

## El contrato de fianza en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Autor: Casares, Mónica –Fecha: 16-nov-2016

Cita: MJ-DOC-10377-AR | MJD10377

### Sumario:

I. Introducción. La necesidad de garantizar obligaciones. Garantías reales y personales. II. El contrato de fianza. Antecedentes históricos. III. Sus ventajas y desventajas. IV. Clasificación. V. Partes contractuales. El acreedor y el fiador. Capacidad. Objeto. Forma. Las cartas de recomendación. Compromiso de mantener una situación determinada. VI. Los modos de celebrar fianza. La fianza simple. Los beneficios de excusión y división, implicancias. Plazo. Defensas. Efectos de la sentencia. La fianza solidaria. El principal pagador. La fianza general. La fianza legal y judicial. VII. Efectos entre deudor y fiador. Subrogación. Aviso. Defensas. Embargos o garantías. VIII. Efectos entre cofiadores. IX. Extinción. Novación. Evicción. X. Conclusiones.

### Doctrina:

Por Mónica Casares (\*)

#### I. INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DE GARANTIZAR OBLIGACIONES. GARANTÍAS REALES Y PERSONALES

El mundo de los negocios requiere celeridad y eficacia. Y en oportunidades, esto se traduce en prever la posible existencia de incumplimientos o cumplimientos defectuosos.

Si bien las obligaciones generalmente se extinguen por su espontáneo cumplimiento, existen muchas oportunidades en las cuales esto no es así.

En ese sentido, se ha generado una fuerte costumbre de asegurar las obligaciones comprometidas a través de sucedáneos, avales o garantías. Estas pueden ser reales o personales. Confieren al acreedor un marco de seguridad, teniendo en cuenta que su crédito puede ser satisfecho, subsidiariamente, si no lo ha sido, a través del cumplimiento de una nueva obligación accesoria contraída.

Las garantías reales, por ejemplo la prenda y la hipoteca, confieren un derecho directo sobre la cosa, «jus ad rem», con todos los beneficios que ello aporta, «ius persecuendi» y «ius praeferendi» (derechos de preferencia y persecutorio), que garantizan al acreedor el cobro de su crédito. La responsabilidad contraída se centra exclusivamente en la cosa prendada o hipotecada, que es materia concreta de esta garantía.

En cambio, en las garantías personales, tal el caso de la fianza, el deudor responde personalmente, es decir, con todo su patrimonio, no obstante haber manifestado garantía de solvencia al denunciar algún bien que se encuentra dentro de él.

Muchas son las operaciones principales que implementan este contrato accesorio y subsidiario. Tal sería el caso de garantizar obligaciones derivadas del contrato de locación de cosas inmuebles, cuentas corrientes bancarias o el contrato de franquicia comercial, entre otros.

Asimismo, la accesoriedad del contrato hace que este siga la suerte de su principal. En principio, todo lo que suceda con el contrato principal arrastrará por conexión a este contrato accesorio.

## II. EL CONTRATO DE FIANZA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Se encuentran antecedentes de este contrato desde tiempos muy antiguos. Algunos lo encuentran en Babilonia, y en ciudades mesopotámicas. El derecho romano, que ha sido la cuna de todas nuestras instituciones jurídicas, ha mostrado figuras afines.

Centanaro (1), citando a López de Zavalía, menciona como antecedente algunas figuras del derecho romano. Para ciudadanos romanos existía una figura denominada «adpromissio», la que luego se conforma para peregrinos como «fidepromittere», y finalmente a través de un pacto pretoriano la «constituto debili alieni». Todas ellas antecedieron a la fianza moderna.

Nuestro Código de Vélez (CCiv) recepta la figura de las «institutas» y la plasma en el art. 1986, que dispone lo siguiente: «Habrà contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación».

El concepto no había merecido cambios a través de la reforma de la Ley 17.711.

El proyecto de unificación de 1998 es base fundamental de las disposiciones de este Código, y la normativa en general reproduce su articulado.

Finalmente, la actual definición de fianza surge del art. 1574, que expresa lo siguiente: «Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento».

»Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que solo puede ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador solo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inexecución».

