado por el Código Civil, en tanto la materia de la controversia no recae enteramente sobre la definición o aplicación de una fianza en general.

Ello, empero, no es óbice para que procedamos con un sintético recuento de la gráfica que las cortes del Perú han dibujado para las figuras bajo análisis.

A. Casación 656-2012-Lima

Esta sentencia, nacida a raíz del recurso de casación que interpone el Ministerio de la Producción frente a la decisión arribada por la Corte Superior que lo obligó a pagar una deuda contra la Corporación Nacional de Desarrollo, aporta las siguientes interpretaciones judiciales:

Fundamento Noveno: La fianza es una garantía de carácter personal, constituida con la finali-

dad de respaldar el cumplimiento de una obligación asumida por la persona garantizada.

Comentario: esta definición es bastante estándar y va acorde a lo analizado a lo largo del presente trabajo, por lo cual no merece mayor comentario.

Fundamento Décimo: Los sujetos intervinientes en el Contrato de Fianza son los siguientes: (i) el acreedor, que es la persona a favor de quien se constituye la obligación principal y, en caso se incumpliera con esta, frente a quien deberá cumplir el fiador; (ii) el fiador, que es aquel que se obliga a garantizar, con todo su patrimonio, el cumplimiento de la obligación principal; y (iii) el deudor, que es el obligado al cumplimiento de la obligación principal.

Comentario: con base en lo estudiado normativa y doctrinariamente en el presente trabajo, expresamos nuestro desacuerdo con la interpretación del tribunal en lo que respecta a las partes del contrato de fianza. Si bien es cierto que el deudor forma parte del sistema sobre el cual se construye la relación de garantía, el Código Civil es preciso al establecer que este contrato es celebrado exclusivamente entre el fiador y el acreedor, no teniendo que intervenir el fiado (deudor).

Fundamento Décimo Primero: Estando a lo señalado, se advierte que al tratarse la fianza de una garantía personal, si se procediera a ejecutar la garantía, el garante fiador deberá responder con todos sus bienes hasta que se alcance a cubrir la obligación puesta a cobro;

¹⁸ Ortega encuentra en la formalidad el factor máximo diferencial entre el contrato de fianza y la carta fianza bancaria pues, de acuerdo con el autor:

Entendemos que por el carácter formal (formalidad sustancial, conforme a la Teoría del Acto Jurídico) de la fianza, la carta fianza no representa fianza alguna (sin que ello signifique que deje de ser una garantía personal), siendo que nuestra conclusión sería radicalmente distinta si la forma escrita no fuese necesaria, sino solo requerida para fines probatorios (lo que implicaría que el contrato ya no sea formal sino consensual), como ocurre en otras legislaciones como en la francesa y la española, en las que la forma escrita como medio de prueba (formalidad no esencial) permite que siempre pueda observarse el principio de literalidad (2004, 133).

sin embargo, también puede pasar que al ser requerido, este quede liberado de responsabilidad por las siguientes razones: (i) Cuando la fianza no se ejecutó en los plazos y condiciones pactadas y previstas en los artículos 1898 y 1899 del Código Civil, que regulan la fianza con y sin plazo determinado; (ii) Cuando el acreedor aceptó en dación en pago del deudor un bien, aunque luego pierda dicho bien por evicción, conforme prevé el artículo 1900 del Código Civil; (iii) Cuando el deudor prorroga la vigencia de la obligación frente al acreedor, sin contar con la autorización del fiador, salvo que este último la haya aceptado anticipadamente, de no ser así, el artículo 1901 del Código Civil señala que la fianza queda extinguida; (iv) Cuando se produce la consolidación entre el deudor y el fiador; y (v) Cuando el derecho de subrogación del fiador se vea afectado por actos realizados por el acreedor, pues ello implica que de cumplir con la fianza, no podría repetir contra el deudor y los demás obligados.

Comentario: aquí vemos el aspecto fundamental que, comentábamos, diferencia al contrato de fianza de la carta fianza. En efecto, lo que el tribunal está delimitando son las causales de exención del pago de la obligación por parte del fiador, y al hacerlo no hace sino mencionar las causales de ineficacia o invalidez del contrato base. Es decir, para que el fiador se libere de su obligación, necesita que el contrato base (el crédito en virtud del cual nace la relación obligatoria garantizada) se vea afectado, pues esto conllevará inherentemente a la afectación del contrato de fianza, adscrito y dependiente de aquel.

