

Borda, Alejandro

Fianza

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Borda, A. (2012). Fianza [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fianza-alejandro-borda.pdf>
[Fecha de consulta:.....]
(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

FIANZA

ALEJANDRO BORDA

La valoración que cabe hacer del Título IV, Capítulo 23 **Fianza** (arts. 1574/1598), es ciertamente compleja. Si bien hay cuestiones positivas, que serán destacadas, hay que puntualizar omisiones y, sobre todo, será necesario señalar que existen disposiciones claramente negativas, que afectan el conjunto de la figura (en especial, el mantenimiento de la fianza principal pagador y la regulación de la fianza como un negocio abstracto).

Antes de abordar estas cuestiones, cabe aclarar que no se han de mencionar aquellos artículos que recogen ideas contenidas en la legislación vigente. Pasemos, ahora, al análisis normativo.

Es positivo:

- 1) Que se haya añadido de manera expresa la posibilidad de afianzar obligaciones de no hacer (art. 1574).
- 2) Que deba precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador (art. 1578) lo que da previsibilidad a la obligación asumida. Esta es una norma particularmente destacable.
- 3) Que la fianza futura no pueda extenderse a nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de cinco años de haber sido dada (art. 1578), lo que pone límite a la obligación del fiador.
- 4) Que la fianza indeterminada en el tiempo sea retractable, liberando al fiador de la cobertura de las nuevas obligaciones contraídas por el deudor, después de que sea notificado el acreedor (art. 1578).
- 5) Que la responsabilidad del fiador se extienda a las costas judiciales (art. 1580), lo que había sido omitido en el vigente art. 1997.
- 6) Que, sin que sea considerado una fianza, se responsabilice a quien se ha obligado a mantener o generar una determinada situación de hecho (art. 1582). Así se sanciona a quien se ha comprometido a mantener bajo su dominio determinada propiedad como demostración de solvencia, y luego la enajena.
- 7) Que se haya establecido que el beneficio de excusión no puede invocarse cuando el deudor principal no tenga bienes en el país (art. 1584, inc. b). En la actualidad, el beneficio no puede invocarse cuando los bienes del deudor estuvieran fuera de la jurisdicción del juez que intervenga (art. 2014, Cód. Civil), lo que carece de justificación.
- 8) Que se haya eliminado que el beneficio de excusión no puede invocarse: 8.1) cuando el deudor estuviese ausente de su domicilio al cumplirse la obligación (art. 2013, inc. 5, Cód. Civil), lo que resultaba irrazonable; 8.2) cuando el heredero sucediera al deudor (art. 2013, inc. 4, Cód. cit.) lo que carecía de lógica a partir de la presunción de la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario; y, 8.3) cuando el acreedor fuera la hacienda pública (art. 2013, inc. 9, Cód. cit.) lo que implicaba otorgar un privilegio al Estado sin que existiera justificación alguna.

- 9) Que se haya dispuesto –como regla– que la caducidad del plazo otorgado al deudor, producto de su concurso o quiebra, no tenga efectos respecto del fiador, para quien subsiste el plazo pactado (art. 1586). Es una consecuencia lógica de que el contrato se ha celebrado entre acreedor y fiador.
- 10) Que se presuma que la fianza es pura y simple, cuando el Estado es acreedor, lo que se desprende de lo que establece el art. 1590 (que implícitamente dispone que la fianza es, como regla, pura y simple) y la diferencia que existe con el actual art. 2003.
- 11) Que el fiador deba dar aviso al deudor principal del pago que ha hecho (art. 1593). Se evita así que el deudor pague también, con los inconvenientes que este doble pago trae aparejado.
- 12) Que se le dé al fiador el derecho a embargar bienes del deudor (art. 1594) cuando este se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace (inc. c) y cuando han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, a excepción de que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso (inc. d), lo que encuentra su lógica en el incumplimiento del deudor, en el primer caso, y en los riesgos generados por la extensión en el tiempo de la garantía, en el segundo.
- 13) Que se disponga que la obligación del fiador se extingue si transcurren cinco años desde el otorgamiento de la fianza general en garantía de obligaciones futuras y estas no han nacido (art. 1596, inc. c). Es una redacción superadora del actual art. 2025, ajustada a la fianza de obligaciones futuras no nacidas, que permiten dar cierta seguridad jurídica al fiador.
- 14) Que se establezca que la fianza se extingue 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 (art. 1596, inc. d). La norma que tiene su fuente en el art. 1490 del Proyecto de 1998 y parece encontrar puntos en común con el art. 1957 del Código Civil italiano, protege más certeramente al fiador que los actuales arts. 2015 y 2018.
- 15) Que se haya eliminado la fianza como acto unilateral.
- 16) Que se haya eliminado el actual art. 2032, reconociéndose implícitamente que el fiador de un codeudor solidario puede reclamar a cada uno de los restantes codeudores solidarios el 100% de la deuda.
- 17) Que se haya suprimido el actual art. 2045, lo que significa que la imposibilidad de subrogarse en los derechos del acreedor, aunque sea en una parte, trae aparejado la extinción de la fianza. Esto constituye una protección mejor para el fiador.