El codificador ha destacado dos elementos importantes que caracterizan al contrato, y ellos son su accesoriedad y el incumplimiento del deudor. Vélez Sarsfield al legislar no había hablado de incumplimiento.

El párr. 2.º del artículo menciona que cuando la obligación principal solo puede cumplirse a través de una prestación cierta (cosa cierta, obligación de hacer «intuitu personae», o de no hacer), el fiador solo se encontrará obligado a satisfacer indemnización por los daños que resulten de su inejecución. Claramente -en estos casos- la prestación no puede ser idéntica, por motivos absolutamente ajenos a las partes, pero sí reducida al común denominador dinero.

Otra diferencia con la tradicional figura es que el resultado de incumplir una obligación de no hacer está previsto expresamente en el presente Código.

El contrato claramente es celebrado entre el acreedor y el fiador, por lo cual la aceptación o no del deudor principal es irrelevante.

### III. SUS VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Mucho se ha discutido acerca de los beneficios o desfavores surgidos del contrato de fianza.

En la actualidad es un vínculo interesante y dinámico que incide en la vida comercial y civil ayudando a que el crédito y la financiación circulen.

Entre las ventajas, encontramos la versatilidad del instituto, que incluso puede incorporarse a través de una cláusula contractual, como sucede en los contratos de locación de cosas inmuebles. Véase el texto de Lombardi (2).

También representa una onerosidad menor que contratar una garantía real, pues tanto el instrumento como los posteriores gastos son inferiores. No requiere registración ni escritura pública, por lo que no hay derechos y tasas por abonar ni la intervención del oficial público. Es simple y eficaz y -como dijimos- facilita el crédito.

El contrayente de la obligación responde con todo su patrimonio, al asumir una obligación de carácter personal.

Algunas voces se han alzado contra la figura, en otros tiempos, diciendo que obliga a quienes por amistad o parentesco asumen obligaciones por otros, que tal vez no puedan ser cumplidas, comprometiendo a los sujetos obligados a realizar conductas tal vez no queridas.

Lo cierto es que en la actualidad representa en materia bancaria, civil y comercial un importante medio de agilizar financiaciones.

En los casos de locatarios de inmuebles, claramente les permite acceder a vivienda o sede comercial teniendo en cuenta que, muchas veces, dentro de su patrimonio, carecen de bienes registrables; por lo que otra persona debe acompañarlos en esta garantía de carácter personal como prueba de solvencia.

#### IV. CLASIFICACIÓN

El contrato de fianza ha sido y es consensual.

Es unilateral, pues la prestación queda a cargo del fiador en forma accesoria y subsidiaria.

Es gratuito, pues no está prevista la onerosidad del contrato, lo que por acuerdo de partes obviamente podrá asumirse.

Es conmutativo, pues las ventajas proporcionadas por el contrato son conocidas por ambas partes desde el momento de su celebración.

Es un contrato formal, pues debe convenirse por escrito. Entendemos la forma a efectos de la prueba, careciendo la norma de solemnidad expresa.

Es un contrato nominado, pues está estructuralmente regulado el cuerpo legal.

Es un contrato accesorio, pues sigue la suerte de su principal y subsidiario porque adquiere eficacia luego del incumplimiento del obligado principal.

Es un contrato conexo, pues se halla vinculado al principal por una finalidad económica común previamente establecida.

#### V. PARTES CONTRACTUALES. EL ACREEDOR Y EL FIADOR. CAPACIDAD. OBJETO. FORMA. LAS CARTAS DE RECOMENDACIÓN. COMPROMISO DE MANTENER UNA SITUACIÓN DETERMINADA

Las partes que lo conforman son el acreedor -de la obligación principal- y el fiador. La persona del deudor principal es ajena a este contrato, por lo que su aceptación no tiene relevancia.

Para afianzar obligaciones, las partes deben tener capacidad de ejercicio y de derecho.

