Citar ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/586/2015

Fianza ~ Generalidades

Autores: Leiva Fernández, Luis F. P.; Leiva Fernández Lucas P.
Título: Consideraciones sobre el contrato de fianza en el Código Civil y Comercial
Fecha: 2015-07-15
Publicado: SJA 2015/07/15-3 ; JA 2015-III

I. CONTENIDO ACTUAL DEL CONTRATO DE FIANZA

Según el art. 1574 del Código Civil y Comercial de la Nación, hay fianza cuando "una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento".

En su nueva regulación, la fianza sigue siendo un contrato neutro (1), es decir, que tanto puede ser oneroso como gratuito, caracterización que en parte de la doctrina mantiene el problema sobre su aleatoriedad o carácter conmutativo.

También sigue siendo abstracto, por cuanto "las relaciones causales que existan entre el deudor principal y fiador no son oponibles al acreedor"(2).

Y, desde luego, sigue siendo un contrato unilateral (3), ya que la norma señala que "una persona se obliga...". Sólo en el caso en el que el acreedor se obligase a cumplir una prestación a cambio de dicha fianza el contrato sería bilateral.

Por otro lado, existe un defecto de técnica legislativa, dado que hace alusión a la "persona" y no a la "parte". El fiador puede estar compuesto por una o más personas.

Al mencionar el art. 1574 que debe ser satisfecha la prestación, la regla no expresa que ésta debe ser igual a la que se obligó quien la incumple, vale decir, el deudor. Con ello queda claro que la naturaleza de la prestación del fiador no necesariamente debe ser la misma que la del deudor principal: el deudor puede haberse obligado a hacer algo, y el fiador tendrá que pagar en dinero el incumplimiento del deudor, si éste no cumple con su obligación de hacer, con lo cual, en este caso, la prestación del fiador es de dar dinero y la del deudor es de hacer, gran diferencia con el código de Vélez, que en su art. 1991 establecía que la "La fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal".

El mismo art. 1574 establece en su último párrafo que si el deudor incumple una prestación de dar cosa cierta, de hacer intuitu personae o de no hacer, el fiador sólo deberá responder por los daños que resulten de su inejecución. Cabe señalar que nada expresa respecto del incumplimiento del deudor de una prestación de hacer que sea posible de llevar a cabo por el fiador; por ende, cabe plantearse si nada dice el contrato: ¿deberá el fiador la obligación de hacer (que no es intuitu personae), dada la inejecución del deudor, o deberá dinero a consecuencia de la inejecución del deudor? (4).

Es sabido que la fianza establece una relación contractual entre acreedor y fiador a la que el deudor es ajeno, aunque lo cotidiano es que sea el propio deudor quien consiga un fiador. De cualquier manera, si no fuese así, sino que la fianza surja espontáneamente del algún allegado al deudor (o incluso la gestione el propio acreedor), la conformidad del deudor respecto del fiador es irrelevante, ya que es el acreedor quien busca garantizar su crédito. Y el deudor, en forma inmediata, sólo está interesado en quedar liberado de la deuda, en extinguir la obligación.

En el supuesto de que el deudor no aceptase al fiador y éste pagase, se aplicarán las normas de los arts. 881 (5) y 882 (6) del Código Civil y Comercial de la Nación, que regulan la ejecución de la prestación por un tercero y sus efectos.

Para ello, deben concurrir dos requisitos: a) la obligación no debe ser intuitu personae, y b) no se deberán oponer al pago tanto acreedor como deudor en forma conjunta.

Este último requisito no se aplica al fiador en virtud de ser un tercero interesado.

El fiador gozaría de dos acciones conforme al citado art. 882, para reclamarle el crédito al deudor una vez pagado al acreedor; ellas son: a) enriquecimiento sin causa, y b) subrogación por ejecución de la prestación por

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

un tercero.

Es cierto que por aplicación de las normas específicas del contrato de fianza —art. 1592— también se habilitan vías al fiador que satisfizo la prestación del deudor para resarcirse de lo pagado, pero no lo es menos que la vía específica del artículo citado habilita también al cobro de intereses, lo que no se advierte en los arts. 881 y 882 citados, que —por ende— resultan más propicios para el deudor, quien, para llegar a su aplicación, debería no aceptar, expresamente, al fiador.

Está también el tema de las otras garantías que pueda tener el crédito originario. Por ello parece acertada la decisión de modificar el art. 727 de Vélez Sarsfield, en cuanto expresaba que "El pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aun ignorándolo éste, y queda la obligación extinguida con todos sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago...".

El pago hecho por el fiador le permitía recuperar lo pagado; sin embargo, ello conllevaba que se extinguiese la obligación juntamente con sus accesorios y garantías, vale decir que el fiador no podía utilizar las garantías dadas en un primer momento por el deudor a su acreedor.

En cambio, el nuevo art. 882 del Código Civil y Comercial, cuando de forma explícita dispone que "La ejecución de la prestación por un tercero no extingue el crédito...", permite que el fiador utilice las garantías dadas por el deudor al acreedor, una vez que lo ha desinteresado.

El caso del fiador resistido por el deudor ya existía en el Código de Vélez (art. 2027), y también afectaba a las garantías, ya que el fiador carecía "del derecho a las medidas cautelares a adoptar contra el deudor principal en los casos mencionados en el art. 2026 (7) (embargo de los bienes del deudor solicitado por el fiador o exoneración de la fianza).

II. SITUACIONES QUE NO CONSTITUYEN FIANZA

El Código Civil y Comercial de la Nación recibe dos tipos de situaciones, a las que niega su caracterización como contrato de "fianza". Estas figuras, son: a) la "carta de recomendación"(8) o "Letter of Recomendation" y b) "el compromiso de mantener una determinada situación"(9).

a) Cartas de recomendación. Las calificadoras de riesgo

A través de la primera figura, se busca dar certeza de solvencia a quien procura créditos.

No es contrato de fianza y, por regla, aunque resulte inexacta la información o mala la recomendación y eso produzca un perjuicio, no genera responsabilidad, a menos que se lleve a cabo mediando dolo o negligencia. Son indemnizables los daños sufridos por la confianza generada a través de la apariencia.

El meollo del tema es la situación de las calificadoras de riesgo de inversión.

Cuando una entidad decide emitir deuda o buscar financiación, encarga a una calificadora de riesgo que la evalúe. La información que resulta sirve de guía a los inversores. Algunas calificadoras obtienen sus ganancias de los suscriptores a los que proporcionan información, otras preferentemente de los emisores de crédito.

