

# Las garantías del derecho de crédito y la reforma del Código Civil del Perú de 1984 (1)

*SUMARIO:* I. EXPLICACIÓN PREVIA.—II. UNA NECESARIA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.—III. ARRAS: a) LAS ARRAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984; b) LAS ARRAS CONFIRMATORIAS; c) LAS ARRAS PENALES; d) LAS ARRAS DE RETRACTACIÓN.—IV. FIANZA: a) DEUDA Y RESPONSABILIDAD; b) CONCEPTO DE FIANZA. ¿PAGO POR TERCERO? c) ¿GARANTÍA PERSONAL o REAL? d) ¿DEBE PROCEDER LA SUBROGACIÓN EN LA FIANZA?—V. LA PENA OBLIGACIONAL: a) DENOMINACIÓN; b) ¿MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD DE LA PENA? SISTEMA A ELEGIR.

## I. EXPLICACIÓN PREVIA

El presente ensayo no tiene por propósito un análisis dogmático de las distintas instituciones que pueden ser comprendidas dentro de la categoría de «garantías del derecho de crédito», sino más bien una evaluación crítica de algunas soluciones del Código Civil del Perú de 1984, respecto de determinadas figuras —evaluación que sustenta la necesidad de su modificación, lo que es materia de estudio por la Comisión oficial designada al efecto actualmente en funciones, la misma que tengo el honor de integrar— y que puede servir de referencia para los trabajos de reforma del Código Civil de Puerto Rico.

---

(1) El presente texto corresponde, con algunas modificaciones, a la ponencia presentada por el autor en el II Congreso de Derecho Civil organizado por el Colegio de Abogados de Puerto Rico y realizado en la ciudad de San Juan entre los días 3 y 5 de mayo de 2000.

## II. UNA NECESARIA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

El vocablo «garantía» reconoce diversas acepciones y aplicaciones en las distintas ramas del Derecho (2).

Puede concebirse como tal, en una comprensión amplia, cualquier mecanismo enderezado a proteger o asegurar la satisfacción del derecho de crédito. En este sentido, cabría encuadrar dentro de las «garantías» del derecho de crédito, los comúnmente denominados «efectos de las obligaciones», expresión ésta que comprende la ejecución forzada, la ejecución por un tercero, la pretensión indemnizatoria, la llamada acción subrogatoria, indirecta u oblicua, la facción de inventarios, la acción de fraude de los acreedores, usualmente conocida como revocatoria o pauliana, la declaración de insolvencia del deudor, la quiebra, etc.

A decir de ROBERTO DE RUGGIERO (3), «el concepto general de garantía comprende en sí todo medio con el cual se asegura al acreedor la exacta ejecución de la prestación. Cumplen esta misión con eficacia e intensidad diversos medios de carácter muy diferente. Algunos de éstos constituyen relaciones típicas de derecho real o personal, encaminadas a prevenir el peligro de una violación de la obligación por parte del deudor, y constituyen las formas más características del derecho de garantía en sentido estricto; tales son las garantías reales de la prenda y la hipoteca, las personales de la fianza y del aval cambiario. Mediante ellas, una determinada cosa mueble o inmueble es ofrecida por el deudor o por otros en su nombre en prenda o hipoteca al acreedor, o bien, un segundo deudor se adiciona con carácter subsidiario al primero de forma que el acreedor, en caso de insolvencia del obligado, pueda realizar su crédito con el valor de la cosa o dirigir su acción contra el fiador».

Añade que «también existen otras garantías reales que no generan en su titular un derecho de carácter real; tales, por ejemplo, los depósitos constituidos como caución de determinadas obligaciones, las arras, el derecho de retención, el contrato anticrético. La ley reconoce además a ciertos créditos determinadas cualidades que les hacen preferentes a los demás y sustrayéndoles al concurso y al consiguiente peligro de reducción, son satisfechos de modo preferente con el valor de un inmueble o de una cosa mueble: tales son los privilegios. Otras, como la pena convencional, constituyen una liquidación preventiva de los daños que pueden derivar del incumplimiento que asume una función de garantía también en cuanto refuerza el vínculo obligatorio».

---

(2) Cfse. ALBERTO J. BUERES y JORGE A. MAYO, «Lineamientos generales sobre las "garantías" de la obligación en el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 2. Garantías. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 1993, págs. 7 a 18.

(3) ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Tomo II, volumen primero. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1944, págs. 149 y 150.

Para DÍEZ PICAZO (4), «en sentido general, se denomina garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito. La garantía es una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o esta yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho. En el sentido anteriormente indicado, no puede ser considerada, a nuestro juicio, como una garantía en sentido propio la responsabilidad patrimonial del deudor o el poder que los acreedores tienen para ejecutar sobre los bienes del deudor su derecho de crédito. La responsabilidad del patrimonio del deudor no constituye, en rigor, ningún contenido especial del crédito, ni tampoco ninguna forma especial de refuerzo, sino que es algo inherente al crédito mismo, al que nada añade».

Y agrega: «Si la garantía es un refuerzo de la posición jurídica del acreedor, es claro que esto sólo puede ser conseguido ampliando el ámbito del poder jurídico del acreedor. Toda garantía consiste por ello en un nuevo derecho subjetivo o en una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar. Por ello, lo que en sentido económico pueden llamarse garantías, en sentido jurídico son, en puridad, derechos subjetivos o facultades con función de garantía».

Entendida la garantía en los términos restringidos propuestos, cabe distinguir entre las reales y las personales. Las primeras estarán referidas a un bien específico sobre el cual recae el gravamen, como sucede en los casos de la prenda y la hipoteca, habiéndose propuesto ampliar el concepto al punto de comprender entre ellas a figuras como el pacto de reserva de propiedad y las arras (5). Las segundas, en cambio, otorgan al acreedor una facultad que no involucra la afectación de un bien determinado, sino que puede hacerse efectiva directamente contra el deudor o un tercero.

A este respecto, en opinión de DÍEZ PICAZO (6), los modos básicos de las garantías personales son dos:

---

(4) LUIS DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta edición. Editorial Civitas, Madrid, 1996, págs. 395 y 396.

(5) En este sentido se señala que «pueden ser considerados también como garantías reales aquellos casos en que al acreedor se le atribuye la propiedad de una cosa determinada o la titularidad de un derecho (transmisión fiduciaria o *fiducia cum creditore*) o en que el acreedor se reserva la propiedad de la cosa que transmite hasta el completo cumplimiento de la obligación asegurada (por ejemplo, pacto de reserva de dominio en la venta a plazos). Por último, cabe hablar de garantías reales cuando lo que se confiere al acreedor son facultades posesorias o de prolongación o continuación de una situación posesoria sobre cosas determinadas o sobre una suma de dinero (arras, derecho de retención)» (LUIS DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, pág. 396).

(6) *Op. cit.*, pág. 397.

«1.º La atribución al acreedor de un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto con el deudor o en sustitución de éste: fianza, aval, solidaridad en función de garantía.

2.º La concesión al acreedor de una facultad subsidiaria contra el mismo deudor y la imposición a éste de una prestación adicional (pena convencional)».

Paso a desarrollar algunos aspectos que estimo de interés a propósito de tres figuras entre las nombradas: las arras, la fianza y la pena obligacional.

### III. ARRAS

#### a) LAS ARRAS EN EL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ DE 1984

A diferencia del Código Civil de 1936 que, sin identificarlas específicamente, se ocupaba de las arras confirmatorias y penitenciales regulándolas en un mismo título (arts. 1.348 a 1.350) (7), el Código vigente de 1984 se refiere a las arras confirmatorias, a las penales y a las de retractación, regulándolas en dos títulos separados: uno contempla las dos primeras categorías (arts. 1.477 a 1.479) y el otro la última (arts. 1.480 a 1.483).