Deben ser capaces de ejercicio; por lo tanto, deben tener más de 18 años, según el art. 24 del CCivCom. Con respecto a las personas emancipadas, deberá recordarse que, por disposición del art. 28 del CCivCom, se estipula lo siguiente: «La persona emancipada, no puede, ni con autorización judicial (...) afianzar obligaciones». Aquellos que sean menores de edad y han recibido un título habilitante para el ejercicio de una profesión «pueden ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tienen la administración y disposición de los bienes que adquieren con el producto de su profesión», de acuerdo con el art. 30 del CCivCom. También deberá tenerse en cuenta la capacidad general de una persona, porque se presume que sus limitaciones son de carácter excepcional, y que tanto para personas con capacidad restringida e inhabilitados, la sentencia será la que defina su aptitud.

La incapacidad para contratar se encuentra regida en los supuestos establecidos en los arts. 1000 a 1002, que se refieren a la imposibilidad de pedir reembolso por la parte capaz que haya celebrado el contrato, salvo enriquecimiento; imposibilidad de contratar para

aquellos que están impedidos para hacerlo conforme disposiciones legales y la enumeración de inhabilidades especiales (funcionarios, jueces, abogados, entre otros).

La única regla que trata la capacidad en materia de fianza es la del art. 1576, que establece lo siguiente: «El fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor».

Independientemente de que el deudor conozca la incapacidad que aqueja al deudor principal, no puede excusar su responsabilidad. Aquí hay una alteración del principio, por el cual la obligación accesoria sigue la suerte de su principal. El contrato del fiador es un contrato individual y solo puede ser pedida la nulidad por el incapaz, en el principal, pero nunca por el fiador que ha asumido dicha obligación de pago.

En el Código Civil y Comercial comentado de Lorenzetti (3), se expresa que se entiende que el tipo de incapacidad debe ser de hecho y no de derecho. Y asimismo, sigue el temperamento adoptado en el Código anterior, pero en el caso, es inoperante que conozca o no la incapacidad del obligado principal.

De más queda por decir que el fiador ha asumido su propio contrato, en el cual la figura del deudor principal no tiene relevancia.

El objeto del presente está dado por la clase de obligaciones que pueden contraerse, de dar, hacer o no hacer. Debe ser determinado o determinable, y en casos indeterminables, puede derivarse aun de obligaciones contraídas por ilícitos; y en definitiva correspondientes al tipo de fianza contraída.

Como ya dijimos, cuando tales obligaciones deben ser prestadas exclusivamente pensando en esa cosa cierta, o en obligaciones de hacer o de no hacer con carácter «intuitu personae», el fiador asume la obligación de indemnizar el daño causado si es que el obligado principal no ha cumplido la prestación encomendada.

Las obligaciones que pueden ser afianzadas serán actuales o futuras, incluso las de otro fiador. Por tanto deberán ser obligaciones válidas y aun las que se originaran como consecuencia de un ilícito.

Ahora bien, en el Código Civil y Comercial comentado, Lorenzetti (4) manifiesta que deberá tenerse en cuenta que los arts. 1577 y 1578 establecen dos supuestos diferentes.

El primero de ellos se refiere a una fianza cuya obligación es precisa y se encuentra determinada, aunque hable de obligación actual o futura, incluso la de otro fiador. Pero en el segundo caso, se está hablando de la fianza general, con obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas; es la llamada «fianza ómnibus».

Con respecto a la extensión, el art. 1575 establece que la fianza debe ser equivalente a la obligación contraída por el deudor principal, o menor, pero nunca más onerosa.

Esta es otra consecuencia de la accesoriidad del contrato, que claramente sigue la suerte de su principal.

El haber constituido fianza más onerosa, no invalida el acto, pero sí habilita a solicitar su reducción.

El Código no prevé un procedimiento para hacerlo. La continuación del negocio, independientemente de la solicitud de reducción representa el llamado «efecto benéfico de los contratos», como enseñaban Garrido y Zago (5). Asimismo, el fiador puede constituir garantías de seguridad de su fianza, tanto reales como personales.

El articulado prevé una consecuencia de la accesoriedad del contrato de fianza; puede afianzarse la obligación, pero no más allá de ella. En cuanto a la extensión de la fianza general -fianza ómnibus-, cuyas obligaciones pueden ser indeterminadas, el art. 1578 expresa que debe precisarse el monto máximo por el cual se obliga el fiador y que esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los cinco años de otorgada. Obviamente estas limitaciones operan en seguridad del fiador. A su vez, la fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, en cuyo caso no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después de que la retractación sea notificada al acreedor.