Dan una opinión técnica independiente sobre la capacidad de repago en tiempo y de los distintos valores negociables colocados y negociados en los mercados, calificando según su solvencia, grado de riesgo de la inversión, margen de ganancia, etc. Las entidades que solicitan el servicio de calificación firman un convenio con la calificadora que eligen (10).

Es decir que algunas pueden tener una relación contractual con los inversores y otras no —aquellas que cobran del emisor de deuda—, e incluso las que cobran de los suscriptores pueden carecer de todo vínculo con el inversor no suscriptor.

En general, en la actividad realizada por las calificadoras de riesgo no hay un destinatario específico (como sí lo tienen las cartas de recomendación). Sin embargo, puede válidamente interrogarse si las calificadoras pueden asegurar "de otra manera"(11) "la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación".

También concurre la circunstancia de "dar crédito", ya que la acción típica del inversionista es justamente eso,

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

"dar crédito" a la empresa cuyas acciones adquiere.

El panorama se complica si la calificadora de riesgo califica positivamente generando confianza en los inversores, a través de: a) proporcionar información falsa a sabiendas; o b) proporcionar información falsa por negligencia, pues el art. 1581 prescribe que "...debe indemnizar los daños sufridos por aquel que da crédito o contrata confiando en tales manifestaciones..."(12).

La primera situación prevista consiste en proporcionar información falsa "a sabiendas", que en el Código remite a la noción de dolo como factor de atribución en los arts. 271 y ss.

La doctrina nacional, sobre la base de los arts. 2008 y 2009 del Código Civil derogado, similares al actual 1581, ha interpretado que la responsabilidad sólo existe cuando las recomendaciones hayan sido "dolosamente suministradas"(13); cuando se afirma la solvencia "con pleno conocimiento de que no existe"(14), es decir, "a sabiendas de que el destinatario del consejo, de seguirlo, se perjudicará"(15).

Sin embargo, el art. 1581 difiere de los dos derogados en que también habilita un segundo factor de atribución, la responsabilidad por negligencia o culpa, consistente en "la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión"(16).

Un enfoque posible consiste en establecerla entre quienes se generan las relaciones jurídicas previstas en el art. 1581.

Al parecer, en la norma, el que asegura la solvencia, probidad, etc., tiene un vínculo jurídico con el perjudicado a quien dirige su recomendación, asegurando la solvencia, probidad, etc., de un tercero que en definitiva no la tiene, sea que la recomendación se realice con culpa o dolo. Ese vínculo jurídico no será fianza —como expresa el Código—, pero sí una relación jurídica contractual que devendrá en hecho ilícito si la recomendación es eficaz para producir un perjuicio en el recipiendario, supuesto que exista nexo eficaz de causalidad.

La situación es diferente en el supuesto de las calificadoras de riesgo que carecen de todo vínculo con el inversor perjudicado.

Para este último supuesto —cuando no hay vínculo jurídico entre la calificadora y el damnificado— cabe la responsabilidad extracontractual, como sostuvo Lorenzetti respecto a las cartas de recomendación del derogado art. 2008, afirmando incluso que podía reclamar resarcimiento cualquier perjudicado, aunque no sea el destinatario de la carta (17).

Ése parece ser el espíritu del nuevo art. 1581.

Queda pendiente —para el ámbito contractual— lo referente a la validez de las cláusulas de exención de responsabilidad que se puedan insertar en contratos con inversores posteriormente perjudicados en las que puede resultar de utilidad lo normado en los arts. 1720 (18), 1743 (19) y 10 (20).

También —para el ámbito extracontractual— corresponde evaluar la validez de las advertencias de toda índole que suelen contener los informes emitidos por las calificadoras, que deberán juzgarse a la luz de las pautas del art. 1725 (21) (sucedáneo del derogado art. 902 del CCiv.) y los arts. 10, 1092 y ss.

b) Compromiso de mantener una determinada situación de hecho o de derecho

La segunda figura, consistente en mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho, es una novedad que no existía en el Código de Vélez.

No es considerada fianza, aunque su incumplimiento acarree responsabilidad, así lo establece el art. 1582 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuya fuente es el art. 1510 del Proyecto de 1998 (22), tomado a su vez del art. 1428 del Proyecto de 1993 del Poder Ejecutivo (23), que a su vez lo tomó del Proyecto de 1987 (ley 24.032, vetada por dec. 2719/1991) (24).

Borda (25) da como ejemplo el caso de quien se obliga a mantener bajo su dominio determinado bien como demostración de solvencia y luego lo enajena. Es una obligación válidamente constituida, que luego, al incumplirse, acarrea el "ilícito" por violación de lo acordado. Si consistía en "generar" la situación de hecho o de derecho, se debe estimar el valor de la prestación. Si, en cambio, se debía "mantener" la situación, se debe determinar y cuantificar el daño en virtud de la ruptura provocada al statu quo (26) . El instituto, sin duda,

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

responde a una realidad y como tal debe ser bienvenido (27).

Sin embargo, hubiese sido preferible establecer algún límite a dicha responsabilidad, para evitar que se utilice, mediando fraude a la ley (art. 12), para superar la cuantía afianzada.

c) Compromisos de mantener una determinada situación de hecho o de derecho que son inválidos

El Código Civil y Comercial establece limitaciones en cuanto a las modalidades que se pueden pactar. El art. 344 menciona las condiciones prohibidas de los actos jurídicos (28).

Tiene por no escritas las condiciones que limiten las libertades de la persona, v.gr., elegir domicilio, religión o decidir sobre su estado civil. Dicha ejemplificación es meramente ejemplificativa, dado que será el criterio judicial el que evalúe si las condiciones impuestas violan garantías constitucionales (29).

Existen condiciones tanto por el Código de Vélez como por el nuevo Código Civil y Comercial que rozan el límite de ser condiciones prohibidas y se encuentran en la parte especial de los contratos.

Un ejemplo es la supernacencia de hijos. En el nuevo Código Civil y Comercial, es un supuesto especial de revocación en la donación; por ende, se eliminó la doble interpretación doctrinaria que algunos le asignaban en el Código de Vélez, como si fuese una condición, es decir, cumplida la condición, que sus efectos se produjesen de puro derecho. A pesar de ello, si bien no produce los efectos jurídicos de una condición, sigue siendo una condición en sentido lato respecto al ejercicio de la revocación, pues, cumplido el hecho futuro e incierto de que el donatario tenga hijos, habilita al donante a revocar la donación.