#### b) LAS ARRAS CONFIRMATORIAS (8)

De acuerdo con FÉLIX HERNÁNDEZ GIL (9), «arras confirmatorias son aquellas que van dirigidas a reforzar de algún modo la existencia del contrato,

---

(7) Código Civil del Perú de 1936:

Artículo 1.348: «Las arras que se entreguen por uno de los contratantes al otro se reputarán dadas en señal de la conclusión del contrato».

Artículo 1.349: «Pueden las partes estipular el derecho de retractarse. En este caso, si se retractara la parte que dio las arras, las perderá en provecho del otro contratante; si se retractare el que las recibió, las devolverá dobladas».

Artículo 1.350: «No habiendo estipulación en contrario, las arras se considerarán como parte de pago de la obligación. Cuando por la naturaleza de la prestación estipulada, no fuese ello posible, deberán ser restituidas al tiempo en que el contrato sea ejecutado».

(8) Artículo 1.477 del Código Civil del Perú de 1984: «La entrega de arras confirmatorias importa la conclusión del contrato. En caso de cumplimiento, quien recibió las arras las devolverá o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación».

Puede advertirse que el texto encierra una contradicción. En efecto, ¿cómo es que aquél que recibió las arras podrá imputarlas sobre su crédito «en caso de cumplimiento»? Si la ejecución de la prestación ya se produjo —y en esto consiste el cumplimiento— lo único que cabe es restituir las arras, pues el crédito ya se extinguió. Ya no procede imputación alguna, que estará admitida sólo de manera previa a efectos de verificar precisamente el cumplimiento o contribuir a él.

(9) FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, *Las arras en el derecho de la contratación*. Acta Salmanticensia. Derecho. Tomo III, núm. 2. Universidad de Salamanca, 1958, pág. 77.

ya constituyan un signo o señal de haberse celebrado o un principio de ejecución».

Por su parte, Díez PICAZO (10) indica que la entrega de las arras confirmatorias, «cumple una función de señal de la celebración de un contrato o de prueba de su perfección». Y agrega más adelante que «ejercen una función probatoria: demuestran que el contrato se ha celebrado y ha comenzado a ser cumplido. Suponen un principio de ejecución del contrato y, por consiguiente, una prestación realizada en cumplimiento de una relación obligatoria».

A su turno, ARIAS SCHREIBER (11) indica que las arras confirmatorias «no vienen a ser sino la reiteración material de que las partes han concluido un contrato y en muchos casos representan un adelanto de la prestación cuya ejecución aún no se ha materializado. Ellas presuponen, en consecuencia, la celebración de una relación contractual que se refuerza a través o mediante un signo o señal».

De lo expuesto se concluye entonces que se atribuye a las arras confirmatorias la función de probar la celebración de un contrato. Ello explica que posteriormente a la concertación del acto, quien recibió las arras deba devolverlas o imputarlas sobre su crédito dependiendo, en este último caso, de la naturaleza de la prestación en que ellas consisten.

¿Qué sentido práctico conservan en nuestros días las arras confirmatorias?

Si como se ha indicado, su propósito es probar la celebración de un contrato, debe reconocerse que su función se agotará en el mismo momento de la concertación de aquél, pues corresponderá que se devuelvan a la otra parte de manera inmediata o se imputen al crédito. En tal caso, lo que propiamente se configurará será un pago a cuenta o, eventualmente, uno total, que no corresponde desnaturalizar, encubriéndolo bajo la denominación de arras, pues no guarda conformidad con la realidad: *ex re sed non ex nomine*. Lo que procede es, respetando la exacta naturaleza de las cosas, llamarlas por el nombre que propiamente les corresponde y no atribuirles calificaciones distintas que no contribuyen a una buena técnica jurídica, sino más bien a crear confusión (12).

(10) *Op. cit.*, pág. 405.

(11) MAX ARIAS SCHREIBER PEZET, con la colaboración de CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS y ANGELA ARIAS SCHREIBER MONTERO, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo I, Contratos: Parte General. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1998, pág. 334.

(12) Sobre el particular, MARÍA ELVIRA AFONSO RODRÍGUEZ (*Las arras en la contratación*. José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1995, págs. 137 y 138), señala que «si el término arras confirmatorias se utiliza para designar aquellas cantidades de dinero que, entregadas por un contratante al otro en el momento de constitución del vínculo, sirven para probar su existencia, careciendo en absoluto de eficacia punitiva del incumplimiento, hay que afirmar, sin más, que esta modalidad arral, así entendida, no es otra cosa que un residuo histórico, vacío de contenido, que no alcanza actualmente una configuración jurídica autónoma, por cuanto normalmente corresponden con la entrega de un anticipo o pago a cuenta del precio que realiza el comprador en el acto de celebración del contrato».

En un sistema como el peruano en el que la regla imperante, a propósito de las formalidades del acto jurídico, es que cuando la ley no haya establecido una específica puede usarse la que se tenga por conveniente (art. 143 del Código Civil), la misma que constituirá medio de prueba de su existencia, carece de sentido la subsistencia de las arras confirmatorias, temperamento éste que ha sido acogido por la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, por lo que se ha decidido su supresión.

Debe hacerse notar adicionalmente que las arras confirmatorias no cumplen con propiedad función de garantía alguna. A este respecto, participo de la opinión de Díez PICAZO (13) cuando señala que «su función de garantía no es otra que la que pueda suponer precisamente esta prueba de la conclusión de un contrato y expresión de ejecución como demostrativo de un propósito de obligarse contractualmente. Por ello, puede decirse que en realidad no constituyen verdadera garantía y que, cuando una cantidad es simplemente anticipada no por ello existen arras genuinas, como ha señalado F. JORDANO».

#### C) LAS ARRAS PENALES (14)

Es de advertir que, seguramente en atención a la carencia de una función de verdadera garantía, a las arras confirmatorias se les haya atribuido un efecto de pena obligacional.

No es extraño por ello que, por ejemplo, DE RUGGIERO (15), aludiendo a las arras confirmatorias, señale que «arras es lo que al celebrar un contrato, una parte da a la otra con la intención de perderla en beneficio del accipiente si la condición no se cumple; es una caución por el resarcimiento del daño en caso de incumplimiento y al mismo tiempo una señal o signo de haberse celebrado la convención, pudiendo también constituir un principio de ejecución. Son éstas las arras llamadas confirmatorias, que algunos incluyen en el concepto de pena convencional presentándola como una especie de ésta».

---

(13) *Op. cit.*, pág. 405.

(14) Artículo 1.478 del Código Civil peruano de 1984: «Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras».

Artículo 1.479 del mismo Código: «Si la parte que no ha incumplido la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales».

(15) *Op. cit.*, pág. 161.

En el caso peruano, el artículo 1.478 del Código Civil, que acoge la figura de las arras penales, reconoce como fuente legislativa el segundo párrafo del artículo 1.385 del Código italiano (16).

Comentando este artículo, MICCIO (17) señala que «estando al artículo 1.385, dos son bajo el perfil descriptivo los significados de la señal confirmatoria que parecen emerger de la voluntad del legislador, el primero es aquél de un pago a cuenta, de un parcial y anticipado pago efectuado por una de las partes; el segundo es una previsión eventualmente sustitutiva del resarcimiento del daño. De estos dos el primero es solamente instrumental del segundo, constituyendo este último, en cambio, el verdadero sentido del precepto. Usualmente los estudiosos vienen confundidos respecto al carácter real del pacto, por el hecho de que no ven a un deudor que se obliga a dar, sino una parte que da una cosa al momento mismo de la conclusión del acuerdo, y de este pacto transitan hacia la idea de un reforzamiento del crédito o de su tutela preventiva, pero no reflexionan que la intención del legislador es solamente proporcionar un instrumento de simplificación de la fase patológica de la relación, vale decir del incumplimiento. La primera prueba se encuentra en la última parte del primer párrafo del artículo 1.385, donde se lee que en caso de cumplimiento, la señal debe ser restituida o imputada a la prestación debida, lo cual vale decir que si la relación de crédito tiene un desarrollo normal, la señal no tiene función alguna concreta. Esta función toma cuerpo, en cambio, cuando una de las partes sea incumplidora...».