Esto, en cambio, no se da en la dinámica desprendida de la carta fianza. En dicho caso, para declarar la inexigibilidad del pago por parte del fiador no es posible alegar defecto alguno del contrato base, pues este es independiente de aquel. Por el contrario, se requerirá que nos encontremos ante alguna de las causales de exención de responsabilidad contenidas en la misma carta fianza.

Fundamento Décimo Séptimo: El contrato de fianza puede tener múltiples criterios de clasificación: por razón de su origen, por razón de la obligación garantizada, por la naturaleza de las normas que la regulan, y por razón de la extensión con la que han sido configuradas. En cuanto a este último criterio de clasificación, las fianzas pueden ser: definidas o limitadas, e indefinidas o ilimitadas, según la prestación garantizada y según el plazo de duración. I) En cuanto a las prestaciones garantizadas, la fianza es limitada cuando se ha establecido un límite a la prestación del fiador, ya sea en cuanto al

monto o a los conceptos que han sido garantizados, es decir cuando resulte garantizado un monto determinado de la obligación, o cuando resulte garantizada solamente la obligación principal con exclusión de las accesorias; y es ilimitada cuando resulten incorporadas al aseguramiento, las obligaciones accesorias, e incluso los gastos y costos de la cobranza. II) En cuanto al plazo de duración, la fianza es limitada cuando es a plazo determinado, es decir, cuando en el contrato de fianza se establece un determinado plazo para hacer efectiva la misma, vencido el plazo, la fianza puede ser ejecutada por el acreedor hasta quince días después, para tal efecto, el requerimiento del acreedor debe realizarse por conducto notarial o por vía judicial, si dicho requerimiento no es efectuado dentro del plazo referido, el fiador no está obligado a cumplir con la garantía (artículo 1898 del Código Civil); y es ilimitada cuando es a plazo indeterminado, es decir, cuando la fianza es constituida sin un plazo, en cuyo caso el fiador puede requerir al acreedor para que haga efectiva la fianza y cobre al deudor, si el acreedor no ejercita este derecho de cobro al deudor dentro del plazo de treinta días siguientes a la comunicación del fiador, o si desiste del cobro, el fiador no está obligado a cumplir con su obligación (artículo 1899 del Código Civil). En ambos casos, no debe ser confundido el plazo señalado para cumplir la obligación garantizada con el plazo estipulado para hacer efectiva la fianza.

Comentario: como hemos analizado, la fianza tiene distintas clasificaciones con base en los límites o fines a los que se destina.

Particularmente, con respecto a este fundamento del tribunal, nos gustaría rescatar brevemente la importancia de diferenciar la determinabilidad de la obligación garantizada por la fianza de la indeterminabilidad del monto cubierto por la garantía. Es decir, porque las partes pacten que la cantidad de obligaciones garantizadas por la fianza no sea determinada (fianza catalogada bajo la clasificación de 'fianza definida', conforme al criterio del tribunal), no quiere decir que haya una imposibilidad para que se pacte, a la vez, una determinación del monto límite a ser cubierto.

Creemos que, ante cláusulas incompatibles —en otras palabras, ante un contrato de fianza en el cual se pacta la indeterminabilidad de las obligaciones cubiertas, pero la determinabilidad del monto límite garantizado—, prevalecerá el límite del monto acordado, por cuanto, bajo el análisis realizado, nuestro ordenamiento y el Código Civil —tanto de 1984 como de 1936— busca tutelar la situación jurídica subjetiva del fiador.

B. Casación 1500-2015-Lima

Esta casación, que gira en torno a una demanda contra el Banco de Crédito del Perú por incumplimiento de la obligación de dar suma de dinero, trae las siguientes interpretaciones judiciales:

Fundamento Décimo Tercero: conviene efectuar algunas precisiones respecto al significado de fianza, así tenemos que es un tipo de contrato nominado que constituye una garantía personal por excelencia, por el cual 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; es decir el fiador garantiza la obligación en caso [de] incumplimiento del deudor.

