



Capítulo 22

Editores

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COLOQUIO DE IUSPRIVATISTAS DE ROMA Y AMÉRICA
CUARTA REUNIÓN DE TRABAJO



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

De las obligaciones en general
Coloquio de iusprivatistas de Roma y América
Cuarta reunión de trabajo

Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores

© Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-15834

ISBN: 978-612-4146-24-4

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200977

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

SOBRE EL CAPÍTULO DE «GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES» EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MARCO DE DERECHO DE OBLIGACIONES

Gunther Hernán Gonzales Barrón
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de San Martín de Porres
Universidad Inca Garcilaso de la Vega

1. GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Este trabajo constituye un comentario crítico del proyecto titulado «Garantía de las obligaciones», elaborado por Noemí Lidia Nicolau en el Coloquio de iusprivatistas Roma y América, el cual se abocó a la redacción de un Código Marco de Derecho de Obligaciones para América Latina.

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL DEUDOR: GARANTÍA GENÉRICA O IMPROPIA

Con carácter general, puede decirse que la *obligación* es la relación jurídica patrimonial que vincula a dos partes o centros de interés, en la cual, una de ellas, el deudor, se compromete a ejecutar una prestación valorable pecuniariamente a favor de la otra, el acreedor, quien tiene el derecho de forzar el cumplimiento o, en caso contrario, exigir el resarcimiento del daño, sin perjuicio de los otros mecanismos de tutela del crédito.

La sola existencia de la obligación se relaciona directamente con la llamada *responsabilidad patrimonial del deudor*, en virtud de la cual, todos los bienes de este último, que conforman su activo patrimonial¹, quedan expuestos a la pretensión

¹ Es necesaria la precisión, pues el *patrimonio* constituye el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que recaen en una persona. Siendo así, es obvio que el deudor no puede responder con sus obligaciones de deudor, en tanto estas no representan un activo que el acreedor pueda ejecutar para la satisfacción del crédito. En consecuencia, la responsabilidad del primero se circunscribe en sus bienes y derechos; esto es, en el activo patrimonial, mas no en el patrimonio.

del acreedor. La doctrina también denomina esta figura, con carácter fundamentalmente expresivo o metafórico, como *garantía patrimonial genérica*, pues en la hipótesis de incumplimiento, el acreedor se satisface con los bienes del deudor y no con su persona; por lo que, el patrimonio (*rectius*: activo patrimonial) constituye la *garantía* del acreedor. Nótese que el deudor no ha prometido un bien específico para concretar la garantía, sino que todos ellos quedan expuestos a la ejecución forzada (Zatti & Colussi, 2005, pp. 352-353). Así, surge la regla jurídica tan repetida en múltiples Códigos Civiles, pero no en el nuestro, que establece la responsabilidad del deudor mediante todos sus bienes presentes y futuros.

Es fácil advertir que la responsabilidad patrimonial del deudor, o garantía genérica, no agrega una especial protección del acreedor, sino que expresa la situación ya dada de la vinculación jurídica del primero frente al segundo². Por el contrario, las *garantías reales* o *personales* se caracterizan por ser un mecanismo adicional, especial, específico, añadido, si se quiere, *colateral*, que refuerza la satisfacción del crédito cuando el cumplimiento no se verifica de forma voluntaria (2005, p. 354).

La *garantía genérica* no se identifica con la *garantía propiamente dicha*, pues la primera es la consecuencia natural que se presenta en cualquier obligación; mientras tanto, la segunda es un derecho subjetivo adicional, o una facultad añadida, que se yuxtapone con el derecho de crédito (Díez-Picazo, 1995, pp. 395-396), para efecto de potenciarlo en orden a sus fines de cumplimiento de la promesa. Con toda claridad, la doctrina dice lo siguiente, sobre este tema:

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 (1995, p. 397).

Ahora bien, Nicolau explica la denominación de «Garantía de las obligaciones» de la siguiente manera en la breve exposición de motivos: «[c]omo introducción a la normativa proponemos que se aluda expresamente al principio general y básico de las garantías, según el cual el patrimonio de la persona es la garantía común de sus acreedores».