III. OBLIGACIONES AFIANZABLES

a) Alcance del nuevo texto legal. Obligaciones de causa ilícita

En lo que respecta a las obligaciones que pueden ser afianzadas, el derogado Código Civil, en sus arts. 1988 (30) y 1993 (31), daba un amplio espectro de obligaciones afianzables. Podía afianzarse una obligación presente o futura, natural o civil, accesoria o principal, cualquiera sea su causa, aunque sea de un acto ilícito.

Respecto de esto último, se entendía que se afianzaban obligaciones nacidas de hechos ilícitos, v.gr., accidentes de tránsito. El problema se suscitaba cuando se buscaba afianzar obligaciones derivadas de un hecho ilícito a futuro, derivadas de un delito propiamente dicho, es decir, la existencia de un daño causado con dolo, aunque una parte importante de la doctrina atinadamente les niega validez, dado que es ilícito validar un contrato supeditado a la realización de un delito.

El nuevo Código, en su art. 1577, trata de las obligaciones que pueden ser afianzadas, dispone: "Puede ser afianzada toda obligación actual o futura, incluso la de otro fiador".

A pesar de su brevedad, la norma es cuestionable si se la compara con los dos artículos de Vélez mencionados ut supra. Existen varios interrogantes: qué tipo de obligación actual, ¿civil o natural, que parece haberse suprimido? ¿Accesoria o principal? ¿Puede o no provenir de una causa ilícita? La respuesta debe buscarse en la interpretación correcta de la omisión del nuevo Código, cualquier obligación por aplicación del aforismo "ubi lex not distinguit nec noc distinguit habemus".

Es cierto que se "añaden muy importantes precisiones que dan adecuada y conveniente protección al fiador. En efecto, el art. 1578 impone la necesidad de que se precise el monto máximo al cual se obliga el fiador, lo que brinda previsibilidad a la obligación asumida. Además, pone límite a la fianza futura, puesto que el fiador no se verá obligado a cubrir deudas contraídas por el deudor afianzado pasados cinco años de la fecha en que se obligó el propio fiador"(32), pero parece insuficiente frente a la laxitud de los términos del art. 1577. Doctrina y jurisprudencia lo modelarán.

En cuanto a si es posible afianzar una obligación cuya causa sea ilícita, parece atinada la siguiente distinción: si la obligación a afianzar ya existe, v.gr.: el deudor fue condenado en sede judicial, la obligación principal puede ser válidamente afianzada. Si se quiere afianzar una obligación futura proveniente de un hecho ilícito, si es derivado de un delito, entonces el contrato de fianza será nulo, pero no si deriva de un cuasidelito.

b) Quid del afianzamiento de obligaciones naturales. El deber moral

El Código Civil y Comercial ha eliminado por completo la obligación natural. En su art. 724 da una definición

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

de obligación única, y dado que la definida es susceptible de ejecución, se está refiriendo a la obligación civil. Por ende, únicamente serán afianzadas las obligaciones civiles a partir de que entre en vigencia el nuevo Código.

Para aquellos que se pregunten qué ha pasado con la obligación natural, cabe destacar lo dispuesto en el art. 728, Código Civil y Comercial, que legisla el deber moral disponiendo que lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible —es decir, lo que disponía el derogado art. 516 (33)—, lo cual no configura la obligación natural de la vieja usanza, no quedando claro si es posible utilizar este "deber moral" como excepción de fondo ante algún reclamo.

Subsiste, por ende, el interrogante sobre si puede afianzarse el cumplimiento de un deber moral, como lo autorizaba el derogado art. 518 (34), máxime frente a la laxitud de términos del art. 1577.

c) Afianzamiento de obligaciones accesorias. Las costas judiciales

En lo concerniente a si es posible afianzar obligaciones accesorias, el mismo Código Civil y Comercial, al establecer en su art. 1577 "Puede ser afianzada toda obligación... incluso la de otro fiador", establece la posibilidad de que las obligaciones accesorias —como la derivada de la fianza — puedan ser afianzadas.

Sumado a ello, el nuevo Código elimina la controversia originada en la nota al art. 1997 del Código derogado acerca de si, al afianzar una obligación principal, las costas del juicio son exigibles al fiador, como lo sostuvo la doctrina (35).

El Código Civil y Comercial decide el punto y en su art. 1580 prevé que "Excepto pacto en contrario, la fianza comprende los accesorios de la obligación principal y los gastos que razonablemente demande su cobro, incluido las costas judiciales".

Esta solución concuerda con lo previsto en el nuevo art. 1588, donde, al regular sobre la oponibilidad de la sentencia, se establece: "No es oponible al fiador la sentencia relativa a la validez o exigibilidad de la deuda principal dictada en juicio al que no haya sido oportunamente citado a intervenir". Si bien no hace referencia expresa a las costas, es sabido que las costas gravitan por su solo peso alrededor de la sentencia, dicho esto, si no le es oponible la sentencia, tampoco le serán oponibles sus accesorios, que son las costas (art. 163, inc. 8º, CPCCN).

IV. EFECTOS DE LA FIANZA: ENTRE FIADOR Y ACREEDOR

a) Beneficio de excusión: principio general

El beneficio de excusión mantiene su carácter proveniente del Código de Vélez, ahora desde el art. 1584.

Sigue siendo aquella nota característica de la fianza simple, el derecho que se concede al fiador de negarse a efectivizar la obligación afianzada, hasta tanto el acreedor haga ejecución de todos los bienes del deudor, procesalmente hablando, es una excepción dilatoria.

Debe ser invocada por el fiador en tiempo oportuno. El nuevo Código Civil y Comercial nada resuelve respecto de la necesidad de indicar los bienes del deudor que puedan ser ejecutables, manteniendo entonces la carga de procurar encontrar los bienes del deudor en cabeza del acreedor. Sin perjuicio de que la búsqueda será efectiva si logra acreditar, mediante oficios a distintos registros de propiedad, que el deudor carece de bienes registrables, destruyendo de esta forma la excepción del fiador. Se ha suprimido la referencia limitativa a la jurisdicción del juez que establecía el Código derogado, de suerte que los bienes a excutir son los de toda la República (36).

Se mantiene la excepción en el Código de Vélez Sarsfield (art. 2017) al principio de integridad de pago (37). El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 1583 (38), in fine, establece que el acreedor sólo podrá demandar al fiador por el saldo restante producido de la ejecución de los bienes excutidos.

b) Excepciones al beneficio de excusión

El nuevo Código Civil y Comercial establece en su art. 1584 ciertas excepciones al beneficio de excusión, según las cuales no podrá ser invocado:

1.— Si ha sido declarada la quiebra del deudor o se ha presentado en concurso preventivo

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

La referencia al concurso preventivo no estaba regulada por el art. 2013 del Código de Vélez Sarsfield. En el primer caso, el acreedor podrá cobrar del fiador su crédito, para luego presentarse ante la quiebra y hacer valer su crédito reclamando a la masa de la quiebra. En el segundo caso, podrá negociar en el período de exclusividad con el fiador el monto de su deuda.