Las denominadas arras penales, en opinión de HERNÁNDEZ GIL (18), «son, en puridad, una especie de las confirmatorias que tienen como finalidad establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante la pérdida de las arras o su devolución doblada caso de incumplimiento».

---

(16) «1.385. Señal confirmatoria. Si en el momento de la conclusión del contrato una de las partes diere a la otra, a título de señal, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, la señal, en caso de cumplimiento, deberá ser restituida o imputada a la prestación debida.

Si la parte que hubiese dado la señal no cumpliera, la otra podrá rescindir el contrato reteniendo la señal; si por el contrario la incumplidora fuese la parte que la ha recibido, la otra podrá rescindir el contrato y exigir el doble de la señal.

Pero si la parte que no es incumplidora prefiriese demandar la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regulará por las normas generales».

Cabe formular al primer párrafo del artículo 1.385 del Código italiano, la misma observación planteada a propósito del artículo 1.477 del Código peruano (vid. *supra* nota 8).

(17) Citado por MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV. Segunda parte. Tomo VI. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1993, pág. 157.

(18) FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 7.

BUERES y MAYO (19) indican que las arras penales se pierden o se devuelven duplicadas, «no porque exista, en favor de las partes, una facultad de desistir del contrato, sino porque a raíz del incumplimiento (absoluto o relativo), esas arras juegan un rol de pena y de reparación. En tales condiciones, el instituto tiene una fuerte función garantizadora, pues dado el incumplimiento actúan como una suerte de cláusula penal compensatoria».

En el mismo sentido se pronuncia Díez PÍCAZO (20) cuando afirma que «las arras penales son las únicas que desarrollan una función estricta de garantía y presentan una indudable analogía con las cláusulas penales. La diferencia entre unas y otras estriba en que las primeras suponen promesa de entrega para caso de incumplimiento, mientras que las segundas suponen una entrega inicial que se destina a la otra parte para el caso de cumplimiento, con la promesa de entrega del duplo para la otra parte».

DE LA PUENTE Y LAVALLE (21) señala que «la naturaleza jurídica de las arras penales es, pues, la misma que la de las arras confirmatorias, esto es, ser un pacto accesorio al contrato principal que otorga a las arras entregadas el carácter de prueba irrefutable de la celebración de este contrato. Su única diferencia es que, en vez de constituir un refuerzo del contenido contractual, se concede a las arras el rol de ser una determinación convencional y anticipada de los daños reclamables en caso de incumplimiento del contrato principal».

A pesar de las opiniones transcritas, tampoco se justifica el mantenimiento de las arras penales por las razones siguientes:

Dado que las arras penales presuponen la existencia de las confirmatorias, al sostenerse la inutilidad de éstas y la procedencia de su supresión, como se ha explicado antes, la subsistencia de las primeras deja también de tener justificación al sustraerse su base.

Se afirma la cercanía existente entre las arras penales y la pena obligacional. A este respecto, debe hacerse notar que la pena, conforme al Código Civil del Perú (art. 1.346), es susceptible de ser reducida por el juez, a solicitud del deudor, cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida (22), reducción cuya procedencia no está prevista para el caso de las arras penales, lo que no resulta técnicamente congruente y puede prestarse a abusos de una u otra parte.

Las arras, a diferencia de la pena obligacional, no cubren el supuesto de la mora del deudor en el cumplimiento de la prestación a su cargo. Adicionalmente, las arras penales pueden resultar una cobertura insuficiente de los

---

(19) *Op. cit.*, pág. 28.

(20) *Op. cit.*, pág. 406.

(21) *Op. cit.*, pág. 187.

(22) Esta última posibilidad es la que contempla el Código Civil de Puerto Rico en su artículo 1.108 (3.133 LPRA).



daños efectivamente irrogados al acreedor en caso de incumplimiento total cuando tales daños fueran mayores en cuantía a la prestación en que consisten las arras, a diferencia del caso de la pena en que, al menos conforme al Código peruano, es posible el pacto de indemnización del daño ulterior (art. 1.341), lo que le permitirá al acreedor, si así lo prueba, la obtención de un mayor monto indemnizatorio.

En relación con este mismo asunto, se afirma la ventaja de las arras sobre la pena obligacional en la medida en que en las primeras se produce la entrega de un bien al tiempo de establecerse, a diferencia de la segunda en que la prestación en que ella consiste deberá ejecutarse recién una vez producido el incumplimiento.

Tal ventaja es sólo aparente, pues en todo caso se presentará únicamente cuando quien tenga en su poder las arras sea el perjudicado con el incumplimiento. Si en cambio lo es quien las entregó, éste seguramente tendrá que proceder a iniciar un proceso judicial para obtener la devolución de las arras dobladas.

De otro lado, debe llamarse la atención de que en el caso del Código Civil peruano, a propósito de la prenda, anticresis, hipoteca y derecho de retención (arts. 1.066, 1.096, 1.111 y 1.130, respectivamente), es nulo el pacto que autoriza al acreedor a hacer suyo el bien materia de garantía por el valor de ésta, aunque no se cumpla la obligación —pacto comisorio—, circunstancia que de hecho estaría admitida a propósito de las arras, configurándose así, también en este caso, un tratamiento disímil carente de justificación.

Si el propósito es asegurar debidamente el cumplimiento de la prestación de cargo del deudor, es razonable considerar que más eficiente resultará para ello la constitución de una garantía prendaria o hipotecaria o una fianza.

d) LAS ARRAS DE RETRACTACIÓN (23) (24)

Finalmente, a propósito de las llamadas arras de retractación, en el caso del Código Civil peruano, ellas proceden sólo en los contratos preparatorios y conceden a las partes el derecho de retractarse de ellos (art. 1.480).

---

(23) En opinión de Díez PICAZO, «la función de las llamadas arras penitenciales o arras de desistimiento no es de garantía. Sólo puede encontrarse un atisbo de esta función en la medida en que la onerosidad que significa la pérdida de lo entregado para quien hizo la entrega o la restitución del duplo para quien las recibió, actuará entre las partes como un medio de presión hacia el cumplimiento. Sin embargo, el núcleo central de esta figura es la facultad liberatoria o de desistimiento que constituye una facultad solutoria o facultad alternativa» (*op. cit.*, pág. 406).

(24) Código Civil del Perú de 1984:

Artículo 1.480: «La entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos».

A diferencia de otros ordenamientos legales, el Código peruano excluye la aplicación de este tipo de arras (conocidas en ellos como penitenciales) a los contratos en general, circunstancia que sí admitía el Código anterior de 1936 (art. 1.349) (25) (26).

Como explica ARIAS SCHREIBER (27), refiriéndose al artículo 1.480 del Código Civil, «este precepto, en su primera parte, no tiene antecedentes legislativos, pero responde a la filosofía del Código, orientada al cumplimiento de los contratos y al desaliento de los medios que faciliten el arrepentimiento de los contratantes. Es por esto que la retractación sólo es posible en el caso de los contratos preparatorios, pues en ellos todavía no se ha concretado la relación contractual final. En otras palabras, el propósito de esta restricción no es otro que fortalecer la contratación».

Conviene advertir que el Código vigente distingue dos modalidades de contratos preparatorios: el compromiso de contratar y el contrato de opción. Por el primero (art. 1.415), las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. En tal sentido, se hace necesario que las partes, posteriormente, se pongan de acuerdo en la concertación del menciona-

---

Artículo 1.481: «Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante. Si se retracta quien recibe la arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho».

Artículo 1.482: «La parte que recibe las arras puede renunciar al derecho de retractación».

Artículo 1.483: «Si se celebra el contrato definitivo, quien recibe las arras las devolverá de inmediato o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación».