Comentario: en este caso, vemos cómo nuevamente la jurisprudencia es pacífica en la interpretación literal de la regulación que nuestro Código Civil le otorga a la fianza.

Fundamento Décimo Octavo: [...] siendo la carta fianza una consecuencia del contrato de fianza, puede estar contenida en un documento de formato especial, donde se señala las partes que intervienen, la cantidad objeto de fianza, el plazo de vigencia, las condiciones en que se hará efectiva, el número de orden y la cláusula obligacional precisando que la fianza es incondicional, irrevocable y de realización automática; de lo que se colige que no existe norma que obligue al banco a emitir todas sus cartas fianzas en los mismos formatos, así como tampoco norma que precise señalar la indicación de lugar de requerimiento de pago, ni la forma como debe realizarse dicha indicación, ni mucho menos su ubicación en el documento, por lo que su omisión vincula a las partes, en la medida que no se haya precisado en el documento, ya que su contenido responderá a la voluntad inter partes manifestada en la carta.

Comentario: cuestionamos enfáticamente la decisión del tribunal de asimilar la carta fianza a una 'consecuencia del contrato de fianza'. No solo ignora las diferencias consecuenciales de ambos términos, sino que, sobre todo, atenta contra un entendimiento cohesivo y ordenado del tratamiento jurídico que nuestra regulación brinda para cada una de las dos.

Es la perpetuación de confusiones de esta índole las que generan que, al momento de solicitar una carta fianza, se pretenda la aplicación de las reglas aplicables al contrato de fianza, y viceversa—como, por ejemplo, la falsa necesidad de detallar que dicha carta fianza será 'incondicional, irrevocable

y de realización automática' pues, claro está, estas características no necesitan ser detalladas—. Si bien, como hemos estudiado, existen reglas aplicables a ambas instituciones, las diferentes consecuencias y relaciones jurídicas que ambas conllevan deben ser observadas y atendidas con la debida diligencia por nuestros legisladores y, sobre todo, por los tribunales.

C. Casación 4471-2016-Lima

Este recurso de casación, interpuesto por CFG Investment S.A.C. contra la sentencia que le ordenó el pago de lo adeudado a la sociedad Veramar Azul S.A., trae las siguientes interpretaciones judiciales.

Fundamento Octavo: [...] de acuerdo a la norma en mención la fianza está definida como un contrato mediante el cual el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, en caso ésta no sea cumplida por el deudor. De ello podemos deducir que la ejecución de la obligación asumida por el fiador sólo está sujeta a que el deudor no cumpla con honrar su prestación [...]. En tal orden de ideas, sostenemos que del tenor de la norma contenida en el artículo 1868, primer párrafo, del Código Civil, no podemos sostener que para efectuar dicha ejecución (al fiador) sea necesario intimar o reclamar previamente al deudor [...]. Como sabemos obligación solidaria implica que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios independientemente o contra todos ellos simultáneamente (Artículo 1186 Código Civil).

Comentario: esto es correcto. Por ello, en caso de que el acreedor se dirija contra el fiador, como hemos analizado, este podrá subrogarse en la posición del deudor principal, pudiéndole exigir todas las excepciones que este pudiera haber interpuesto ante el acreedor antes del pago de la obligación. Asimismo, en el caso de cofiadores, el que cumplió la obligación en su totalidad podrá exigir a los demás la restitución de lo pagado.

D. Casación 2776-2015-Piura

La sentencia contenida en este recurso, interpuesto por Financiera Confianza S.A.A. frente al Gobierno Regional de Piura, trae las siguientes interpretaciones judiciales.

Fundamento Séptimo: [...] 1. La fianza es un contrato de garantía y, como tal, un mecanismo de afianzamiento del crédito y de protección al acreedor. Sin embargo, como se trata de contrato en el que interviene una parte en garantía de obligación ajena, el legislador ha querido

precisar que se especifiquen las condiciones de su otorgamiento y hasta dónde se extiende en el tiempo la responsabilidad del fiador, como es de ver de lo estipulado en los artículos 1898 y 1899 del Código Civil. 2. El primero de los enunciados normativos hace referencia a la fianza por plazo determinado ('el fiador que se obliga por un plazo determinado [...]').