2.— Si el deudor principal no puede ser demandado judicialmente en el territorio nacional o carece de bienes en la República

Este precepto y recibe la regla del art. 2014 del Código de Vélez Sarsfield, pero muy modificada. Este último artículo excluía de la necesidad de excutir los bienes que "estuviesen embargados por otro acreedor, o dependieren en alguna manera de otro juicio, no será necesaria la excusión de esos bienes para exigir al fiador el pago de la obligación".

El nuevo Código Civil y Comercial omite hacer mención del párrafo transcripto del derogado art. 2014, por lo que se entiende que, si se encontrase algún bien embargado o que dependiese de otro litigio, se deberá tener en cuenta como bien para excutir.

La norma del art. 2014 de Vélez Sarsfield había sido creada en la inteligencia de la incertidumbre del cobro del crédito (39). La referencia a bienes que "dependieren en alguna manera de otro juicio" se entiende como atinente a bienes cuyo derecho esté cuestionado en acciones petitorias, de división de condominio o partición de herencia. En tales casos es lógico que no se pueda actuar sobre esos bienes ni corresponde suspender el trámite de la fianza hasta que se dilucide la propiedad. Sin embargo, el nuevo Código los remite a excusión.

En síntesis, serán válidos los bienes a excutir por más que se encuentren previamente embargados o dependiesen de otro juicio, dado que el nuevo Código Civil y Comercial omite dichas limitaciones creadas por Vélez Sársfield.

3.— Si la fianza es judicial

Spota se refería a la fianza judicial en esos términos: "La ley admite que la fianza surja de un acto unilateral... Entendemos que se está ante la fianza que surge de la sola voluntad unilateral del fiador. O sea, que no nos hallamos ante un contrato. Tampoco ante la estipulación en favor de tercero. La aceptación del acreedor no trasforma a esa obligación de fuente unilateral en un contrato, como no lo es la caución judicial"(40).

Pese a que la llamada fianza judicial parece rechazada por los términos del art. 1574, sin embargo sigue mencionada en el art. 1584, inc. c), que la excluye del requisito de excutir.

Se perdió la oportunidad de ubicarla correctamente junto a otras garantías no reales.

4.— Si el fiador ha renunciado al beneficio

En este caso, siguiendo el art. 1590 del Código Civil y Comercial, al renunciar el fiador al beneficio, se convertirá en una fianza solidaria.

Concuerda con la norma de Vélez Sarsfield del art. 2003 (41). Como se ve, en la fianza solidaria se elimina el principio de subsidiariedad, pero no así el principio de accesoriedad mantenido en el art. 1574 (42). Viciada la obligación principal, el fiador podrá pedir su nulidad.

c) La denominación como "principal pagador"

El Código Civil y Comercial unificó la doctrina en esta cuestión.

Anteriormente, en el Código de Vélez, existían dos posiciones doctrinarias.

Una de ellas es la que negaba la existencia de los caracteres propios de la fianza y asimilaba el principal pagador al codeudor solidario. Y la otra era la doctrina de la fianza, según la que trataban al principal pagador como fiador (43).

El Código Civil y Comercial, en su art. 1591 (44), establece que aquel que se denomina como "principal pagador", aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario. Dicho esto, niega el carácter de mero fiador a quien se obliga como principal pagador, poniendo fin a este aspecto nominal de la

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

cuestión doctrinaria.

Sin embargo, es totalmente compartible la opinión de Borda sobre el fondo de la cuestión. Expresa: "Esta desafortunada norma parece ignorar lo que resulta evidente: que el fiador puede reclamar el cien por ciento de lo pagado contra el deudor, efecto este que no existe en la deuda solidaria. El tema es de una gravedad destacable" (45).

V. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR

a) Subrogación, aviso y defensas

En el nuevo Código Civil y Comercial se mantiene el principio de subrogación en el art. 1592 (46), correspondiente al art. 2029 del Código de Vélez (47).

El nuevo Código expresa que aquel fiador que cumple con su prestación quedará subrogado en los derechos del acreedor, pudiendo 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. Vale decir que le basta al fiador cumplir con su prestación para poder subrogarse, sin importar que el deudor esté de acuerdo o tenga conocimiento. Por otro lado, el fiador, siguiendo el principio de la buena fe, tiene el deber de avisar al deudor el pago que ha hecho de acuerdo al art. 1593 (48).

De la negativa a la conformidad o ausencia de conocimiento del deudor se desprenden las defensas. Similar al art. 2033 del derogado Código Civil (49), aunque se mejoró la redacción y se invirtieron los supuestos.

Ahora, si el deudor no prestase conformidad en cuanto al pago y el fiador pagase, entonces el deudor poseerá contra el fiador todas las defensas que tenía contra el acreedor, privando al fiador del derecho a subrogarse. Respecto de esto, el artículo adolece de un defecto: es manifiesta la irrelevancia de que el deudor se niegue a consentir el pago por parte del fiador, dado que no forma parte en la relación contractual y es su incumplimiento el cual legitima al fiador al pago (50). Lo trascedente es "el conocimiento del deudor y no su consentimiento, pues aunque el deudor se opusiera, el fiador está obligado a pagar"(51).

En el otro caso, si el deudor paga al acreedor, dada la ausencia de conocimiento del pago hecho por el fiador, éste tendrá acción de repetición únicamente contra el acreedor.

b) Derechos del fiador. Embargo. Se eliminó la exoneración de la fianza

En el art. 1594 (52) se establece que el fiador tendrá derecho a obtener el embargo de los bienes del deudor u otras garantías suficientes. Protege al fiador dándole un derecho de mayor extensión que el previsto en el Código de Vélez.

Éste, en su art. 2026 (53), permitía el embargo de los bienes del deudor o la exoneración de la fianza; sin embargo, limitaba el derecho del fiador en el art. 2027 (54), vedándole la posibilidad de embargar bienes del deudor si la fianza fue constituida contra la voluntad expresa de éste. En el Nuevo Código Civil y Comercial, dicha limitación desaparece.

En síntesis, el fiador podrá embargar los bienes del deudor cuya obligación afianza, sin importar si éste se opuso o no a la fianza, lo cual tiene sentido, ya que el deudor no forma parte del contrato de fianza y el derecho de embargo del acreedor reside en minimizar el riesgo de responder por la obligación afianzada.