² La deuda que no estuviese coaligada con facultad legal de pretender el cumplimiento no podría asimilarse a una obligación civil, por cuanto no sería jurídicamente debido un crédito que estuviese confiado a la espontaneidad del cumplimiento del deudor (Breccia, 1991, p. 68). Por tanto, la ausencia de *responsabilidad patrimonial* («actuación forzosa sobre los bienes del deudor») es propia de las llamadas *obligaciones naturales*.

Pues bien: aquí se confunde la llamada *garantía común de los acreedores* con las *garantías en sentido técnico*, lo que representa una grave deficiencia, ya que, según hemos visto, el primero es un concepto distinto del segundo. No podemos, por tanto, bajo riesgo de incoherencia, mezclar las garantías genéricas o impropias con las específicas o propias.

Por tal razón, llegado a este punto, existen dos opciones: o rebautizamos el trabajo citado como «Responsabilidad patrimonial del deudor», para que ingrese la norma introductoria referida a la responsabilidad del obligado mediante todos sus bienes presentes o futuros; o, mantenemos el nombre pero eliminamos la regla jurídica en cuestión.

En nuestra opinión, el trabajo debería rebautizarse como «Responsabilidad patrimonial del deudor», en cuanto este es un tema transversal del derecho de obligaciones, connatural a él, y que merece la consagración normativa de una regla específica, que podría tener el siguiente contenido, de clara inspiración en el Código Civil italiano (artículo 2740):

Artículo 1. El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes y derechos patrimoniales presentes y futuros, salvo excepciones legales expresas.

La responsabilidad patrimonial del deudor se sustenta en los principios de universalidad (comprende todos los bienes), personalidad (afecta al deudor u obligado) e igualdad (todos los créditos se encuentran en pie de igualdad frente al deudor común, por lo que, en principio, no existe preferencia o privilegio para los distintos acreedores, pero la ley puede exceptuar esta regla.

Los principios de universalidad y personalidad están contenidos en el artículo 1 de esta ponencia alternativa, pero no el de igualdad, por lo que será necesario incluir una norma específica, también inspirada en el Código Civil italiano, cuyo tenor es el siguiente (artículo 2741):

Artículo 2. Los distintos acreedores tienen igual derecho para satisfacer sus créditos frente al deudor común, salvo las causas legítimas de preferencia crediticia.

Se consideran causas legítimas de preferencia crediticia a los privilegios legales y las garantías reales.

3. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE DISTINGUIR ENTRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL DEUDOR Y LAS GARANTÍAS

La precisión anterior no tiene ribetes bizantinos, como podría pensarse en forma apresurada; por el contrario, tiene importantes consecuencias prácticas.

Por ejemplo, la cláusula penal es una estipulación por la cual se fija anticipadamente el monto del resarcimiento que deberá pagar el deudor en caso de incumplimiento o mora. El objetivo de la penalidad es simplificar la prueba del daño, con lo que se compele al deudor para lograr el cumplimiento. Sin embargo, esta figura no es una *garantía* en sentido técnico, pues la responsabilidad patrimonial del deudor se concentra igualmente en su patrimonio. La cláusula penal es un medio de satisfacción del crédito, en cuanto establece un mecanismo que fuerza al cumplimiento mediante la eliminación de la carga probatoria de los daños. Sin embargo, esta cláusula no constituye un *medio adicional* de la responsabilidad patrimonial, que ya pesa de la misma forma sobre el deudor (Córdova Beltrán, 2007).