(25) Vid. *supra* nota 7.

(26) El Código Civil de Puerto Rico se ocupa de esta clase de arras vinculándolas particularmente con el contrato de compraventa. Así, su artículo 1.343 (3.750 LPRA) señala: «Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas». La norma corresponde al artículo 1.454 del Código Civil español.

Una sentencia del Tribunal Supremo español, de 20 de mayo de 1967, señaló que «en virtud del principio de libertad que preside el sistema español de contratación, las partes del contrato de compraventa con gran frecuencia conciertan entregas dinerarias previas a la consumación con muy diversas finalidades: unas veces meros signos externos de perfección, otras veces como garantía o cláusula penal, otras llevando implícita una posibilidad de resolución onerosa para la parte que tome la iniciativa en el voluntario incumplimiento de estas entregas llamadas arras o señal; cuando están en el contrato cumplidamente previstas y no son contrarias a la ley, han de ser respetadas; pero cuando la expresión de la voluntad no aparece clara, ya sea por parquedad o confusión, han de ser objeto de interpretación conforme a las normas generales, y cuando, en definitiva, de dicha interpretación se puede deducir solamente la voluntad inequívoca de los contratantes de que medien arras en el contrato, sin especificar sus consecuencias, procederá la aplicación en forma supletoria del único precepto legal que bajo ese nombre regula la institución» (cit. por GABRIEL GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones F orales*, Tomo XIX. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, pág. 108).

(27) *Op. cit.*, pág. 343.

do contrato definitivo. En otras palabras, es indispensable un nuevo consentimiento.

En cambio, por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no (art. 1.419).

Planteados estos conceptos, debe concluirse que el artículo 1.480 ha incurrido en un exceso al autorizar la retractación «en los contratos preparatorios», pues debió hacer referencia exclusivamente al compromiso de contratar.

En el contrato de opción la declaración del concedente importa una oferta irrevocable a favor del titular de la opción. En ese orden de ideas, ¿cómo podría admitirse la retractación? Si pudiera retractarse libremente con propiedad, no estaría concediendo opción alguna. De otro lado, carece de sentido que el titular de la opción pacte la posibilidad de retractarse porque la celebración o no del contrato definitivo depende, por la naturaleza del contrato, de su sola declaración, pudiendo decidir libremente, esto es, sin condicionamiento alguno, por la no conclusión del contrato definitivo. Para ello será suficiente, por ejemplo, que deje transcurrir el plazo otorgado para el ejercicio de la opción sin hacer efectiva ésta.

En atención a lo expuesto, la Comisión Reformadora ha acordado que la entrega de las arras de retractación —que, por lo demás, serán las únicas que subsistan en el Código (esto es, obviamente, si prospera la reforma)— sea válida sólo en el compromiso de contratar.

#### IV. FIANZA

##### a) DEUDA Y RESPONSABILIDAD

Ha escrito ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (28), a propósito de la responsabilidad en el marco de la relación obligatoria, que ella «se halla constituida por el conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor». Y más adelante añade que «la responsabilidad refleja la total sanción que incorpora el ordenamiento jurídico al deber asumido. La sanción no consiste en hacer que necesariamente el deber se observe por el obligado, porque la conducta no es materialmente coercible; pero sí en preestablecer un conjunto de efectos jurídicos que son realizables mediante la adecuada intervención de los órganos judiciales».

---

(28) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid, 1983, págs. 73 y 74.

Y termina sosteniendo lo siguiente: «El deber de prestación y la responsabilidad, incluso en el aspecto patrimonial de ésta, coexisten. La responsabilidad no es una fase de la obligación en la que se penetra sólo a través del incumplimiento. Conforme al artículo 1.911 (del Código Civil español), del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros. Responde del cumplimiento, o sea, la responsabilidad se contrae, no porque ha incumplido, sino porque ha asumido el deber de cumplir. Pero, eso sí, la responsabilidad aparece subordinada al deber. El deudor no puede optar entre cumplir el deber o atenerse a las consecuencias de la responsabilidad. El no observar el deber supone incidir en una transgresión que pone en marcha la actuación de la responsabilidad».

Y es que, como señala BELTRÁN DE HEREDIA (29), «la obligación no va ni puede ir destinada a ser incumplida, sino, por el contrario, a que el deudor cumpla, que es, en definitiva, a lo que se comprometió».

Deuda y responsabilidad son elementos que marchan unidos entre sí, que se exigen mutuamente.

No obstante, no es infrecuente encontrar que los autores (30) se planteen la existencia de supuestos de débito sin responsabilidad, calificando como tal el caso de las obligaciones naturales y de responsabilidad sin deuda o sin deuda propia, comprendiendo en ese supuesto, entre otros, precisamente el caso de la fianza, que constituye una garantía personal, según la opinión generalizada de los autores, que importa la afectación de un comportamiento de un tercero al cumplimiento de una obligación principal ajena.

Del modo como se conceptúe la fianza dependerá la producción o no de determinados efectos. A este respecto, interesará particularmente referirse al tema de la subrogación que los Códigos consideran opera cuando el fiador honra la garantía prestada.

#### b) CONCEPTO DE FIANZA. ¿PAGO POR TERCERO?

El Código Civil de 1984 ofrece una definición de la fianza que difiere considerablemente de la que contienen otros Códigos.

En efecto, el primer párrafo del artículo 1.868 señala 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».

De esta definición resulta entonces que:

---

(29) Citado por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, S.A., Madrid, 1988, pág. 319.

(30) Cfse., por ejemplo: JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 313.

- La fianza se celebra entre el fiador y el acreedor.
- El fiador se obliga a cumplir determinada prestación, que puede ser de cualquier clase. *Nótese que el artículo no señala que el fiador se encuentra obligado a ejecutar la prestación que el deudor ha dejado de verificar.*
- El fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena.
- El fiador responde en caso de incumplimiento del deudor.

Estos rasgos, sin embargo, no se presentan con la misma claridad en todos los Códigos.

Así, el Código español (primer párrafo del art. 1.822) indica: «por la fianza se obliga uno *a pagar o cumplir por un tercero*, en el caso de no hacerlo éste».

El mismo texto aparece en los Códigos de Puerto Rico (art. 1.721, primer párrafo —4.871, primer párrafo, LPRA—), Panamá (art. 1.512, primer párrafo) y Honduras (art. 2.021, primer párrafo).

El Código de México D.F. (art. 2.794) señala: «La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor *a pagar por el deudor*, si éste no lo hace».

En los mismos términos se pronuncia el Código del Estado de Jalisco (art. 2.724).

El Código Civil para el Estado de Quintana Roo (art. 2.958, primer párrafo) establece: «La fianza es un contrato accesorio, generalmente gratuito, que debe formalizarse por escrito y por el cual el fiador *se compromete a pagar por el deudor* si éste no lo hace».

El de Cuba (art. 280.1) expresa: «En virtud de la fianza, una persona asume, frente al acreedor, la obligación de *cumplir en lugar del deudor* en caso de no hacerlo éste».

El francés (art. 2.011) indica: «El que se constituye en fiador de una obligación se compromete, para con el acreedor, *a satisfacer esa obligación*, si el deudor no la satisface por sí mismo». El mismo texto es reproducido por los artículos 2.011 de los Códigos de Bélgica y de República Dominicana.

El de Chile (art. 2.335, primer párrafo) señala: «La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor *a cumplirla en todo o parte*, si el deudor principal no la cumple».

El mismo texto aparece en los Códigos de Colombia (art. 2.361, primer párrafo), Ecuador (art. 2.262, primer párrafo), El Salvador (art. 2.086, primer párrafo) y Nicaragua (art. 3.653, primer párrafo).

El Código de Quebec (art. 2.333) contempla que «la caución (*suretyship*) es el contrato por el cual una persona, el fiador (*the surety*), se obliga ante

el acreedor, gratuitamente o a cambio de una remuneración, *a ejecutar la obligación del deudor si éste no la satisface*».