Comentario: como hemos visto, los artículos 1898 y 1899 del Código Civil regulan el plazo de la fianza. En el caso del artículo 1898, se establece que, cuando se pacta un plazo determinado, el fiador quedará libre de responsabilidad por el no pago de la obligación si es que el acreedor no la exige dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo. La norma ordena que dicho requerimiento del acreedor guarde la formalidad de ser enviada mediante vía notarial o judicial, por lo que podemos determinar que, con base en los medios comerciales contemporáneos, no bastará con esta que sea requerida solo por medios electrónicos ni mucho menos orales.

Por otro lado, el artículo 1899 establece que, en el caso de una fianza a plazo indeterminado, el fiador puede pedir al acreedor que, cuando la obligación haya devenido en exigible, demande al deudor. Esta norma dispositiva guarda sentido cuando comprendemos que, ante cualquier escenario, debido a la naturaleza solidaria con la que se obliga el fiador, el acreedor puede dirigirse a este en lugar del deudor.

De esta forma, podemos ver cómo los artículos bajo comentario, como razona el tribunal en la citada casación, buscan brindar mecanismos que protejan los intereses de los fiadores quienes, en la mayoría de los casos, se encuentran en situación de desventaja debido a la sujeción a la que se someten.

E. Casación 10108-2015-Lima

Esta casación es interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra la sentencia judicial que confirma la decisión aprobada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) mediante la Resolución 0064-2009/CEB-INDECOPI, confirmada mediante Resolución 1099-2009/SC1-INDECOPI.

Dicha resolución ordenó la inaplicación del Decreto Supremo 040-2008-MTC por constituir una barrera burocrática ilegal e irracional, en tanto dicha norma exigía la presentación de una carta fianza por la suma de treinta mil dólares estadounidenses para el otorgamiento de una autorización administrativa emitida por dicha entidad.

Dicha sentencia trae las siguientes interpretaciones judiciales.

Cuarta Consideración: 4.5 [...] 3) la exigencia de la carta fianza contraviene, a su vez, el artículo 39 de la Ley 27444, en el que se establece como criterio para la determinación de requisitos exigidos para la realización de cada procedimiento, su necesidad y relevancia en relación al objeto del procedimiento administrativo, así, la presentación de una carta fianza no es necesaria ni relevante para el procedimiento de autorización o dación de un permiso, ya que esta medida no tiene como propósito evaluar que los centros de salud sean óptimos para brindar las evaluaciones psicosomáticas para obtener licencias de conducir, sino que permite asegurar la solvencia económica de estos establecimientos para afrontar multas, aspecto que no está relacionado con la finalidad del procedimiento.

Comentario: esta casación trata una materia bastante especializada, dado que aborda el caso del otorgamiento de cartas fianza en la solicitud de autorizaciones ante entidades del Estado.

En líneas generales, si bien es cierto que, como se ha abordado previamente, la carta fianza bancaria se ha convertido en una garantía por excelencia en las contrataciones con el Estado y en las estructuras de financiamiento de gran escala, también es cierto que su figura puede comenzar a abusarse y a llevar a que sea requerida inidóneamente.

En la controversia tratada por el tribunal, el Ministerio buscaba exigir el otorgamiento de una carta fianza como requisito para la realización de un procedimiento administrativo de solicitud de autorización, en el cual no era necesario dicho otorgamiento en tanto, como señala la sentencia, "esta medida [...] permite asegurar la solvencia económica de estos establecimientos para afrontar multas, aspectos que no está relacionado con la finalidad del procedimiento". Por ende, podemos evidenciar que, si bien en teoría el mecanismo de la carta fianza bancaria brinda facilidades comerciales a acreedores y deudores, no es menos cierto que su uso se ha proliferado y se ha llegado a tergiversar en otros ámbitos en los cuales no tendría que intervenir.

