

Fianzas: de la accesoriedad a través de la solidaridad a su ejutoriedad directa de la obligación principal

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes a menos que sus condiciones sean contrarias a normas imperativas, orden público y buenas costumbres.

La Fianza es un contrato con el cual un tercero Fiador se obliga frente al Acreedor/Beneficiario a satisfacer la obligación del Deudor/Afianzado.

La definición de las condiciones de una Fianza pertenece a la esfera de la autonomía privada, a menos que una norma específica prohíba un tipo de fianza en particular.

Las condiciones contractuales definen las características de la misma que varían históricamente desde el carácter puramente accesorio de la obligación garantizada a la autonomía e independencia de la misma.

Según los Países toma el nombre de Fianza, Caución, Garantía.

Su importancia en el comercio, en la contratación de prestamos, de la cooperación internacional y en los contratos con la Administración Pública ha requerido la intervención del legislador en los Códigos Civiles y de Comercio y en las leyes Bancarias y de Seguros.

La exigencia siempre creciente de seguridad y fluidez en las relaciones comerciales ha favorecido la definición de Reglas Uniformes para la Ejecución de Garantías de parte de la Cámara de Comercio Internacional de París y las Normas de la Comisión de Derecho y Tratados Internacionales de las Naciones Unidas.

Estas normas que no son vinculantes para los Países, a menos de su adopción expresa, prevén mecanismos para ejecutar la fianza rápida e eficientemente y se resumen en una mayor independencia del Contrato Afianzado sobretodo al momento de la ejecución de la fianza en base al principio "solve et repete".

Así con la renuncia expresa al Beneficio de Excusión y de Orden se invierte de hecho la carga de la prueba del Beneficiario al Afianzador siendo suficiente su alegación que hubo un incumplimiento.

Por fin con la definición de ser a Primer Requerimiento ("on demand ") se completa la evolución de la Fianza desde ser solo accesoria de la obligación principal a ser autónoma de la misma, según una extensión que hay que precisar.

La expresión a Primer Requerimiento aplicada a la Fianza configura una expresión que une términos opuestos : la Fianza históricamente nace como sola obligación accesoria y en los siglos se independiza.

Se trata de un oxímoron implícito (del griego agudo y tonto) con la intención de generar un tercer concepto con un nuevo sentido que todavía ni el Legislador ni la Doctrina han definido en su totalidad.

Pero esta es la historia común del derecho comercial, del Ius Mercatorum, que en su forma moderna encontró su terreno fértil donde era máxima la autonomía privada y la libertad de negociar, como en aquellas áreas controladas por piratas e contrabandistas.

Hay un hilo rojo que liga los mercaderes de las islas griegas en la época de Aristóteles con los piratas del Caribe y de la Malesia de los siglos XVI y XVII y los Traders actuales en la formación del derecho comercial.

La autonomía de la persona se expresa como "Autóritas", fuente del derecho entre las partes donde no hay una Autoridad externa (Estado, Reinado) que discipline su ejercicio. Hablamos "de iure condendo" y no "de iure condito".

Actio, Agere, Actum

Las profundas transformaciones de la Garantía del Crédito en función de las exigencias de la globalización financiera y comercial ponen en discusión la característica de la accesoriedad de la Fianza. Pero no solo. El mundo de las Obligaciones en general exige una revisión. Además de la Fianza Institutos como la Solidariedad, la Novación y otros requieren de una perspectiva nueva adecuada a las exigencias de un derecho en fieri y no solo "de facto" contrapuesto al derecho positivo.

El problema nace de la visión puramente positivista del derecho respecto a la iusnaturalista. Pero el discurso nos llevaría lejos.

Roberto Degl' Innocenti