Un segundo ejemplo está relacionado con el capital social de las sociedades mercantiles. Desde una perspectiva contable, el capital es una cuenta del pasivo que representa el aporte de los socios. Esta cuenta tiene la característica de su contenido invariable, salvo los supuestos de aumento o reducción. Por tanto, el capital es una cuenta intangible del balance, lo cual implica que solo puede haber reparto de beneficios entre los socios cuando este se encuentre debidamente cubierto y los fondos distribuidos no alteren tal cifra. Sin embargo, esa obligatoriedad opera en el ámbito interno de los socios, pero no en las relaciones externas con los terceros. Siendo así, la intangibilidad es de eficacia contable y no vincula los bienes de la sociedad, que pueden ser objeto de libre disposición sin ninguna traba (Córdova Beltrán, 2008).

En forma casi coloquial, se dice que la intangibilidad del capital constituye una garantía de los acreedores, pues la ley establece una serie de *cautelae técnicas* a efecto de que los socios no se repartan entre sí el patrimonio de la sociedad antes de pagar las acreencias. De esta manera, la ley procura que el capital social se halle cubierto siempre con activos que superen al pasivo, por lo que se convierte en una cifra de retención a favor de los acreedores. No obstante, *el capital social es una garantía impropia*, que no tiene el carácter de garantía real ni personal. No es garantía real por cuanto los bienes aportados no quedan vinculados en forma directa con el fin de aseguramiento de las deudas sociales, ni los acreedores tienen un derecho de persecución; además, tampoco se trata de una garantía personal, en tanto no se añade un mecanismo especial (distinto a la sola obligación) que refuerce el crédito. Por ende, el acreedor no tiene la protección adicional (de otro patrimonio), como ocurre con la fianza o en el aval, que son las dos típicas garantías personales (Córdova Beltrán, 2008).

En resumen, el capital social no es una garantía, sino «el conjunto de aportes que realizan los socios con carácter intangible, y que se constituye en una partida del pasivo no exigible, la cual no se materializa en bienes o derechos, pero sí implica una especial vinculación de los socios con respecto a la cifra-capital». En palabras

de Ferri, el capital es una «entidad formal»³, pues carece de consistencia material sobre bienes concretos, pero que tiene especial relieve en el ámbito interno de la sociedad (organización) y en el externo (tutela impropia del patrimonio neto y, por consiguiente, de los acreedores) (2006). Es decir, el capital es la obligación que asume la sociedad para mantener un activo que sea superior al pasivo por la cifra mínima representada por el capital (Garrigues, 1987, p. 136). Es una promesa de los socios frente a los terceros, pero al fin y al cabo es una promesa más, que no añade la seguridad de un bien o de otro patrimonio.

En estos dos casos, cláusula penal o capital social, se habla de *garantías del acreedor*. Si ello fuera así, entonces deberían aplicarse las reglas del Código Civil, que establecen como consecuencia la decadencia del plazo, o el ejercicio de la excepción de incumplimiento, cuando el deudor no presta la garantía ofrecida. Nótese que en ambas hipótesis se trata de una noción técnica de *garantía*, sea real o personal, pero la norma no se aplica en el caso de una cláusula penal que se anula o de un capital social que es objeto de reducción. ¿Cuál es la razón? Que no son garantías.

Es conveniente, por ende, estar prevenidos contra el concepto amplio y anti-técnico de garantía, en el cual se incluiría cualquier otro mecanismo de facilitación del cobro, ya sean las denominadas *garantías impropias* o *genéricas*.

En tal sentido, es imperativo diferenciar la *responsabilidad patrimonial* del deudor de las *garantías especiales, propias* o *técnicas*.

4. ¿ES CONVENIENTE QUE EL CÓDIGO MARCO DE DERECHO DE OBLIGACIONES REGULE LAS GARANTÍAS?

Una vez que se separa la responsabilidad patrimonial del mundo aparte de las garantías, entonces surge la duda respecto de la necesidad o conveniencia de que el tema de las garantías personales y/o reales sea regulado en el Código Marco⁴.

Sobre el particular, la ponencia de Nicolau no dice mucho y parece sobreentender que las garantías reales y personales son institutos propios del derecho de obligaciones.