Respecto de los supuestos de embargo, se agregan dos situaciones en las cuales el fiador podrá embargarle bienes al deudor, la primera reside en el art. 1594 inc. c), sucede cuando "el deudor se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace". Será de muy exigua aplicación por la dificultad de la prueba

La segunda situación está prevista en el art. 1594, inc. d), sucede cuando "han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso". Es la misma situación que preveía el derogado art. 2025 y que habilitaba la exoneración de la fianza. Pero nótese que, a pesar de que el nuevo art. 1594, inc. d), permite, además del embargo, la obtención de otras garantías suficientes bajo las circunstancias que enuncia, se eliminó del nuevo Código la exoneración de la fianza (55).

VI. EXTINCIÓN DE LA FIANZA

El art. 2042 del Código de Vélez (56) preveía que la extinción de la fianza a través de la extinción de la

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

obligación principal. El nuevo Código da por sentada dicha conclusión. Hay que remitir a los arts. 856 (57) y 857 (58), donde se trata la clasificación de las obligaciones principales y accesorias y su extinción.

El nuevo art. 1596 (59) prevé causales especiales de extinción de la fianza.

a) Inc. a): si por hecho del acreedor no puede hacerse efectiva la subrogación del fiador en las garantías reales o privilegios que accedían al crédito al tiempo de la constitución de la fianza

El primer inc. a) es similar al derogado art. 2043 (60); concurre cuando la subrogación del fiador, en las garantías reales o privilegios del crédito, no puede hacerse efectiva debido a un hecho del acreedor al tiempo de la constitución de la fianza, es decir, con anterioridad a ésta.

Básicamente ocurre cuando el fiador no puede aprovechar los privilegios o garantías reales que poseía el acreedor, al momento de constitución de la fianza, por culpa de un hecho de éste.

La gran diferencia, en este aspecto, con el Código derogado es que en su art. 2045 (61) preveía que la fianza se extinguiese en la misma proporción que la garantía cuya subrogación se hace imposible. Vale decir que la liberación del fiador se producía en proporción a la parte que no pudo ser subrogada en las garantías reales o privilegios del crédito (62). Tal omisión hace presumir que la fianza queda extinguida siempre de forma total y no proporcionalmente, como era en el Código derogado.

b) Inc. b): si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador

El segundo inc. b) del art. 1596 es análogo al art. 2046 del Código derogado (63). Concurre cuando se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación afianzada sin consentimiento del fiador.

El supuesto típico de aplicación concurre en la prórroga, renovación o continuación, bajo sus mismos términos (64), del contrato de locación. Está previsto en el art. 1225, que dispone: "Caducidad de la fianza. Renovación. Las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del plazo de la locación, excepto la que derive de la no restitución en tiempo del inmueble locado. Se exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita, una vez vencido el plazo del contrato de locación. Es nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original".

Proviene del art. 1582 bis (65), incorporado al Código ahora derogado por la ley 25.628.

La solución estaba firmemente asentada en la jurisprudencia (66) y avalada por la doctrina (67).

Nótese que, a diferencia del Código de Vélez, en el art. 1596 no se menciona que la prórroga debe ser hecha por el acreedor. Se eliminó la palabra "acreedor". Por ende, en el nuevo Código, cualquier prorroga a la obligación afianzada, sin el consentimiento del fiador y sin importar quién hizo la prorroga, acarrea la extinción de la fianza.

Merece destacarse, ya que el art. 960 del Código Civil y Comercial, por regla, expresa que "Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley...", es decir que si bien la regla general es que los jueces no pueden modificar las prestaciones de los contratos, si llegase a ser el caso de la regla especial y el juez prorrogase la obligación afianzada, si el fiador no prestase su consentimiento o callase al respecto, se entiende por fuerza de ley, conforme al art. 1596, inc. b), del nuevo Código, que la fianza queda extinguida, dado que no hace distinción alguna respecto del sujeto que hace la prórroga.

c) Inc. c): si transcurren cinco años desde el otorgamiento de la fianza general en garantía de obligaciones futuras y éstas no han nacido

El tercer inc. c) del art. 1596 es un nuevo supuesto de extinción sólo aplicable al nuevo instituto denominado "fianza general", que se tratará más adelante.

En lo concerniente a la extinción de dicho instituto, el Código establece que la fianza se extinguirá transcurridos cinco años desde el otorgamiento de la fianza general en garantía de obligaciones futuras sin que éstas hayan nacido aún. La idea es limitar, aunque sea en el tiempo, el riesgo del fiador, poniéndole un tope temporal a la garantía de obligaciones futuras.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

d) Inc. d): si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o deja perimir la instancia

Por último, el inc. d) del art. 1596 también es de nueva incorporación, y consiste en que la fianza se extinguirá si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o dejase perimir la instancia.

Su fundamento radica en que la inacción del acreedor no puede supeditar la liberación del fiador, una vez que la deuda le es exigida al deudor, dado que eso generaría incertidumbre. A su vez, la no diligencia eficaz por parte del acreedor en cuanto al mantenimiento vivo del proceso (perención de instancia) tendría como consecuencia la posible insolvencia del deudor, dado el tiempo transcurrido, privándolo del beneficio de excusión, de su derecho a embargo y maximizando el riesgo de responder por la obligación afianzada.

La norma que proviene del art. 1490 del Proyecto de 1998 "parece encontrar puntos en común con el art. 1957 del Código Civil italiano"(68).

Nótese que es necesario que el fiador primero interpele al acreedor, intimándolo a ejecutar su deuda una vez que ésta es exigida. A partir de dicha interpelación correrá el plazo de los sesenta días. Asimismo, cabe destacar que las causales especiales de extinción no hacen distinción respecto de si la fianza es simple o solidaria, por lo cual se deberán aplicar en ambos casos.

Por último, siendo causales especiales de extinción de la fianza, y teniendo en miras la protección del fiador y la limitación de su responsabilidad, no sería válida una cláusula que admita su renuncia o limite su utilización. Aquella cláusula sería nula de nulidad absoluta por violar el orden público impuesto para la protección legal del fiador.

VII. UN INSTITUTO NUEVO: LA FIANZA GENERAL

Por último, cabe tratar un aspecto que el nuevo Código Civil y Comercial introduce respecto de la posibilidad de afianzar obligaciones futuras: la "fianza general".

Si bien este tipo de fianza no había sido prevista por el Código de Vélez, en su art. 1988 se acercaba a esta nueva especie (69).

La fuente directa del nuevo art. 1578 (70) es el Proyecto de 1998, en su art. 1490.