Respecto de la forma, se establece que los contratos de fianza deben ser celebrados por escrito (art. 1579). Estando exenta de solemnidad la disposición señalada, se entiende que dicha formalidad es a efectos exclusivamente probatorios.

Finalmente, los arts. 1581 y 1582 tratan dos supuestos que no constituyen fianza.

El primero referido a las cartas de recomendación, que son instrumentos que aseguran probidad o solvencia referidas a alguna persona, pero si han sido emitidas con mala fe o negligencia, obligan a resarcir los daños sufridos por quien ha contratado o da crédito confiando en tales manifestaciones. La consecuencia de la mala fe obviamente tiene impacto en la responsabilidad por daños, si existe un nexo de causalidad entre ella y la efectiva contratación, es consecuencia directa del principio de no dañar a otro.

Y el segundo, respecto del compromiso de mantener determinada situación, cuyo incumplimiento genera responsabilidad del obligado.

VI. LOS MODOS DE CELEBRAR FIANZA. LA FIANZA SIMPLE. LOS BENEFICIOS DE EXCUSIÓN Y DIVISIÓN, IMPLICANCIAS. PLAZO. DEFENSAS. EFECTOS DE LA SENTENCIA. LA FIANZA SOLIDARIA. EL PRINCIPAL PAGADOR. LA FIANZA GENERAL. LAS FIANZAS LEGAL Y JUDICIAL

Se prevén distintas clases de fianza:

1. Fianza simple: Es la fianza que tiene beneficios de excusión y división. Si no se establece una constitución distinta, es la que rige. Es regla general.

2. Los beneficios de excusión y división.

El beneficio de excusión previsto en el art. 1583 requiere que, previo a solicitar el pago de la obligación al fiador, deberán excutirse (agredirse) los bienes del deudor principal.

Si se ha conseguido cobrar solo una parte parcial de la deuda luego de excutirse los bienes del deudor principal, se reclama el saldo al fiador.

El art. 1584 del CCivCom prevé excepciones a este beneficio; cuando el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o quiebra, cuando el deudor principal no puede ser demandado en la república o no goza de bienes suficientes en ella, cuando la fianza es judicial, o si el fiador ha renunciado al beneficio.

El beneficio de división previsto por el art. 1589 requiere que, en caso de que existan varios fiadores, cada uno se encuentre obligado por su parte, y si nada se ha dicho, se entiende que han asumido obligaciones por partes iguales.

Ambos beneficios son renunciables.

### 3. Plazo y defensas

No puede exigirse el pago de la deuda al fiador antes del plazo del vencimiento, ni aun cuando el deudor principal se haya presentado en concurso o declarado su quiebra, excepto renuncia.

El fiador puede oponer sus propias defensas y las que tenía el deudor principal, aunque este las haya renunciado.

### 4. Efectos de la sentencia

No es oponible al fiador la sentencia relativa a exigibilidad y validez de la deuda, en juicio en que no haya sido citado, consecuencia de su falta de conocimiento e imposibilidad de actuar en juicio.

### 5. Fianza solidaria

Esta fianza no goza de los beneficios de excusión y división. La solidaridad no se presume, sino que debe tener origen en un acuerdo de partes, o renuncia del fiador al beneficio de excusión (art. 1590 ).

### 6.El principal pagador

El principal pagador es considerado deudor solidario, y su obligación se rige por las llamadas «obligaciones solidarias». Se constituye en un liso y llano codeudor de la obligación principal no obstante se llame a la figura fiador (art. 1591 ).

### 7. Fianza general

Esta fianza es una novedad introducida por el Código Civil y Comercial, en el art 1578 , donde se prevé la posibilidad de constituir fianza de una forma más elástica -la que conocemos como «fianza ómnibus»-, donde no se requiere precisar el objeto, este puede quedar indeterminado. Pero como contrapartida, deberá establecerse el monto máximo a que el fiador se obliga, y esta fianza no tiene vigencia por nuevas obligaciones asumidas por el afianzado una vez que se han cumplido cinco años de la fecha de su otorgamiento.