³ «La cifra del capital es una línea cerrada o círculo ideal trazado en el activo de la sociedad, que no acota bienes determinados, pero que impone a la sociedad la obligación de tenerlo siempre cubierto con bienes equivalentes a aquella cifra» (2006, p. 276).

⁴ La *garantía personal* se constituye cuando una nueva persona, distinta del deudor, se convierte también en obligado con todos sus bienes presentes y futuros para el cumplimiento de un crédito. Por el contrario, la *garantía real* vincula un bien concreto y específico a la satisfacción del acreedor; para ello, este tiene el poder de vender forzosamente el bien y cobrar su acreencia con el monto obtenido, a lo que se suma un derecho de preferencia para obtener dicho monto con prioridad sobre el resto de los acreedores del deudor.

Vamos por partes.

Las garantías personales originan el nacimiento de una obligación, accesoria o autónoma, que en nada se diferencia de cualquier otro deber, ya sea en su nacimiento, estructura o vicisitudes; por tanto, no existe razón alguna para que se regule un contrato cuya consecuencia es la producción de obligaciones, aunque tenga la particularidad de reforzar el cumplimiento de otro crédito.

El proyecto de Marco Común de Derecho de Obligaciones no regula las fuentes jurídicas particulares (contratos especiales), sino el resultado (relación jurídica). De este modo, si el proyecto no regula los tipos de contratos, entonces tampoco debe hacerlo con la fianza o las garantías personales en general. La razón es simple: la garantía personal produce una obligación, como cualquier otra, aunque obviamente se superpone con un crédito que refuerza; pero esa circunstancia en nada modifica que el negocio de fianza origine una obligación, que, en lo sustancial, se rige por las mismas normas generales sobre obligaciones de las que trata el proyecto.

En buena cuenta, el proyecto se basa en la idea de *neutralidad* de la obligación, por lo que no cabe que se regulen los distintos títulos contractuales que le han podido dar origen⁵.

Con relación a las garantías reales, puede decirse otro tanto. La prenda⁶ o la hipoteca, por ejemplo, no alteran ni modifican la obligación de la que dependen funcionalmente. En otras palabras, el crédito se regula de la misma forma con garantía real o sin ella, salvo algunas particularidades. En tal contexto, el Marco Común del Derecho de Obligaciones no debe incluir las garantías reales, por cuanto la relación jurídica que vincula al deudor y al acreedor es básicamente la misma, con el añadido de un colateral que no cambia su nacimiento, estructura y vicisitudes, por lo menos en sustancia.

⁵ «En oposición a las advertencias anteriores, se ha reafirmado, incluso recientemente, la «neutralidad» del concepto de obligación, sobre la base de la consideración de que la relación obligatoria constituye el modelo «típico» de relación, y de que su estructura se aplica aun fuera del derecho de las obligaciones —el cual está tratado, en el sistema italiano, en el Libro IV del Código Civil—, pues ella es objeto de aplicación tanto en el derecho de familia como en el derecho sucesorio, tanto en la materia de la propiedad y de los derechos reales cuanto en el derecho de la empresa y del trabajo. Es dado recordar, de igual forma, que es hoy es universalmente reconocida la idoneidad que tienen las obligaciones para penetrar en ordenamientos de diversa inspiración social o ideológica; al mismo tiempo, hoy es común pensar que incluso las obligaciones de la Administración pública son reguladas por el derecho común» (Giorgianni, 2003, pp. 179-180).

⁶ En el Perú, la *prenda* fue reemplazada por la *garantía mobiliaria*, según la ley 28677, del 1° de marzo de 2006, ciertamente inspirada en la figura análoga prevista en el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, que no es una ley, sino un modelo preparado por especialistas.

Téngase en cuenta, adicionalmente, que las garantías reales o personales son accesorios del crédito, por ello, estos no influyen en la obligación; por el contrario, esta tiene incidencia decisiva en las garantías.