F. Recurso de nulidad 1347-2019-Huánuco

Este recurso de nulidad, interpuesto por Ana María Chávez Matos en el marco de una acusación penal por los delitos contra la fe pública-falsificación de documento en general, trae las siguientes interpretaciones judiciales.

Fundamento 17: En el artículo 1868 [el Código Civil] ha definido dicho contrato como aquel en donde 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. Luego, en un dispositivo diferente (artículo 1872) establece, entre otros, la posibilidad de prestarse fianza en garantía de obligaciones futuras o determinables cuyo importe no sea aun conocido. Así también, en el artículo 1873, ha dejado en claro que el fiador solo queda obligado por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor.

Comentario: el tribunal realiza un sintético recuento de alguna de las reglas más relevantes que el Código otorga para regular el contrato de fianza, mas no llena de contenido o interpretación alguna a dichas disposiciones legales.

Fundamento 18: Al respecto, se ha pronunciado la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación 705–99/Lima, del 15 de julio de 1999, en donde desarrolla la característica de la literalidad de la fianza: [...] los alcances de la obligación del fiador se miden de acuerdo con lo específicamente estipulado [...], tal como señalan Arias Schreiber Pezet/Cárdenas Quirós, la fianza debe interpretarse siempre de una manera restrictiva, no solo en cuanto a la intención del fiador de constituirse como tal, sino en cuanto a la extensión de su garantía’.

Comentario: la casación citada por el tribunal es bastante pertinente al rescatar lo sostenido por Schreiber y Cárdenas. Los autores resaltan el carácter restrictivo que debe guiar la interpretación de las estipulaciones de la fianza. Por consiguiente, se encuentra sustentada nuestra postura según la cual las disposiciones del Código están diseñadas de tal forma que se brinda la tutela suficiente —o se intenta— para resguardar los intereses del fiador. En este caso, como menciona el citado fundamento, el texto de la fianza —y, nos permitimos agregar, supletoriamente las normas del Código Civil en lo aplicable— es el límite para la constitución de obligaciones del fiador, no pudiéndosele imputar más de lo que este expresamente aceptó.

Fundamento 19: La Casación 2821–2015/Lima, del 2 de mayo de 2006, indica que la norma contenida en el artículo 1873 del Código Civil ‘se encuentra referida primordialmente a la extensión de la fianza, la que no puede interpretarse de manera extensiva por su carácter oneroso, como así se ha establecido en reiterada jurisprudencia’.

Comentario: resulta interesante percatarnos del razonamiento del tribunal (citado por la casación)

en cuanto al motivo de la restricción a la interpretación extensiva de la extensión de la fianza. Dicho cuerpo no reconoce como motivo del requerimiento de interpretación restrictiva de la norma la protección y tutela de los intereses del fiador, sino el carácter oneroso de la prestación a la que este se obliga. Es decir, califica como epicentro de la interpretación de la extensión de la fianza a la cualidad patrimonial de la obligación del fiador.

Fundamento 20: Por otro lado, en cuando a las formalidades que debe observar este tipo de contrato, la Casación 347–96/Lima, del 13 de octubre de 1997, ha definido que ‘la fianza es un contrato que constituye una garantía personal, mediante la cual se afecta todo el patrimonio de quien le ofrece, por lo que nuestra legislación le reconoce en el artículo 1861 del Código Civil su carácter de solemne, es decir que debe constar por escrito bajo sanción de nulidad, no pudiendo presumirse su aceptación ni sus alcances’. En coherencia con ello, la Sala Civil Transitoria, en la Casación 2126–2002/Lima, del 23 de enero de 2003, ha precisado que ‘si el contrato de fianza ha sido suscrito en blanco, carece de un elemento esencial como es la manifestación de voluntad, por lo tanto es nulo’.

Comentario: las citadas casaciones muestran una clara línea jurisprudencial de entendimiento del requisito *ad solemnitatem* que nuestra norma exige al contrato de fianza: la forma escrita. Como ya nos hemos encargado de analizar, la inatención a este requisito de validez conllevará a la nulidad de la fianza, arriesgando, así, la relación con el acreedor y la protección de la obligación principal.