El Código de Luisiana (art. 3.035) establece: «Definición de fianza (*suretyship*). La fianza es un contrato accesorio por el cual una persona se obliga ante el acreedor *a cumplir la obligación de otro* ante el incumplimiento de éste».

El Código Civil y Comercial de Tailandia (Sección 680, primer párrafo) expresa: «La fianza (*suretyship*) es un contrato en el cual una tercera persona llamada fiador (*surety*), se obliga personalmente ante el acreedor *a satisfacer una obligación en la eventualidad de que el deudor deje de cumplirla*».

El Código de Japón (art. 446) indica: «Responsabilidad del fiador. Un fiador (*surety*) es responsable *de ejecutar la obligación en los casos en que el principal obligado incumpla*».

El Código de Uruguay (art. 2.102, primer párrafo) señala: «Fianza es la obligación de *pagar o cumplir por un tercero* en el caso de que éste no lo haga».

El de Guatemala (art. 2.100, primer párrafo) establece: «Por el contrato de fianza una persona se compromete *a responder por las obligaciones de otra*».

Un texto muy similar al mencionado en último término es el del artículo 916.I, del Código de Bolivia.

El Código de Costa Rica (art. 1.301) expresa: «El que se constituye fiador de una obligación, *se sujeta respecto del acreedor a cumplirla*, si el deudor no la satisface por sí mismo».

El Código de Brasil indica: «Se da el contrato de fianza cuando una persona se obliga por otra, respecto de su acreedor, *a satisfacer la obligación*, en el caso de que el deudor no la cumpla».

El de Venezuela (art. 1.804) señala: «Quien se constituye fiador de una obligación *queda obligado para con el acreedor a cumplirla*, si el deudor no la cumple».

El Código de Paraguay (art. 1.456) establece: «Por el contrato de fianza una parte se obliga accesoriamente respecto de la otra, *a cumplir la obligación de un deudor de éste...*».

El Código portugués (art. 627.1) expresa: «El fiador *garantiza la satisfacción del derecho de crédito*, quedando personalmente obligado ante el acreedor».

El Código alemán (art. 765, primer párrafo) indica: «Por el contrato de fianza *se obliga el fiador, frente al acreedor de un tercero, a responder del cumplimiento de la obligación del tercero*».

El Código suizo de las obligaciones (art. 492.1) señala: «Por la fianza, el fiador se constituye en *garante del deudor principal ante el acreedor para la satisfacción de la deuda*».

El Código argentino (art. 1.986) establece: «Habr  contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamen te por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesorial» (31).

Finalmente, el Código italiano (art. 1.936, primer párrafo) expresa: «Es fiador aquél que, obligándose personalmente ante el acreedor, garantiza el cumplimiento de una obligación ajena».

Como puede apreciarse, la mayoría de Códigos citados conciben a la fianza como un contrato en el cual el fiador constituye un tercero convencionalmente previsto para hacerse cargo de la deuda no satisfecha por el deudor.

En ese orden de ideas, producido el incumplimiento, el fiador queda obligado a cumplir la prestación del deudor antes que una prestación propia.

Esto se ve corroborado si confrontamos lo que expresan los artículos 1.991 y 1.992 del Código Civil argentino:

«La fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal».

«Cuando la obligación principal no tuviese por objeto el pago de una suma de dinero, o de un valor apreciable en dinero, sino la entrega de un cuerpo cierto, o algún hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, el fiador de la obligación sólo estará obligado a satisfacer los daños e intereses que se deban al acreedor por inejecución de la obligación» (32).

De esta manera, se exige que el contenido de la relación obligatoria de fianza está constituido, en principio, por una prestación idéntica a la que debe ser ejecutada por el deudor en el marco de la obligación afianzada.

En la doctrina se formula el mismo planteamiento. Así, por ejemplo, se sostiene que «en caso de que se afiancen obligaciones de dar cosa fungible, el fiador debe esas mismas cosas» (33).

---

(31) Debe destacarse que el Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio de 1998, en términos semejantes a los del artículo 1.868, primer párrafo del Código Civil peruano, establece en su artículo 1.486, primer párrafo, lo siguiente: «Definición. En el contrato de fianza una persona se obliga accesoriamen te por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento».

(32) La regla del artículo 1.982 del Código argentino ha sido mantenida en el proyecto de 1998. El segundo párrafo de su artículo 1.486 establece: «Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que sólo puede ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución».

El texto transcrito restringe contradictoriamente los alcances amplios del primer párrafo del artículo 1.486 (vid. *supra* nota 31), pues afirma que la prestación del fiador, en los casos que contempla, necesariamente se traducirá en una suma de dinero como materialización de la indemnización, descartando que tal prestación del fiador pueda revestir cualquier otra modalidad.

(33) JOSEFINA ALVENTOSA DEL Río, *La fianza:  mbito de responsabilidad*, COMARES, Granada, 1988, pág. 110.

Mientras que «si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa no fungible, la mayor parte de la doctrina científica afirma que la obligación del fiador se reduce a la satisfacción de los daños producidos por el incumplimiento de la obligación principal» (34).

No se advierte, empero, que el fiador puede obligarse por menos, con lo cual no se presentaría la identificación exigida entre la prestación del deudor y la del fiador.

Lo expuesto ratifica el hecho de considerarse al fiador como un tercero que ejecutará la prestación del deudor en caso de incumplimiento de éste. De lo contrario, no podría justificarse la exigencia de identidad entre la prestación del fiador y la del deudor.

Sin embargo, ¿por qué no asumir que lo que ocurre propiamente es que el fiador garantiza con una prestación propia de cualquier clase la ejecución de una prestación ajena?

En tal supuesto no habría el menor inconveniente en que el contenido de la relación obligatoria de fianza no guardara identidad con el de la obligación afianzada, ni tendría especial interés discutir sobre si tal circunstancia es factible o no en la fianza, como se detienen a evaluarlo los autores.

La relación obligatoria de fianza, que reúne todos los requisitos propios de una relación jurídica con contenido patrimonial (partes acreedora y deudora, vínculo jurídico, interés del acreedor, deber de prestación), es distinta de la relación obligatoria garantizada, si bien tiene el carácter de accesorio, con todas las consecuencias que de ello derivan.

El fiador es un verdadero deudor ante el acreedor respecto de una prestación propia que deberá satisfacer si el deudor no ejecuta la suya. El fiador es responsable del cumplimiento de la prestación que ha asumido en garantía de la ejecución de la prestación del deudor contraída por éste en el marco de la obligación principal.

La relación obligatoria de fianza se extinguirá por el cumplimiento de la prestación del fiador y también, por supuesto, en el caso de que se extinga la relación obligatoria principal.

Ahora bien, en caso de incumplimiento por parte del deudor de la obligación garantizada, el fiador deberá ejecutar la prestación que se comprometió a cumplir, la cual, si bien es cierto, podrá identificarse con la prestación incumplida, y tal vez eso sea lo frecuente, no necesariamente debe revestir tal condición, pues el fiador puede obligarse a un dar distinto de la entrega de una suma de dinero, a un hacer o, incluso, a un no hacer.

Pensemos en un contrato de obra donde la fianza se celebra en garantía del fiel cumplimiento de la prestación del contratista, que importa un hacer, y que tiene como contenido una prestación dineraria de cargo del fiador.

---

(34) *Op. cit.*, en nota anterior, págs. 112 y 113.



Puede decirse entonces, como lo hace DÍEZ PICAZO (35), que «normalmente la obligación del fiador es idéntica a la del deudor» y que «la prestación debida por el fiador es la misma y debe ejecutarse en las mismas condiciones», pero no sostener que necesariamente tiene que serlo y, por tanto, que el fiador deba obligarse a lo mismo que el deudor de la obligación garantizada.