Por lo demás, la ordenación de los Códigos Civiles más prestigiosos confirma esta postura. Así, el Código alemán regula las garantías reales en el libro dedicado al «Derecho de cosas»; mientras que la fianza se incluye dentro de los contratos típicos y no en la parte general del derecho de obligaciones. En el caso del Código italiano, ocurre lo mismo respecto de la fianza; mientras que las garantías reales se localizan en el libro VI del Código, referido a la «Tutela de los derechos».

En resumen, las garantías reales o personales no tienen fácil acogida en la parte general de las obligaciones.

5. SOBRE LA UNIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS

La ponencia de Nicolau establece normas comunes para las garantías reales y personales, cuya justificación es la siguiente:

⁶Fuentes: la inclusión de las nociones de *derechos personales y reales de garantías* en un ordenamiento normativo que sirva de modelo jurídico para la armonización de los derechos nacionales coadyuva a la claridad. Para conceptualizar los derechos personales y reales de garantía se sigue la opinión de Luis Díez-Picazo y Doménico Barbero, y se toma como fuente también el artículo 2052 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

En nuestra opinión, el resultado de formular reglas generales para ambas categorías no es la claridad, sino la confusión y la inocuidad.

Las garantías reales se basan en la sujeción de un bien respecto del crédito, mientras que las personales presuponen la libertad de disposición del deudor, que puede gestionar libremente su patrimonio de la forma que crea más conveniente a sus intereses. La idea que subyace en el primer caso es la *sujeción* (de un bien del activo patrimonial), lo que entra en contradicción con la idea de *libertad* (sobre todo el patrimonio), que justifica el segundo caso. Por tanto, la base de uno y otro es distinta, por ello es difícil, sino imposible, encontrar reglas comunes, salvo que sean principios tan abstractos que de poco sirvan.

Un rápido análisis de la propuesta confirma esta impresión. Así pues, el proyecto se concentra en el principio de accesoriedad de la garantía y, en general, en expandir las reglas de la fianza.

Sobre lo primero, se olvida que la garantía personal puede contar con una mayor flexibilidad en relación con la accesoriedad, pues en la fianza se mantiene la libertad de gestión patrimonial del deudor, mientras que en la garantía real se afecta

y sujeta un bien específico, incluso en orden a las relaciones con terceros u otros acreedores; por ende, la accesoriedad debería ser más estricta. Por ejemplo, en el ámbito de las garantías personales es difundida la fianza *ómnibus*, pero la misma situación es de difícil aceptación en el caso, por ejemplo, de la *hipoteca*.

Sobre lo segundo, debe tenerse en cuenta que la fianza implica que un tercero se sobrepone a una obligación entre deudor y acreedor; mientras que en el ámbito de las garantías reales la figura del tercero no es esencial y ni siquiera lo es la hipótesis más frecuente. En efecto, recuérdese que la hipoteca puede constituirse por el propio deudor; por tanto, no existe un tercero. Es así que las reglas de fianza solo podrían expandirse a los casos de garantía real otorgada por un tercero, pero no cuando el garante y el deudor sean la misma persona. No obstante, esa extrapolación es discutible y produciría confusión.

Por ejemplo, ¿qué pasa con el plazo de la fianza?, ¿se aplica también a la hipoteca? La fianza se contrae por plazo determinado o indeterminado. En el primero, la fianza señala un plazo fijo, por cuanto el fiador se libera si el acreedor no exige notarial o judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo (artículo 1898 del Código Civil peruano). En el segundo, el fiador puede solicitar al acreedor que haga efectivo su derecho y demande al deudor, una vez que la obligación sea exigible. Si el acreedor no ejercita ese derecho dentro del plazo siguiente de treinta días, entonces el fiador queda liberado (artículo 1899 del Código Civil peruano) (Córdova Beltrán, 2007).

Con una regulación como la propuesta, ¿el acreedor hipotecario podría perder el derecho si se produce alguna de esas hipótesis? La solución lógica es la negativa, pues en el caso de las garantías reales, el garante ha cuantificado su pérdida máxima en el valor del bien, por consiguiente, su liberación es más difícil, máxime cuando el acreedor ha otorgado el crédito, hecho que se presume sobre la base de la hipoteca. Por el contrario, en la fianza, la pérdida del garante puede abarcar todo su activo patrimonial, sin cuantificación exacta en cuanto al riesgo; por ende, se facilita su liberación.