Fundamento 21: Sobre la base de la normativa y jurisprudencia citadas, resulta claro que el propio Código Civil ha realizado una diferenciación en el tratamiento del tipo de obligaciones que se pueden garantizar mediante una fianza, como con las presentes o futuras y dentro de esta última, las determinadas o indeterminadas. Solo mediante la voluntad expresa del fiador, se podrá garantizar determinado tipo de obligación, así pues, no cabe lugar a interpretaciones extensivas, ni a que se presuma su aceptación ni sus alcances, y mucho menos será válido un documento firmado en blanco.

Comentario: al igual que en el fundamento 19, el tribunal, a través de esta casación, deja en claro la mala práctica que implicaría la interpretación extensiva de la extensión de las obligaciones del fiador, lo cual, como se ha explicado, no es incompatible con que este pueda obligarse de manera indeterminada, pero determinable.

De esta forma, hemos abordado la regulación que nuestro ordenamiento legal prevé para la institución jurídica de la fianza, a través de su manifestación como contrato civil y como carta bancaria. Asimismo, hemos abordado la discusión doctrinaria sobre las diferencias que separan a ambos conceptos, y nos hemos sumergido en el trato que los tribunales le han brindado a ambas figuras. Con este aporte, confiamos en haber sumado a la discusión nacional requerida para elevar la comprensión de estas garantías y mejorar el tratamiento que nuestros operadores jurídicos les otorgan. 🏛️

REFERENCIAS

- Arata Solís, M. y Alegre Porras, D. (2003). Comentario al artículo 1873 del Código Civil. En W. Gutiérrez Camacho, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas – Tomo IX Contratos Nominados, Gaceta Jurídica.
- Arteaga Reátegui, M. (2023). El rol del banco como intermediario financiero para la adquisición de inmuebles dentro del marco de desarrollo de proyectos inmobiliarios, *THĒMIS-Revista de Derecho*, 83, 303-318.
- Barchi Velaochaga, L. (2009a). Apuntes sobre la fianza en el Código Civil peruano, *Ius et Veritas*, 19(39), 3-64.
- (2009b). La “Carta Fianza Bancaria”: ¿Fianza? Una introducción a las garantías autónomas, *Advocatus*, 21, 71-98.
- Calderale, A. (1990). La fianza general en el Código Civil Peruano de 1984 y en los sistemas de derecho continental (Civil Law), *THĒMIS-Revista de Derecho*, 17, 77-80.
- Castro Trigo, N. (2003). Comentario al artículo 1872 del Código Civil. En W. Gutiérrez Camacho, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas – Tomo IX Contratos Nominados. Gaceta Jurídica.
- Giusti, A. (1998). La fideiussione e il mandato di credito. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* tomo III, *Giuffrè*.
- Gutiérrez Camacho, W. (2003). Comentario al artículo 1868 del Código Civil. En W. Gutiérrez Camacho, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas – Tomo IX Contratos Nominados. Gaceta Jurídica.
- Ortega Piana, M. A. (2001). Contratos nominados e innominados, típicos y atípicos, y su relación con las normas legales, *Ius Et Praxis*, 32(32), 97-110.
- Ortega Piana, M. A. (2004). Breve estudio sobre la fianza, *Advocatus*, 11, 125-152.
- Pineda Galarza, J. (2022). El riesgo legal en el sistema financiero: una mirada práctica a su naturaleza cualitativa y su impacto, *THĒMIS-Revista de Derecho*, 81, 43-61.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*. Legis Editores.
- Ugarte Carmelino, A. y Loaiza Porcel, A. (2023). El riesgo de financiamiento en la ejecución de infraestructura pública a través de contratos NEC 3 opción F. *Ius Et Veritas*, (66), 149-165.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Código Civil [CC]. Derogado, Ley 8305, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de agosto de 1936 (Perú)
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de abril de 2013, Casación 656–2012-Lima (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de septiembre de 2015, Casación 1500–2015-Lima (Perú).
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 25 de septiembre de 2017, Casación 4471–2016-Lima (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 21 de abril de 2016, Casación 2776–2015-Piura, (Perú).
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 28 de octubre de 2021, Recurso de Nulidad 1347–2019–Huánuco (Perú).
- Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 10108–2015 Lima, (Perú).