En este sentido, constituye un acierto del Código Civil peruano, haber puesto de manifiesto que el fiador se obliga frente al acreedor con una prestación propia que puede ser de cualquier clase, apartándose de la generalidad de Códigos que dan a entender que el fiador cumple ejecutando necesariamente la prestación que asumió el deudor y que éste no verificó.

En consecuencia, debe descartarse la afirmación de que la fianza ejemplifica un supuesto de responsabilidad sin deuda, por cuanto el fiador es un verdadero deudor, un deudor en sentido estricto frente al acreedor, respecto de una prestación concreta y propia que deberá satisfacer de no ejecutar el deudor la que le compete.

c) ¿GARANTÍA PERSONAL o REAL?

La fianza es considerada la garantía personal por excelencia. Sin embargo, algunos autores la califican como garantía real. AMORÓS GUARDIOLA (36) sustenta este planteamiento partiendo de la idea de que «la garantía se obtiene ampliando la responsabilidad del patrimonio del deudor con un nuevo objeto que queda especialmente vinculado al cumplimiento en cuanto la fianza supone la afección de un patrimonio sucesiva y accesoriamente».

La fianza, en este orden de ideas, constituiría una garantía real en la medida en que un nuevo patrimonio se encuentra sujeto al cumplimiento de la obligación principal.

No obstante, es preciso advertir que el fiador no se obliga a someter su patrimonio en general en relación con el cumplimiento de una obligación ajena, sino, como se ha expresado antes, a ejecutar una prestación determinada, en caso de que el deudor no cumpla con la que le corresponde.

El contenido de la relación obligatoria de fianza es una prestación del fiador, esto es, una conducta determinada exteriorizada en un dar, hacer o no hacer. Dicho contenido no está dado por el patrimonio del fiador. Es de observar que el patrimonio del fiador no se ve afectado por el incumplimiento del deudor.

(35) *Op. cit.*, pág. 429.

(36) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1972-I, págs. 285 y 286.

De lo que no existe duda alguna es de que en caso de que el fiador no satisfaga la prestación a su cargo, el acreedor hará efectiva la correspondiente responsabilidad sobre la totalidad de su patrimonio, como ocurre en cualquier relación obligatoria donde el acreedor está amparado siempre por una garantía real genérica.

La responsabilidad patrimonial universal asumida por el fiador se presenta, en la relación obligatoria de fianza, en razón de su condición de deudor sujeto a un deber de prestación a favor del acreedor.

En cambio, como señala ALVENTOSA (37), en las garantías reales, «cuando se produce el incumplimiento de la obligación principal, el acreedor no se dirige contra el garante para que éste realice una prestación, sino que se dirige directamente sobre la cosa afectada al cumplimiento de dicha obligación».

d) ¿DEBE PROCEDER LA SUBROGACIÓN EN LA FIANZA?

La generalidad de Códigos reconoce que el fiador que paga se subroga en los derechos del acreedor: artículo 1.738, primer párrafo del Código Civil de Puerto Rico (4.912, primer párrafo LPRA); artículos 2.029 y 2.030 del Código argentino; 1.839, primer párrafo del Código español; 1.949 del Código italiano; 2.830 del Código mexicano del D.F.; 2.991 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo; 2.760 del Código del Estado de Jalisco; 284 del Código cubano; 2.029 de los Códigos francés, belga y de la República Dominicana; 507 del Código Suizo de las Obligaciones; 1.530 del Código de Panamá; 2.038 del Código de Honduras; 3.047 y 3.048 del Código de Luisiana; Sección 693, segundo párrafo del Código tailandés; 1.476 del Código de Paraguay; 2.114 del Código de Guatemala; 644 del Código de Portugal; 934 del Código de Bolivia; 1.651, 1.656, inciso 3, y 2.355 del Código de Quebec; 1.822 del Código de Venezuela; 2.132 del Código de Uruguay; 774 del Código alemán; 1.495 del Código brasileño; 1.668, inciso 3, del Código colombiano; 1.480, inciso 3, del Código salvadoreño; 1.563, inciso 3, del Código ecuatoriano; y 1.610, inciso 3, del Código chileno.

El Código peruano no se aparta de esta tendencia. Así, el primer párrafo del artículo 1.889 establece que «el fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor».

Nótese que el texto se refiere inapropiadamente al pago de *la* deuda, aludiéndose con esa expresión a la deuda de cargo del deudor de la obligación principal, cuando lo correcto hubiera sido hacer mención al pago de *su* deuda o de la deuda *a su cargo* para guardar concordancia con lo establecido en el primer párrafo del artículo 1.868.

---

(37) *Op. cit.*, pág. 7.

El denominado pago con subrogación, a decir de BUSTAMANTE ALSINA (38), «al sustituir la persona del acreedor por otro sujeto que hace el pago al deudor poniendo al solvens en la misma situación jurídica en que aquél se encontraba frente a su deudor, constituye un fuerte estímulo para concitar a los terceros a solventar deudas ajenas cuando consideren que alguna ventaja les reporta».

Se trata, entonces, de un mecanismo concebido para operar fundamentalmente en los casos de pago por tercero, si bien se admite, y ello está plenamente justificado, que opere también en los supuestos de pago por uno de los deudores solidarios o de prestación indivisible (art. 1.260, inciso 1, del Código Civil) y cuando es el propio deudor el que paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en la ley (art. 1.261, inciso 3, del Código Civil).

Sin embargo, la aplicación de la figura carece, a mi entender, de sentido en el caso de la fianza, si se conviene, como lo propongo, en que lo que hace el fiador es ejecutar una prestación propia, antes que ejecutar la prestación del deudor no verificada por éste. Una vez realizada la ejecución de su prestación por el fiador, es decir, el pago, la relación obligatoria de fianza debe entenderse extinguida.

Si al fiador no puede atribuírsele la calidad que ostenta un tercero que paga por el deudor, debe excluirse la aplicación de la subrogación.

Pero aparte de ello, la figura carece de sentido práctico si se aplica a la fianza, pues como es sabido, la subrogación autoriza al subrogado sólo al ejercicio de los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, *hasta por el monto de lo que hubiese pagado* (cfse. art. 1.262 del Código Civil). Adviértase, además, el hecho de que la subrogación procede con propiedad sólo respecto de relaciones obligatorias que versan sobre prestaciones dinerarias o de bienes fungibles y consumibles y no respecto de otro tipo de prestaciones, aun cuando pudiera pensarse que tiene alcances más amplios. Así, ¿qué efectos podría producir la subrogación, por ejemplo, en el caso de que la obligación afianzada tuviera por contenido una prestación de hacer?

Ocurre, sin embargo, que el fiador puede haber incurrido en gastos al tiempo de ejecutar la prestación a su cargo o haber sufrido daños, todo lo cual no podría ser objeto de satisfacción a través de la subrogación, que sería insuficiente para amparar debidamente los derechos del fiador.

Para suplir esta deficiencia se consagró, junto con la subrogación, la acción de reembolso (cfse. art. 1.890 del Código Civil peruano) que autoriza al fiador a obtener el total de lo pagado por él, los intereses legales correspon-

---

(38) JORGE BUSTAMANTE ALSINA, «Naturaleza jurídica del pago con subrogación», en *La Ley*. Año L, núm. 222, pág. 12.

dientes, los gastos ocasionados y la indemnización por daños (cfse. el art. 1.737 del Código Civil de Puerto Rico (4.911 LPRA), así como los artículos 1.838 del Código español; 2.828 y 2.829 del Código mexicano del D.F.; 2.990 y 2.991 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo; 2.759 del Código del Estado de Jalisco; 2.028 de los Códigos francés, belga y de la República Dominicana; 1.529 del Código de Panamá; 2.037 del Código hondureño; 1.477 del Código paraguayo; 2.356 del Código de Quebec; 3.047 y 3.049 del Código de Luisiana; Sección 693, primer párrafo del Código tailandés; 933 del Código boliviano; 1.821 del Código venezolano, y 2.131 del Código uruguayo; 2.395 del Código colombiano; 2.120 del Código salvadoreño; 2.296 del Código ecuatoriano, y 2.370 del Código chileno) (39).