---

## 8. Fianza legal y judicial. El caso de las fianzas unilaterales

Si bien el codificador no se ha referido a estas fianzas y solo en una disposición, art. 1584, hace alusión a la imposibilidad de oponer beneficio de excusión al fiador judicial, ambas figuras pueden contemplarse; por ejemplo garantías del usufructuario, o dispuestas a través de normas de carácter procesal.

### VII. EFECTOS ENTRE DEUDOR Y FIADOR. SUBROGACIÓN. AVISO. DEFENSAS. EMBARGOS O GARANTÍAS

El Código prevé que el fiador que ha pagado la deuda principal, se subroga en los derechos del acreedor y, consecuentemente, puede solicitar el reembolso de lo abonado. Se genera una acción directa que comprende capital, intereses y daños sufridos como consecuencia de la fianza (art. 1592 ).

El fiador debe dar aviso del pago al deudor principal. Si el deudor ha pagado antes de tener conocimiento del pago del fiador, solo puede repetir contra el acreedor (art.1593 ).

Aquí debiera analizarse también la conducta de mala fe del acreedor que cobra dos veces una obligación.

El fiador puede obtener el embargo de bienes del deudor u otras garantías en el caso de ser demandado judicialmente por el pago, cuando la obligación ha vencido y el deudor no cumple; si el deudor se ha obligado a liberarlo en un tiempo y no lo hace; transcurridos 5 años desde la constitución de la fianza, salvo que esta tenga plazo superior; cuando el deudor asume riesgos ajenos a sus negocios, disipa bienes o asegura otras operaciones, y cuando el deudor pretende ausentarse del país sin dejar bienes que satisfagan la deuda afianzada (art. 1594 ).

### VIII. EFECTOS ENTRE COFIADORES

El cofiador que cumple con la parte asumida se subroga en los derechos contra los demás cofiadores (art. 1595 ). Si alguno de ellos se insolventa, la pérdida es soportada por todos los cofiadores.

### IX. EXTINCIÓN. NOVACIÓN. EVICCIÓN

El Código no establece la causal de extinción de obligación principal como extinción natural de la fianza.

Formula supuestos, como ser hecho del acreedor por el cual el fiador no puede ejercitar subrogación, prórroga del plazo de la obligación sin su consentimiento, transcurridos 5 años de constituida fianza general en garantía de obligaciones futuras que no han nacido, si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor en 60 días de requerido o deja perimir la instancia (art. 1596 ).

La novación extingue la fianza, excepto cuando se produzca por acuerdo preventivo homologado del deudor (art. 1597 ).



La evicción de lo que el acreedor reciba en concepto de pago no hace renacer la fianza (art. 1598 ).

## X. CONCLUSIONES

El Código establece un mecanismo dinámico adaptado a los tiempos actuales, y simplifica notoriamente la normativa.

La noción de fianza se basa exclusivamente en dos conceptos: la obligación accesoria y el incumplimiento.

Se incorpora la fianza general, con obligaciones acotadas que permiten dar seguridad a la operación.

No se toma en cuenta en el articulado la fianza judicial o legal, salvo la primera en forma tangencial. No describe a la fianza unilateral, sin perjuicio de que esta pueda existir en algunos supuestos.

Dentro del objeto de las fianzas, considera explícitamente a la obligación de no hacer.

Establece como principio general la figura de la fianza simple.

\_\_\_\_\_

(1) CENTANARO, Esteban y PORTOS, Matías Manuel (col.): Manual de Contratos, p. 621. Buenos Aires, La Ley, 2015.

(2) LOMBARDI, Graciela: Código Civil y Comercial Comentado, t. 4. Infojus, Contrato de Fianza.

(3) LORENZETTI, Ricardo Luis: Código Civil y Comercial Comentado. Rubinzal Culzoni, t. 4.

(4) LORENZETTI, Ricardo Luis: op. cit.

(5) GARRIDO y ZAGO: Contratos Civiles y Comerciales, t. 1, Parte General. Buenos Aires, Universidad, 1998, p. 514.

(\*) Profesora adjunta regular de Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, UBA.

Fuente: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/11/22/el-contrato-de-fianza-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-argentina/>