Este tipo de fianza general, global u ómnibus, si bien es aplicable a toda la vida civil, generalmente se aplica en las operaciones bancarias, donde el fiador asegura el cumplimiento de las obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas, respecto de las operaciones que lleve a cabo el deudor con una institución de crédito (banco) (71).

He aquí un detalle importante: el código de Vélez, en su art. 1989, establecía que "La fianza de una obligación futura debe tener un objeto determinado...". Mientras que para el acreedor el objeto de la fianza es reunir solvencia para prevenir la inejecución de la deuda, para el fiador el objeto es siempre limitar su riesgo (72).

El Código Civil y Comercial sigue dicho razonamiento, expresándolo de forma nítida cuando la regula en su art. 1578: "Es válida la fianza general... en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador". La decisión es acertada, al restringir el riesgo del fiador hasta un monto máximo. Esto habilita que todas las obligaciones futuras, incluso indeterminadas a las que se obligue el fiador, sean afianzadas válidamente, siempre y cuando se establezca el monto máximo que deberá el fiador en caso de incumplimiento del deudor.

Queda claro que la limitación establecida por el legislador no sólo es un límite per se sino que, además, es un requisito constitutivo para este tipo de instituto. Esto es contrario al Código de Vélez Sarsfield, que en su art. 1988 establecía que "La fianza puede preceder a la obligación principal, y ser dada para seguridad de una obligación futura, sin que sea necesario que su importe se limite a una suma fija".

Luego se establecen dos limitaciones más. Primero, la fianza general no se extenderá a las nuevas obligaciones futuras contraídas después de los cinco años de otorgada. Es decir que las obligaciones nacidas transcurrido el plazo de cinco años no se encontraran englobadas dentro de las afianzadas.

Segundo, la fianza indeterminada en el tiempo cesará con la notificación al acreedor de su retractación; por

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

ende, toda obligación contraída luego de dicha notificación no se encontrará afianzada. Concuerda con el precepto legal de que nadie puede ser obligado eternamente.

Borda explica por qué no era posible la fianza general en la Argentina: "no es posible reconocerle validez a la fianza ómnibus... Ocurre que en ciertas ocasiones pueden dar lugar a verdaderos abusos, como los que a veces se advierten en:... a) el importe por el que debe responder el fiador... d) el límite temporal de la fianza"(73).

El Código Civil y Comercial trata ambos temas, estableciendo que para llevar a cabo la fianza general es necesario especificar el monto máximo al cual se obliga el fiador y establecer un plazo máximo de cinco años, dentro del cual sólo serán afianzadas las obligaciones contraídas en dicho plazo, evitando incurrir en los abusos citados ut supra.

(1) Spota, Alberto G. y Leiva Fernández, Luis F. P., "Instituciones de derecho civil. Contratos", t. VII, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, n. 1969, p. 370; Alterini, Atilio A., "Contratos. Teoría general", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 177.

(2) Spota, Alberto G. y Leiva Fernández, Luis F. P., "Instituciones...", cit., t. VII nro. 1969, p. 372.

(3) Spota, Alberto G. y Leiva Fernández, Luis F. P., "Instituciones...", cit., t. VII nro. 1969, p. 370; Alterini, Atilio A., "Contratos...", cit., p. 174.

(4) Borda, Alejandro, "Fianza", en Rivera, Julio C. (dir.), "Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 737, señala: "...no se prevé de qué manera el fiador queda obligado cuando el deudor principal incumple".

(5) "Art. 881.— Ejecución de la prestación por un tercero. La prestación también puede ser ejecutada por un tercero, excepto que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor, o hubiere oposición conjunta del acreedor y del deudor. Tercero interesado es la persona a quien el incumplimiento del deudor puede causar un menoscabo patrimonial, y puede pagar contra la oposición individual o conjunta del acreedor y del deudor".

(6) "Art. 882.— Efectos que produce la ejecución de la prestación por un tercero. La ejecución de la prestación por un tercero no extingue el crédito. El tercero tiene acción contra el deudor con los mismos alcances que:"a) el mandatario que ejecuta la prestación con asentimiento del deudor;"b) el gestor de negocios que obra con ignorancia de éste;"c) quien interpone la acción de enriquecimiento sin causa, si actúa contra la voluntad del deudor."Puede también ejercitar la acción que nace de la subrogación por ejecución de la prestación por un tercero".

(7) Spota, Alberto G. y Leiva Fernández, Luis F. P., "Instituciones...", cit., t.VII, nro. 1968, p. 369.

(8) "Art. 1581.— Cartas de recomendación o patrocinio. Las cartas denominadas de recomendación, patrocinio o de otra manera, por las que se asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no obligan a su otorgante, excepto que hayan sido dadas de mala fe o con negligencia, supuesto en que debe indemnizar los daños sufridos por aquel que da crédito o contrata confiando en tales manifestaciones".

(9) "Art. 1582.— Compromiso de mantener una determinada situación. El compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho no es considerado fianza, pero su incumplimiento genera responsabilidad del obligado".

(10) Ver www.cnv.gob.ar/EducacionBursatil/versionpdf/SociedadesCalificadorasDeRiesgo.pdf.

(11) Expresión utilizada en el art. 1581.

(12) "Art. 1581.— Cartas de recomendación o patrocinio. Las cartas denominadas de recomendación, patrocinio o de otra manera, por las que se asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no obligan a su otorgante, excepto que hayan sido dadas de mala fe o con negligencia, supuesto en que debe indemnizar los daños sufridos por aquel que da crédito o contrata confiando en tales manifestaciones".

(13) C. Nac. Com., sala C, 9/8/1968, "Bijovsky e hijo v. Williams y Cía.", LL 134-819, 62.810.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(14) Lafaille Héctor, clases publicadas bajo la dirección de Arturo Barcia López, "Los contratos en el derecho civil argentino", Ed. Imprenta Alsina, Buenos Aires, 1914, ps. 514 y 557; Piantoni, Mario A., "Contratos civiles", vol. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1975, p. 390; conf. además, Llerena, Baldomero, "Concordancias y comentarios del Código Civil argentino", t. III, Ed. Carlos Casavaille, Buenos Aires, 1888, p. 338.

(15) Salvat, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", t. III, 2ª ed., Ed. TEA, Buenos Aires, 1957, p. 243, nro. 1987.

(16) "Art. 1724.— Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos".

(17) Lorenzetti, Ricardo L., "Tratado de los contratos", t. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 493.

(18) "Art. 1720.— Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles".

(19) "Art. 1743.— Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder".