Empero, la existencia de esta segunda vía originó inevitablemente la discusión acerca de si es posible o no el ejercicio simultáneo de ambos derechos.

En mi opinión, la consagración de la subrogación a favor del fiador no tiene justificación y, por tanto, debe ser suprimida, debiendo contemplarse sólo 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 la fianza y la de la obligación principal, habiéndose satisfecho así el interés del acreedor, y procediendo sólo a hacer efectiva la responsabilidad contra el deudor.

## V. LA PENA OBLIGACIONAL

### a) DENOMINACIÓN

Es frecuente que se emplee indistintamente, para referirse a esta figura, las expresiones «cláusula penal», «obligaciones con cláusula penal» o «pena». Sin embargo, en mi opinión, la expresión más adecuada es «pena obligacional».

---

(39) Conviene mencionar, a propósito del Proyecto argentino de 1998 que, al igual que en el Código de Vélez Sarsfield (art. 2.030), en él se contempla sólo la subrogación del fiador, pero con un contenido ampliado, como resulta del texto del artículo 1.502 del indicado proyecto: «Subrogación. El fiador que cumple con su prestación queda subrogado en los derechos del acreedor y puede exigir el reembolso de lo que ha pagado con sus intereses desde el día del pago y los daños que haya sufrido como consecuencia de la fianza».

Sin embargo, la regla transcrita no guarda concordancia con el inciso b) del artículo 851 del mismo Proyecto que, a propósito de los efectos de la subrogación, señala: «Efectos. La subrogación transmite al tercero todos los derechos y acciones del acreedor

Con la primera, cláusula penal, se alude a la estipulación accesoria a un acto principal que contiene la pena. Sin embargo, como es sabido, la denominada cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior a ella, en forma separada, si bien con vinculación directa con la obligación principal. En este caso, hablar de «cláusula penal» resulta impropio.

La segunda —«obligaciones con cláusula penal»—, hace referencia a aquella obligación cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena. La tercera —«pena»—, sin estar unida a otro vocablo que la califique, tiene el inconveniente de emplearse con un sentido definido en otros ámbitos jurídicos, concretamente en el Derecho Penal.

La denominación «pena obligacional», en cambio, estará referida al mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria nacida de la ley —por lo que no sería propio hablar de «pena convencional» o «voluntaria»— o de la voluntad de las partes, constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor [o un tercero, según algunos autores y legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos —por ejemplo, cuando no colabora con el deudor a fin de que éste pueda verificar la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—] se obliga a ejecutar en caso de inejecución total o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal.

b) ¿MUTABILIDAD o INMUTABILIDAD DE LA PENA? SISTEMA A ELEGIR

Es necesario señalar que una de las cuestiones más controvertidas, a propósito de la pena obligacional, es la que se refiere a su mutabilidad o inmutabilidad, es decir, si puede o no ser modificada por decisión judicial cuando el deudor no ejecuta la prestación a su cargo de manera total.

Existe al respecto un importante debate doctrinario que ha trascendido a las codificaciones. En este sentido, puede observarse notoria diversidad de posiciones, a diferencia de lo que se presenta en el caso en que la prestación a cargo del deudor es ejecutada de modo parcial o irregular con aceptación del acreedor, donde la solución es uniforme. Efectivamente, en tal caso todos concuerdan en que la pena debe ser reducida **proporcionalmente**.

Por tal razón, las reflexiones siguientes estarán referidas sólo a la cuestión mencionada en primer término.

---

subrogado, y los accesorios del crédito, contra el deudor principal, sus coobligados y los garantes personales y reales, con las siguientes limitaciones: (...) b) *El subrogado sólo puede ejercer los derechos del acreedor hasta la concurrencia del valor de lo que ha desembolsado para liberar al deudor.* (...)».

Es notorio que la mayoría de códigos se inclina por el sistema de mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

El régimen vigente en el Perú no equilibra armoniosamente los intereses del acreedor y del deudor. El artículo 1.346 del Código Civil autoriza la reducción de la pena en caso de ser manifiestamente excesiva, pero no su aumento. Es cierto, como se mencionó anteriormente, que se contempla la denominada indemnización del daño ulterior, que en alguna medida atempera el problema, pero para pretenderla es indispensable el pacto previo y, por supuesto, la prueba posterior de los daños adicionales a cargo del acreedor. En otras palabras, si el acreedor no cuida en convenirla, no podrá exigir y obtener un mayor monto a título indemnizatorio, no obstante haber sufrido efectivamente y probado mayores daños.

El sistema de la mutabilidad absoluta al que me adhiero es cuestionado severamente, pues se considera que el hecho de autorizarse el aumento o reducción de la pena, a solicitud del acreedor o deudor, respectivamente, «parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba. Si la cláusula penal... se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en la mayoría de los casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto. Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes —con la misma libertad con la que concertaron la obligación, cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal— por un juicio complejo y costoso en que se objeta el valor de ese pacto. Pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía» (40).

Es exacto que la pena cumple una función indemnizatoria, pero no puede desconocerse al mismo tiempo que las partes contratantes no se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita afirmar categóricamente que contratan con la misma libertad. La tradicional idea de que existe una paridad jurídica de los contratantes no puede sostenerse más en nuestros días. Baste referir la discusión que suscitan los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales de contratación, en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado, siendo frecuente que una de ellas se vea obligada por necesidad a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder a los bienes o servicios que se le ofrecen y que usualmente se encuentran en manos de entes monopólicos.

---

(40) FELIPE OSTERLING PARODI, «Inmutabilidad de la cláusula penal», en *Derecho. Órgano de la Facultad de Derecho*, núm. XXIV. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1965, pág. 20.

Por ello el juez debe ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía privada.

En consecuencia, antes que hacer primar la pureza conceptual de una institución que, como resultado de una aplicación inflexible en el marco de la inmutabilidad absoluta, puede conducir a que se consumen abusos, debe tomarse partido por la justicia y la solidaridad y optar por la solución de la mutabilidad total de la pena, admitiendo, por consiguiente, tanto su aumento como su disminución, a pedido de parte. En este orden de ideas, la carga de la prueba recaerá sobre quien solicite el reajuste, es decir, el acreedor, para lograr el incremento, o el deudor, para obtener la reducción.

A este respecto, participo de la opinión de GORLA cuando señala que «la sanción en su determinación y en su aplicación da lugar... a un problema de proporción o de justicia; incluso puede decirse que la justicia constituye la esencia misma de la sanción. De forma que cuando ésta, de manera directa o indirecta, se haya establecido convencionalmente, habrá que tener en cuenta el hecho de que ha sido establecida o aceptada por la libre voluntad de las partes, especialmente del promitente; pero sin llevar esta consideración hasta tal punto que haya que respetar totalmente una sanción convencional que, por su carácter excesivo o por la enorme desproporción en el momento de la aplicación, choque con las más elementales exigencias de la justicia» (41). En razón de las mismas consideraciones se justifica plenamente la procedencia del aumento de la pena cuando fuese diminuta.

Debe observarse que la reducción o el aumento ha de proceder sólo en la medida en que exista una ostensible diferencia entre la cuantía de la pena y los daños irrogados. No ha de bastar entonces la mera diferencia. Nótese, a este respecto, que los Códigos que contemplan la reducción o el aumento de la pena o ambos suelen exigir para ello la existencia de un «monto desproporcionado» (Código argentino, art. 656, segundo párrafo) o que la pena sea «manifiestamente excesiva o diminuta» (Código francés, art. 1.152, segundo párrafo), «desproporcionadamente alta» (Código Civil y Comercial de Tailandia, sección 383, primer párrafo), «manifiestamente excesiva» (Código paraguayo, art. 459) o «extraordinariamente alta» (Código alemán, art. 343, primer párrafo).