Se ha omitido:

- a) Señalar la consecuencia de no cumplir con la forma escrita que se establece (art. 1579), sin que resulte claro si se trata de un forma solemne o de una simple forma probatoria. Si se dijera que es una forma probatoria, deberían aplicarse las normas generales (art. 1020), que permiten probar el contrato por otros medios, lo que genera una enorme inseguridad para el supuesto fiador. Sin duda, el actual art. 2006 resulta más claro y protege mejor al fiador.
- b) Incorporar una norma similar al actual art. 2010 que libera a quien ha dado una carta de recomendación cuando prueba que no fue su recomendación la que condujo a contratar. La omisión es inconveniente y podría permitir un reclamo abusivo de quien ha recibido la recomendación.
- c) Establecer los efectos de afianzar una obligación natural, lo que genera un supuesto que carece de solución legal. En la actualidad, el fiador carece del beneficio de excusión (art. 2013, inc. 7, Cód. Civil), lo que implica que puede ser ejecutado directamente. En España, la ausencia de norma legal ha permitido que se afirme que las obligaciones naturales no son afianzables (conf. Alventosa del Río, Josefina, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, p. 29, Ed. Comares, 1988). Parece ser esta la idea seguida por el Proyecto, máxime si se considera que han desaparecido las obligaciones naturales y solamente se ha regulado el denominado

deber legal, estableciéndose que *lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible* (art. 728).

- d) Algo importante en el art. 1597. Allí se dispone que la fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador. Si bien el texto no difiere mayormente del contenido del actual art. 55 de la ley 24.522, texto que ha recogido aplausos y críticas severas (véase Borda, Alejandro, *El contrato de fianza*, n° 78, Ed. La Ley, 2009), lo único que establece es que la fianza no se extingue, pero falta definir si el *quantum* de la obligación del fiador es el de la deuda afianzada o el que se arrije en el acuerdo concursal. La discusión sigue abierta.
- e) Declarar de manera expresa que existe la fianza judicial y regularla. A pesar de esa omisión, parece indudable que ella existe pues el art. 1584, inc. c, impide al fiador invocar el beneficio de excusión cuando la fianza es judicial.
- f) Establecer quiénes tienen capacidad para ser fiadores. No se encuentra auxilio en la parte general de los contratos, pues acá solo se dice que no pueden contratar los que están impedidos para hacerlos conforme a disposiciones especiales (art. 1001), lo que remite a cada contrato en particular, el cual, en el caso de la fianza, como se dijo, nada prevé. Lo que es claro es que los emancipados no pueden afianzar (art. 28, inc. c) pero queda una peligrosa laguna con los menores de edad que tienen título profesional habilitante (art. 30).
- g) Incorporar el principio de proporcionalidad que permite decretar la caducidad de la fianza cuando existe una enorme desproporción entre la fianza otorgada y las posibilidades económicas y financieras del fiador, lo que ha sido recogido por la Corte de Casación francesa y por la Corte Constitucional alemana.
- h) Incorporar penalidades severas al deudor, en los casos en que el fiador haya tenido que pagar la deuda afianzada, como un modo de incentivar el cumplimiento ordinario de la obligación.

Es negativo, en cambio, que:

- (i) Se disponga que el principal pagador, aun con el nombre de fiador, es un deudor solidario (art. 1591). Es una muy desafortunada norma, casi idéntica al actual art. 2005, que parece no haber advertido los tremendos problemas que esa disposición ha causado y que ignora lo que resulta evidente: la fianza principal pagador es una obligación accesoria de la principal, que debe anularse si la deuda principal es nula y que permite reclamar el 100% de lo pagado contra el deudor (lo que pareciera que el Proyecto defiende desde que, como se dijo antes, ha desaparecido el actual art. 2032), efecto estos que no existen en la deuda solidaria. *El tema es de una gravedad destacable*, máxime si se considera que la fianza que normalmente se celebra es la fianza principal pagador. No está de más señalar que la fianza principal pagador puede suprimirse sin acarrear problema alguno. Es que este tipo de fianza no existe en el derecho comparado; en efecto, los regímenes francés, italiano, español, peruano, chileno, paraguayo y uruguayo (solo para dar algunos) no la prevén y solo distinguen entre fianza simple y solidaria.
- (ii) Haya desaparecido el art. 1994, lo que implica admitir la fianza abstracta. En efecto, si ya no es necesario que, para que la fianza exista, haya una obligación principal válida, la fianza deja de ser un negocio causado para convertirse en otro abstracto. *Y esto es tremendamente riesgoso*. Esta conclusión se ve robustecida con la desaparición de los arts. 2042 (que dispone que la fianza se extingue por la extinción de la obligación principal), 2049 (que establece que la renuncia del acreedor al deudor principal extingue la fianza), y 3997 (que prevé que la demanda interpuesta contra el deudor o su reconocimiento de la deuda interrumpe la prescripción contra el fiador).

- (iii) El deudor pueda oponer al fiador que paga sin su consentimiento todas las defensas que tenía contra el acreedor (art. 1593). Se incurre en el mismo error que existe en el actual art. 2033 y que ha sido apuntado desde siempre (desde Machado y Segovia) por la doctrina. Lo que importa es el conocimiento del deudor y no su consentimiento, pues aunque el deudor se opusiera, el fiador está obligado a pagar.
- (iv) No se prevea en el art. 1594 que el fiador tiene derecho a pedir el embargo de los bienes del deudor cuando este último se presentare en concurso, lo que está establecido en el actual art. 482 del Código de Comercio.
- (v) Se haya establecido, derechamente, que si un cofiador resulta insolvente, la pérdida es soportada por todos los cofiadores, incluso el que realiza el pago (art. 1595). El criterio es correcto si se trata de cofiadores solidarios, pero no en el caso de cofiadores simplemente mancomunados, quienes solo están obligados a pagar su parte correspondiente.
- (vi) Se haya establecido que el fiador no puede invocar el beneficio de excusión si el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo (art. 1584, inc. a), asimilándose su situación al de la quiebra declarada, supuestos que son evidentemente distintos.