La misma situación se presenta con la pérdida del derecho de subrogación cuando esta se debe a causa imputable del acreedor (norma prevista en la propuesta), que se justifica así: «Esta norma se considera importante como instrumento de sanción a la mala fe de acreedor que puede, en colusión con el deudor, perjudicar al garante» (Comentario). Sin embargo, toda la lógica que se encuentra en la fianza, cuya indeterminación exige mecanismos especiales de liberación, no se traslada a la garantía real, pues el garante con un bien no puede quedar «liberado de su obligación» por una sencilla razón: el tercero que otorga una garantía real no es deudor.

En efecto, el tercero otorgante de hipoteca no es deudor u obligado, ni siquiera subsidiario, sino responsable. Se trata, por tanto, de un caso particular

de responsabilidad sin deuda, que se diferencia claramente de la fianza, pues aquí el fiador sí es deudor.

En conclusión, la forzada unificación de las garantías personales y reales produce principios tan generales que deviene en inocua (todas las garantías son accesorias) o constituye un atentado a la claridad (extrapolación de las reglas de la fianza, pero en un contexto diferente).

6. SOBRE UN MARCO COMÚN DE LAS GARANTÍAS PERSONALES

Este comentario crítico recusa que un proyecto armonizador sobre la parte general de obligaciones incluya reglas sobre las garantías y, también, cuestiona por añadidura, la pretensión unificadora de las garantías reales y personales bajo ciertas reglas comunes.

Sin embargo, ello no impide que reconozcamos la importancia creciente de las garantías personales en el tráfico económico nacional e internacional, con la creación, incluso, de figuras novedosas, como las *garantías abstractas, autónomas o de primera demanda*.

Por tanto, nuestra propuesta también pasa por fundar un grupo de trabajo, paralelo al que estudia la parte general de obligaciones, cuya finalidad sea la preparación de un proyecto normativo para América Latina sobre las garantías personales. De esta forma, el Coloquio de iusprivatistas concluiría su labor con dos documentos de trabajo, ambos de gran importancia para lograr el acercamiento de las legislaciones nacionales en el ámbito de la circulación de la riqueza por medio de las obligaciones y de las garantías que acuden en su refuerzo.

Distinto es el caso de las garantías reales, cuyos presupuestos impiden, por ahora, la meta de la armonización legislativa, pues, en esta materia, rigen principios vinculados con las particularidades de cada ordenamiento nacional, lo que hace realmente difícil que pueda avanzarse en procesos de unificación.

Así, las garantías reales, por su conexión con los derechos reales, se encuentran normalmente sujetas a los principios de tipicidad (solo la ley crea derechos reales) y orden público (mayor número de reglas inderogables por efecto de la regulación sobre los bienes). De igual manera, la necesidad del registro para conferir publicidad a las garantías, hace que sea necesario prever reglas sobre la organización, el funcionamiento y los efectos del registro público, lo que se encuentra fuertemente influenciado por las particularidades de cada una de las legislaciones internas, pues cada país ha moldeado su institución registral de acuerdo con sus propias necesidades, posibilidades e historia, lo que le otorga un fuerte tinte territorial.

En consecuencia, creemos que las garantías reales no deberían incluirse en el esfuerzo armonizador.