A la fecha, son pocos los Códigos que mantienen la tesis de la inmutabilidad absoluta de la pena, esto es, que niegan la posibilidad de modificación de la pena, aun cuando resulte manifiestamente diminuta o excesiva. Se trata de una posición en franca retirada. Es notorio que la mayoría de Códigos

---

(41) GINO GORLA, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Traducción y notas de comparación y adaptación al Derecho español por José Ferrandis Vilella. Tomo I. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, págs. 299-300.

se inclina por la mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

Algunos Códigos como el brasileño en su artículo 920 han intentado una solución distinta a la vigente hoy en Francia, conforme al artículo 1.152 del Código Napoleón, según el texto introducido por la Ley número 75-597, de 9 de julio de 1975, que autoriza tanto el aumento como la disminución de la pena (42).

El Código del Brasil establece que «el valor de la conminación impuesta por la cláusula penal no puede exceder el de la obligación principal».

En mi opinión, el establecimiento de límites máximos legales para la pena obligacional no resulta aconsejable, pues de ese modo pierde su carácter de compulsoriedad, dado que no incita al deudor a cumplir, y también se ve frustrada su función indemnizatoria, en razón de que no necesariamente cubrirá los daños que efectivamente haya sufrido el acreedor en exceso del valor de la prestación debida, si éste fuera, como lo es en Brasil, el límite legalmente establecido.

Por lo demás, como expresa PEIRANO FACIÓ (43), «en función de este límite y aun cuando en principio no debe admitirse la intervención judicial respecto de la determinación del *quantum* de la pena, los jueces pueden in-

---

(42) El Código Civil holandés establece lo siguiente en el artículo 94 de su Libro 6: «1. El juez puede reducir la pena estipulada, a requerimiento del deudor, si es evidente que la equidad así lo exige; el juez, sin embargo, no puede otorgar al acreedor menos que la reparación legal por la inejecución de la obligación.

2. El juez puede otorgar una indemnización suplementaria, a requerimiento del acreedor, si es evidente que la equidad así lo exige; esta compensación es adicional a la pena estipulada destinada a reemplazar la reparación legal.

3. Son nulas las estipulaciones derogatorias del párrafo 1».

Por su parte, el Proyecto argentino de 1998 establece lo siguiente:

«Artículo 1.645.—Reducción. El Tribunal sólo tiene atribuciones para reducir la cláusula penal si hay petición de parte interesada, en los siguientes casos:

a) Si la obligación fue cumplida parcialmente y reportó utilidad para el acreedor.

b) Si su monto resulta notablemente desproporcionado con relación al daño sufrido por el acreedor.

En ambos casos se toma en cuenta el interés del acreedor, de cualquier índole, en el cumplimiento de la obligación principal.

En los contratos discrecionales, la reducción puede ser excluida por estipulación expresa».

«Artículo 1.646.—Reparación mayor. El acreedor no tiene derecho a que le sean reparados los daños que excedan el valor de la cláusula penal, aunque pruebe la insuficiencia de lo pactado, salvo que:

a) Haya estipulado lo contrario.

b) El deudor actúe con dolo.

c) Su monto sea ínfimo.

d) Su estipulación importe soslayar la prohibición legal de excluir o de limitar la responsabilidad».

(43) JORGE PEIRANO FACIÓ, *La cláusula penal*. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, 1982, pág. 238.



tervenir en éste, reduciendo las penas que están por encima del límite dado y, en ciertos casos, apreciando cuál sea ese límite».

Como es de verse, aun en el sistema del límite legal, no es posible sustraerse a la eventualidad de que se promueva un proceso judicial en el que se discutan los alcances de la pena.

Otro problema se suscita cuando no puede determinarse claramente el valor de la prestación principal cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena, y por ello no resulta sencillo definir con certeza y confiabilidad si ésta se encuentra o no encuadrada dentro del límite legal, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en obligaciones con prestación unilateral (donación o suministro gratuito, por ejemplo) o en obligaciones con prestaciones recíprocas en que las prestaciones no tienen por objeto una suma de dinero (permuta, por ejemplo).

Los problemas se acrecientan si aun tratándose de una obligación con prestaciones recíprocas en que una de las prestaciones tiene por objeto una cantidad de dinero (compraventa, locación de servicios, obra, por ejemplo), la pena está constituida por una prestación de dar un bien cierto o por una de hacer o no hacer.

Producido el incumplimiento total, ¿puede descartarse acaso que en esos supuestos el deudor no podrá cuestionar la pena alegando que es excesiva, dada la fragilidad de los cálculos efectuados para su fijación? Definitivamente ello no será posible, siendo entonces inevitable someterse al arbitrio judicial, que es lo que teóricamente se deseaba evitar. Como consecuencia de lo anotado, puede incluso llegar a comprobarse que la pena es diminuta, no obstante lo cual no procederá su aumento.

En este orden de ideas, resultan plenamente fundadas las objeciones que formula CONTINENTINO (44), al comentar el artículo 920 del Código brasileño: «Resulta de este dispositivo que para ser aplicable la pena, se hace indispensable estimar previamente su valor, a fin de determinar si ella sobrepasa la obligación principal. Tal evaluación, sin una base cierta, resultante de cálculos en función de una precariedad notoria, cuya solución puede ser inevitablemente arbitraria, además de suprimir una de las ventajas de la pena, cual es la fijación previa extrajudicial de la indemnización, dificulta en vez de simplificar el proceso de liquidación de las pérdidas y daños».

Ponderando las distintas opciones que ofrece la cuestión, se opta en el proyecto de reforma del Libro VI del Código Civil del Perú por autorizar al juez, a solicitud del deudor o del acreedor, respectivamente, a reducir o aumentar equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o diminuta, siendo nulo todo pacto en contrario. En concordancia con ello, se suprime la indemnización del daño ulterior.

---

(44) Cit. por JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN, *Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1939, pág. 139.

Sin perjuicio de lo expresado, no puedo dejar de preguntarme si no tiene razón PALUDI (45) cuando señala «si, en realidad, no nos encontramos ante una figura jurídica que ha perdido vigencia, que respondía más a los fines de un derecho más acorde con otras épocas que a los de un derecho más actualizado. (...) Una concepción individualista y con fuerte preponderancia del principio de la "autonomía de la voluntad", es lógico que nutra el contenido de las reglas que gobiernan una sociedad de neto corte individualista, pero esa concepción plasmada en normas jurídicas no va a servir de igual forma para regir una sociedad basada en otras formas de vida que protegen mucho más los intereses colectivos que los individuales ya que, poco a poco, se verá superada por esas pautas sociales que marcan un rumbo diferente del sistema jurídico. (...) De tal manera entonces las figuras jurídicas que fueron inspiradas en órdenes sociales diferentes y que respondían a necesidades en otras épocas, van a verse desubicadas con la realidad social nueva y van a necesitar, en algunos casos, un reacondicionamiento, una reforma que les permita seguir siendo útiles a los fines perseguidos por una sociedad que se mueve con pautas diferentes; y en otros, no alcanzará ese reacondicionamiento y deberán ser eliminadas porque de lo contrario caerán en el "desuetudo". (...) Esto es lo que ocurre con la cláusula penal y su inmutabilidad. Al quitársele este último efecto y tratar de reacondicionarla o adaptarla a una sociedad con valores diferentes, pierde toda su eficacia y carece de sentido jurídico su utilización».

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS  
Catedrático de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad de Lima  
Académico correspondiente de la Academia Nacional  
de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

---

(45) OSVALDO C. PALUDI, «Replanteo de la función de la cláusula penal», en *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia y legislación sobre trabajo y seguridad social*, año XII, núm. 11, noviembre de 1970. Buenos Aires, pág. 584.