(20) "Art. 10.— Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto."La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

(21) "Art. 1725.— Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias."Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes."Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente."El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

(22) Proyecto de 1998, "Art. 1510.— Compromiso que no vale como fianza. No es considerado fianza el compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho, pero vale como obligación cuyo incumplimiento causará la responsabilidad del deudor".

(23) Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, realizado por la Comisión creada por dec. 468/1992, "Art. 1428.— Tampoco será considerada fianza el compromiso de mantener una determinada situación de hecho o de derecho, pero valdrá como obligación cuyo incumplimiento causará la responsabilidad del deudor".

(24) Proyecto de 1987, art. 2012: "Tampoco son fianza los compromisos por los que se asegure el mantenimiento de una situación de hecho o de derecho. En tales casos el otorgante queda obligado a la conducta prometida".

(25) Borda, Alejandro, "Fianza", cit., p. 737.

(26) Conf. Negri, Nicolás J., en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. IV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014 p. 742.

(27) Como concluye Borda, Alejandro, "Fianza", cit., p. 739.

(28) Tema tratado en el art. 531 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

(29) Conf. Grafeuille, Carolina, com. al art. 345, en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dirs.), "Código

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Civil...", cit., t. I, p. 781.

(30) Código de Vélez Sarsfield, art. 1988: "La fianza puede preceder a la obligación principal, y ser dada para seguridad de una obligación futura, sin que sea necesario que su importe se limite a una suma fija. Puede referirse al importe de las obligaciones que contrajera el deudor".

(31) Código de Vélez Sarsfield, art. 1993: "Toda obligación puede ser afianzada, sea obligación civil o sea obligación natural, sea accesoria o principal derivada de cualquiera causa, aunque sea de un acto ilícito; cualquiera que sea el acreedor o deudor, y aunque el acreedor sea persona incierta; sea de valor determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, pura o simple; a plazo o condicional, y cualquiera que sea la forma del acto principal".

(32) Borda, Alejandro, "Fianza", cit., p. 738.

(33) Código de Vélez Sarsfield, art. 516: "El efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado, cuando el pago de ellas se ha hecho voluntariamente por el que tenía capacidad legal para hacerlo".

(34) Código de Vélez Sarsfield, art. 518: "Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad de las obligaciones naturales, son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias".

(35) Borda, Alejandro, "Fianza", cit., p. 739.

(36) Conf. Borda, Alejandro, "Fianza", cit., p. 741, con cita de Rodríguez, Juan Pablo, "Contrato de fianza civil y comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 44, y Borda, Alejandro, "El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, nro. 53. Bien que —a fuer de sinceridad— en un país de estructura federal como la Argentina tal logro es muy dificultoso.

(37) Código de Vélez Sarsfield, art. 2017: "Si los bienes excutidos no produjeren sino un pago parcial, el acreedor estará obligado a aceptarlo, y no podrá reconvenir al fiador, sino por la parte insoluta".

(38) "Art. 1583.— Beneficio de excusión: ... Si los bienes excutidos sólo alcanzan para un pago parcial, el acreedor sólo puede demandar al fiador por el saldo".

(39) Borda, Alejandro, "El contrato...", cit., p. 179.

(40) Spota, Alberto G. y Leiva Fernández, Luis F. P., "Instituciones...", cit., t. VII, nro. 1965, p. 365.

(41) Código de Vélez Sarsfield, art. 2003: "La fianza será solidaria con el deudor principal, cuando así se hubiese estipulado, o cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión de los bienes del deudor, o cuando el acreedor fuese la hacienda nacional o provincial".

(42) Borda, Alejandro, "Fianza", cit., con más detalle destaca en la p. 740 que "han desaparecido importantes normas que hacen referencia justamente a ese carácter accesorio que hoy en día se le reconoce a la fianza. Me refiero a los arts. 1994, 2042, 2049 y 3997 del Código Civil. El art. 1994 dispone que la fianza no puede existir sin una obligación válida; el art. 2042 prevé que la fianza se extingue por la extinción de la obligación principal; el art. 2049 establece que la renuncia del acreedor al deudor principal extingue la fianza, y el art. 3997 dispone que la demanda interpuesta contra el deudor o su reconocimiento de la deuda interrumpe la prescripción contra el fiador".

(43) Conf. Rodríguez, Juan Pablo, "Contrato...", cit., p. 19.

(44) Art. 1591: "Principal pagador. Quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias".

(45) Borda, Alejandro, "Fianza", cit., ps. 741 y 742.

(46) "Art. 1592.— 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".

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(47) Código de Vélez Sarsfield, art. 2029: "El fiador que pagase la deuda afianzada, aunque se hubiese obligado contra la voluntad del deudor, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesión alguna. Esta disposición comprende los privilegios de la hacienda pública, tanto nacional como provincial".

(48) "Art. 1593.— Aviso. Defensas. El fiador debe dar aviso al deudor principal del pago que ha hecho. El deudor puede oponer al fiador que paga sin su consentimiento todas las defensas que tenía contra el acreedor; y si el deudor ha pagado al acreedor antes de tener conocimiento del pago hecho por el fiador, éste sólo puede repetir contra el acreedor".

(49) Código de Vélez Sarsfield, art. 2033: "Si el fiador hiciese el pago sin consentimiento del deudor, y éste ignorándolo pagase la deuda, el fiador en tal caso no tiene acción contra el deudor; pero le queda a salvo el recurso contra el acreedor. Si el fiador paga sin dar conocimiento al deudor, éste podrá hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor".

(50) Conf. Negri, Nicolás J., en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dirs.), "Código Civil...", cit., t. IV, p. 756.

(51) Borda, Alejandro, "Fianza", cit., p. 742.

(52) "Art. 1594.— Derechos del fiador. El fiador tiene derecho a obtener el embargo de los bienes del deudor u otras garantías suficientes si:"a) le es demandado judicialmente el pago;"b) vencida la obligación, el deudor no la cumple;"c) el deudor se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace;"d) han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso;"e) el deudor asume riesgos distintos a los propios del giro de sus negocios, disipa sus bienes o los da en seguridad de otras operaciones;"f) el deudor pretende ausentarse del país sin dejar bienes suficientes para el pago de la deuda afianzada".

(53) Código de Vélez Sarsfield, art. 2026: "El fiador puede pedir el embargo de los bienes del deudor o la exoneración de la fianza en los casos siguientes:"1. Si fuese judicialmente demandado para el pago;"2 Si vencida la deuda, el deudor no la pagase;"3 Si disipare sus bienes, o si emprendiese negocios peligrosos, o los diese en seguridad de otras obligaciones;"4 Si quisiere ausentarse fuera de la República, no dejando bienes raíces suficientes y libres para el pago de la deuda".