7. CONCLUSIONES

- La llamada *garantía genérica* es una simple consecuencia de la existencia de cualquier obligación y no constituye una garantía en sentido técnico, entendida como un mecanismo adicional o colateral que refuerza el cumplimiento de la obligación. Ambos conceptos son distintos y no pueden identificarse. No debe confundirse la *responsabilidad patrimonial del deudor*, en tanto el último responde con todos sus bienes presentes o futuros, con las *garantías reales o personales*.
- El Proyecto de Marco Común de Derecho de Obligaciones no debe regular las garantías personales por una razón muy simple: esta garantía produce una obligación, como cualquier otra, aunque obviamente se superpone con un crédito que refuerza; pero, esa circunstancia en nada modifica que la relación de fianza origine una obligación, que en lo sustancial se rige por las mismas normas sobre obligaciones de las que trata el proyecto. Por otro lado, el proyecto regula el fenómeno jurídico de la obligación, pero no el de los títulos particulares que le dieron origen. En suma, si el proyecto no regula los contratos típicos, entonces tampoco debe hacerlo con la fianza o las garantías personales en general.
- El Marco Común del Derecho de Obligaciones tampoco debe incluir las garantías reales, por cuanto la relación jurídica que vincula al deudor y al acreedor es básicamente la misma, con el añadido de un colateral que no cambia su nacimiento, estructura y vicisitudes, por lo menos en sustancia. Nótese, además, que las garantías son accesorias del crédito, por lo que aquellas no influyen en este.
- Por tanto, la séptima parte de este trabajo debería rebautizarse como «Responsabilidad patrimonial del deudor», en cuanto este es un tema transversal del derecho de obligaciones, connatural a él, y que merece la consagración normativa de una regla específica.
- El contenido normativo propuesto es el siguiente:

Capítulo VII: Responsabilidad patrimonial del deudor

Artículo 1. El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes y derechos patrimoniales presentes y futuros, salvo excepciones legales expresas.

Artículo 2. Los distintos acreedores tienen igual derecho para satisfacer sus créditos frente al deudor común, salvo las causas legítimas de preferencia crediticia.

Se consideran causas legítimas de preferencia crediticia a los privilegios legales y las garantías reales.

- La forzada unificación de las garantías personales y reales produce principios tan generales que deviene en inocua (todas las garantías son accesorias) o constituye un atentado a la claridad (extrapolación de las reglas de la fianza, pero en un contexto diferente). Las garantías reales se basan en la sujeción de un bien respecto del crédito, mientras las personales presuponen la libertad de disposición del deudor, que puede gestionar su patrimonio de la forma que crea más conveniente a sus intereses. La idea que subyace en el primer caso es la sujeción (de un bien del activo patrimonial), hecho que entra en contradicción con la idea de libertad (sobre todo el patrimonio) que justifica el segundo caso. Por otro lado, el tercero otorgante de hipoteca no es deudor, ni siquiera subsidiario, sino responsable. Se trata, por consiguiente, de un caso particular de responsabilidad sin deuda, que se diferencia claramente de la fianza, pues el fiador sí es deudor.
- Nuestra propuesta pasa, además, por crear un segundo grupo de trabajo con la finalidad de preparar un documento normativo de carácter armonizador sobre las *garantías personales*, pero no de las garantías reales, cuyos presupuestos están relacionados con las particularidades de cada legislación particular, por efecto de normas de orden público, tipicidad y registro territorial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Breccia, Umberto (1991). *Le Obligazioni*. Milán: Giuffrè.
- Córdova Beltrán, Flor de María (2007). Las garantías personales. *Jus Doctrina*, 11.
- Córdova Beltrán, Flor de María (2008). La función externa del capital social. En Córdova Beltrán, F. M. (comp.), *Derecho de sociedades y gobierno corporativo*. Lima: Grijley.
- Díez-Picazo, Luis (1995). *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Tomo II. Madrid: Civitas.
- Ferri, Giuseppe (2006). *Manuale di diritto commerciale*. Turín: UTET.
- Garrigues, Joaquín (1987). *Curso de derecho mercantil*. Tomo II. Bogotá: Themis.
- Giorgianni, Michele (2003). La «parte general» de las obligaciones a 50 años de la entrada en vigor del Código Civil italiano. *Advocatus*, II(9), 175 y ss.
- Zatti, Paolo & Colussi, Vittorio (2005). *Lineamenti di Diritto Privato*. Padua: CEDAM.