(54) Código de Vélez Sarsfield, art. 2027: "El derecho declarado al fiador en el artículo anterior, no comprende al fiador que se obligó contra la voluntad expresa del deudor".

(55) En opinión coincidente ver Ariza Ariel, "Contrato de fianza", en Stiglitz, Rubén (dir.), "Contratos en particular", Suplemento LL del 21/4/2015.

(56) Código de Vélez Sarsfield, art. 2042: "La fianza se extingue por la extinción de la obligación principal, y por las mismas causas que las obligaciones en general, y las obligaciones accesorias en particular".

(57) "Art. 856.— Definición. Obligaciones principales son aquellas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. Los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor".

(58) "Art. 857.— Efectos. La extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario.

(59) "Art. 1596.— Causales de extinción. La fianza se extingue por las siguientes causales especiales:"a) si por hecho del acreedor no puede hacerse efectiva la subrogación del fiador en las garantías reales o privilegios que accedían al crédito al tiempo de la constitución de la fianza;"b) si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador;"c) si transcurren cinco años desde el otorgamiento de la fianza general en garantía de obligaciones futuras y éstas no han nacido;"d) si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o deja perimir la instancia".

(60) Código de Vélez Sarsfield, art. 2043: "La fianza se extingue también, cuando la subrogación a los derechos del acreedor, como hipoteca, privilegios, etcétera, se ha hecho imposible por un hecho positivo, o por negligencia del acreedor".

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(61) Código de Vélez Sarsfield, art. 2045: "Cuando la subrogación a los derechos del acreedor sólo se ha hecho imposible en una parte, el fiador sólo queda libre en proporción de esa parte".

(62) Conf. Rodríguez, Juan Pablo, "Contrato...", cit., p. 57.

(63) Código de Vélez Sarsfield, art. 2046: "La prórroga del plazo del pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza".

(64) Art. 1218 del Código Civil y Comercial.

(65) "Art. 1582 bis.— 'La obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado."Se exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita del contrato de locación, una vez concluido éste."Será nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original".

(66) Conf. C. Nac. Civ., sala A, 9/10/1996, "Fachado, Ana M. v. Tietar S.A", LL 1997-C-186, DJ 1997-1-375; C. Nac. Civ., sala B, 10/4/1992, "Azar v. Zárate", LL 1993-B-; C. Nac. Civ., sala L, 26/6/1995, "Ros, Mercedes v. Riquelme, Víctor M.", LL 1996-B-32; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 23/3/1993, "Nelson Roca de Eiras, Edelmira y otros v. Halon, Narciso S. y otro", DJ 1993-2-446; C Civ. y Com. Rosario, sala 1ª, 29/5/1998, "Isola, Estela M. v. Picoli, María T.", LLL 1998-2-499; C. Nac. Civ., sala C, "Consorcio Las Heras 1643/57 v. Cafoncelli, Juan C.", 16/8/1994, LL 1995-A-83, DJ 1995-2-16; C. Nac. Civ., sala C, "Wlady S.A v. Tussie, Rafael y otros", 25/6/1998, LL 1999-F-769 (42.135-S), JA 1998-IV-484; C. Civ y Com. San Isidro, sala 1ª, 16/10/1986, "Leonardi de Fauque, Lucía B. v. Adomat, Ana M. y otro", DJ 987-I-39; C. Nac. Civ., sala F, 26/8/1996, "Sirlin, Isaac O. v. Garone, Francisco L. y otros", LL 1997-E-1033 (39.867-S); C. Nac. Civ., sala F, 29/5/1997, "Kuperschmit, Samuel v. Sistema Informático Múltiple S.A y otro", LL 1997-E-869; C. Nac. Civ., sala F, 25/8/1998, "David, Héctor G. v. Escobar, Héctor R. y otros", LL 1999-D-32; C. Nac. Civ., sala E, 7/9/1995, "Mosconi, Guillermina G. v. Destefano, Alberto J.",LL 1996-B-124; C. Nac. Civ., sala C, 8/5/1990, "Meraviglia de Dragone, L. y otros v. Dipamet S.A, LL 1992-C-152, JA 1991-I-20; C. Nac. Civ., sala B, 26/5/1999, "Cenizo de Ferrari, Sixta M. v. Di Lernia de Celis, Dora B. y otros", LL 2000-B-13, DJ 2000-1-1284; C. Nac. Civ., sala C, 8/5/1990, "Meraviglia de Dragone L. y otros v. Dipamet S.A", LL 1992-C-152. Comp. C. Nac. Civ., sala A, 16/11/1995, "Terka S.A v. Tamburelli, Jorge", LL 1997-A-160, donde el fiador se comprometió más allá del pago de los arriendos, jugándose que era inoponible el acuerdo de prórroga; íd., C. Nac. Civ., sala B, 26/4/1993, "Belada Hnos. S.R.L v. Di Silvestro, Francisco S. y otro", JA 1995-I-489, cuando el nuevo acuerdo no es incompatible con el original.

(67) Ver Leiva Fernández, Luis F. P., "La fianza en la locación (El nuevo art. 1582 bis del Código Civil)", LL 2002-E; íd., íd., Antecedentes parlamentarios, La Ley, año IX, nro. 9, octubre de 2002, ps.1893 y ss.; íd., íd., Revista Universitaria La Ley, año VI, nro. 1, febrero de 2004, ps. 1 y ss.; Spota, Alberto G. y Leiva Fernández, Luis F. P., "Instituciones...", p. 437; Leiva Fernández, Luis F. P., "La fianza en la locación, ante la Corte Suprema", LL 2004-D-85; Leiva Fernández, Luis F. P., "Ensayos de derecho civil y técnica legislativa", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 459 y ss. y 473 y ss.

(68) Borda, Alejandro, "Fianza", cit., p. 743.

(69) Código de Vélez Sarsfield, art. 1988: "La fianza puede preceder a la obligación principal, y ser dada para seguridad de una obligación futura, sin que sea necesario que su importe se limite a una suma fija. Puede referirse al importe de las obligaciones que contrajera el deudor".

(70) "Art. 1578.— Fianza general. Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas; en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los cinco años de otorgada."La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor".

(71) Conf. Negri, Nicolás J., en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dirs.), "Código Civil...", cit., t. IV, p. 737.

(72) Conf. Lorenzetti, Ricardo L., "Tratado de los contratos", cit., t. III, p. 501.

(73) Borda, Alejandro, "El contrato...", cit., p. 164.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados