

ACERCA DE LA ALEATORIEDAD DEL CONTRATO DE FIANZA

Franco Raschetti⁴

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario y

Facultad de Ciencias Económicas del Rosario

Universidad Católica Argentina

Av. Pellegrini 3314, CP 2000, Argentina

Resumen. La propia estructura de la garantía conduce a considerarla como un contrato aleatorio ya que las partes contratantes no tienen certeza al momento del perfeccionamiento del contrato de la medida de sus ventajas o pérdidas toda vez que para la puesta en marcha de la fianza, y en base a la subsidiariedad de la misma, debe configurarse previamente el incumplimiento del derecho garantido por parte del deudor, extremo que, primero, no se conoce si sucederá o no; y, segundo en caso de acontecer, es imposible prever la entidad del mismo ya que puede ser de carácter total o parcial. Los efectos prácticos de esta calificación no son menores ya que institutos como la teoría de la imprevisión y la lesión reclaman para su aplicación en los contratos aleatorios que la configuración de los mismos impliquen una entidad mayor o extraña al alea contractual que las partes han asumido al vincularse jurídicamente. Creemos que dicha aleatoriedad no sólo sea medida para estos dos institutos, sino que también puede constituir una herramienta de interpretación e integración del contrato.

Palabras clave: Fianza- Clasificación de los contratos - Contratos aleatorios

I) Introducción

En los últimos años hemos sido testigos de una creciente preocupación en el tráfico mercantil por la seguridad en el cumplimiento de las obligaciones y contratos como consecuencia de, primero, la mayor cantidad de negocios que se despliegan y, segundo, la complejidad ascendente que cada uno de ellos refleja. Particularmente, esta función de garantía que se persigue tiene mayor importancia en el ámbito de los contratos de

⁴ Francorascetti@hotmail.com

empresas o de las entidades financieras, en las que continuamente se toman decisiones que engendran riesgos económicos (1) que se intentan mitigar al máximo.

Incluso, se hace alusión modernamente a un “derecho de las garantías” (2) dentro del cual la fianza, como garantía personal que afecta la generalidad de los bienes de quien viene a garantizar el cumplimiento, es de difundida utilización en ciertos contratos que exigen una especial consideración de la solvencia económica del deudor, negocios y operaciones de ejecución diferida y bien de tracto sucesivo cuyos efectos se prolongan en el tiempo y que convierten en incierta la posibilidad del cobro efectivo de las acreencias a las que ha dado lugar la contratación.

Sin perjuicio de que el derecho contractual del siglo XXI es un fiel reflejo de los cambios producidos en la teoría jurídica durante el último siglo (3) los cuales la novel normativa civil y comercial hoy vigente ha receptado, un debate continúa sin tener solución. Hablamos de la polémica existente sobre un carácter del contrato fianza, vale decir, aquel debate en torno a la aleatoriedad o conmutatividad de dicho contrato. En las líneas que siguen procuraremos exponer nuestra humilde postura sobre el particular que, a nuestro juicio, soluciona el entuerto mediante un respeto adecuado a la estructura específica que hace al funcionamiento y lógica de la fianza.

II) La recepción de los contratos aleatorios en el Código Civil y Comercial de la Nación

a) Sobre la conveniencia de una clasificación de los contratos

Sin perjuicio de que nos topemos asiduamente con la clasificación de los contratos en toda obra o programa universitario al cual se recurra sobre la materia contractual a nivel local o extranjero, la doctrina ha tenido oportunidad de preguntarse si resulta conveniente, desde un punto de vista técnico, la introducción normativa de una clasificación de los contratos.

Primeramente, el código velezano legisló una clasificación de los contratos con cuatro categorías de los mismos. Así, luego de definir al contrato en el artículo 1137 procedía a clasificarlos entre bilaterales y unilaterales (art. 1138), onerosos y gratuitos (art. 1139), consensuales y reales (arts. 1140 y 1142) y nominados e innominados (artículo 1143), en una clasificación que, al decir de Gregorini Clusellas, no era exhaustiva, pues se les debía agregar las categorías implícitas de la ley y las de fuente puramente doctrinal (4).

Luego, en el derecho proyectado, Bibiloni (5), en su Anteproyecto, y bajo la tesitura de que resultaba impropio que un código, que debe limitarse a lo preceptivo, contenga clasificaciones, suprimió los artículos 1138, 1139 y 1143 por su índole puramente doctrinaria, pero mantuvo los restantes por considerarlos preceptivos. Luego, por moción de Lafaille (6) y en el mismo orden de ideas, se excluyó el artículo 1137. Sin embargo, más adelante en el tiempo, el Proyecto de Unificación de 1987, el Proyecto del Ejecutivo de 1993, el de la Cámara de Diputados del mismo año y el Proyecto de 1998, mantuvieron, con matices, una clasificación de los contratos.

Desde la doctrina, Mosset Iturraspe (7) se ha manifestado contrario a esta decisión clasificatoria legislativa, afirmando que dicha clasificación se inspira, fundamentalmente, en un afán didáctico. De esta manera, un Código debería ceñirse a lo preceptivo y omitir clasificaciones con finalidad didáctica más propias de la doctrina, criterio que comparten Borda (8) y Spota (9). Finalmente, se declaró en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en la ciudad de Junín en el año 1996 que “las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son serviciales e inútiles”. Finalmente, ha sido sostenido que la tarea del legislador debe acotarse a leyes que posean alcance normativo,

que disciplinen o regulen la cuestión a través de mandatos o prohibiciones (10) lo que no se vería cristalizado en una tarea clasificatoria incluida en una norma jurídica.

Vemos cómo autorizada doctrina nacional se ha manifestado, fundamentalmente, en contra de introducir criterios clasificatorios en un Código de fondo. Sin perjuicio de ello, los sucesivos Proyectos de Reforma al Código de Vélez han mantenido en su articulado este elemento y lo propio hizo el CCCN. Enrolados en la misma tendencia encontramos diversos cuerpos normativos del derecho extranjero, códigos como el venezolano (artículo 1134), el mexicano (artículos 1835 y 1836) y el proyecto francoitaliano de las obligaciones y contratos (artículos 5° y 6°) receptan una clasificación normativa de los contratos.

Esta “intención clasificatoria” encuentra asidero desde una perspectiva práctica, ya que las distintas tipologías contractuales permiten distinguir situaciones con consecuencias jurídicas diferentes, que resulta conveniente escindir (11). En similares términos se manifestó Pothier, al sostener que la clasificación contractual no obedece a un mero interés teórico, ni un simple instituto jurídico, su utilidad y su interés práctico se hace evidente, porque los efectos son distintos según su clase; y para evitar erróneas interpretaciones, el legislador es que deslinda y puntualiza sus caracteres en cada caso y para cada especie (12). En pocas palabras, se justifica la fuente normativa de las clasificaciones en razón de que las reglas a aplicar varían según el tipo de la operación (13).

Apreciará el lector que el debate continúa abierto. La crítica de la doctrina más representativa del último tiempo no ha hecho mella en la continuidad y constancia de la clasificación de los contratos, la cual continúa en plena vigencia no sólo en el derecho positivo nacional sino también en el derecho comparado.

b) Los contratos conmutativos y aleatorios en el CCCN

Dentro de las normas de clasificación de los contratos del CCCN encontramos al artículo 968 el cual se inclina por considerar al distingo entre contratos conmutativos y aleatorios como una subespecie de los contratos onerosos en los siguientes términos: “Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto”. La jurisprudencia ha acompañado este último extremo al reseñar de modo didáctico que “es preciso apartar los negocios conmutativos de los aleatorios, o sea aquéllos en los cuales las partes hacen uso del azar, alea o suerte como un elemento esencial, ínsito en la convención de los otros, conmutativos, en los que las prestaciones en su apreciación o resultancia económica, ventajas o pérdidas, aparecen como conocidas al momento de la celebración” (14).

De la lectura de la disposición legal transcrita surgen dos observaciones claras: por un lado, una identificación casi total con la regulación que les dispensara Vélez Sarsfield en el derogado artículo 2051 a los contratos conmutativos y aleatorios en orden a su conceptualización (15). Por el otro, es trascendente el hecho que, según el CCCN, sólo los contratos onerosos podrán ser luego adjetivados ya sea como conmutativos o aleatorios y, por el contrario, no es predicable tal diferenciación respecto de los gratuitos.

¿Es atendible la decisión del CCCN? en relación a los onerosos la subclasificación es correcta ya que ello se venía sosteniendo aún bajo la vigencia del Código Civil derogado ya que no caben dudas de que un contrato oneroso ostentar gratuidad o aleatoriedad. Ahora bien, la cuestión respecto de los contratos gratuitos no aparece tan clara ya que, como veremos a continuación, es factible encontrar, en el tráfico jurídico, contratos

gratuitos aleatorios y contratos gratuitos conmutativos por lo cual parece que esta última subclasificación no se agota en los onerosos, sino que, por el contrario, irroga sus efectos, con total independencia de estos últimos, también hacia los contratos gratuitos.

En primer término ¿existen contratos gratuitos aleatorios? Por supuesto, tal sería el caso de una atípica renta vitalicia gratuita o de una donación de prestaciones vitalicias ya que ambas dependen del alea que implica la duración de la vida (16). Lo propio ocurre con la fianza en tanto su gratuidad u onerosidad no ha sido regulada por el CCCN dejando a las partes libertad para actuar en ambos sentidos, redundando en un contrato “incolore o neutro” (17). Por obvias razones, dejamos el desarrollo de la aleatoriedad de la fianza para el acápite siguiente.

Otro ejemplo de contrato gratuito y aleatorio lo encontramos en aquellos casos de juego y azar, a los cuales espontáneamente se suman los participantes, por ejemplo, en programas televisivos ya sea a través de llamados telefónicos o con presencia personal en el mismo a fin de elegir un determinado número en un panel y tras girar el mismo, hacerse acreedores de la suma de dinero o premio que se encontraba oculta. Mismo caso puede extraerse de una rifa gratuita. Sin dudas, se trata de un contrato aleatorio por su naturaleza (18), como todo contrato de juego y apuesta. Asimismo, se trata de un contrato gratuito ya que no puede concluirse que el sacrificio practicado en el programa televisivo (pagar una gran suma de dinero al participante) tenga correlato en la prestación-beneficio que dicho programa obtiene del sujeto, esto es, su “hacer” que consiste meramente en elegir un número del panel o un número de la rifa.

El sacrificio y la ventaja no están en relación de equivalencia o equilibrio contractual. Ante la desproporción innegable que existe entre el “dar” y el “hacer” debe colegirse que se trata de una liberalidad, de un beneficio sin expectativas de ventajas para quien lo provee más allá de la promoción y publicidad que obtiene de su programa televisivo. En ningún momento se da el desplazamiento recíproco de la atribución patrimonial que presupone la onerosidad (19) sino que la base económica del negocio jurídico en cuestión nos indica que una parte obtiene un incremento patrimonial sin contrapartida económica relevante a su cargo (20).

Por último, no merece mayor esfuerzo admitir la existencia de contratos gratuitos y conmutativos ya que abundan. Ejemplos de ellos son: la donación, el comodato, el depósito gratuito, mandato gratuito, mutuo gratuito, entre otros.

Concluyendo, vislumbramos que los binomios de onerosidad – gratuidad y conmutatividad – aleatoriedad son independientes entre sí ya que permiten clasificaciones mixtas que no se agotan en los contratos conmutativos o aleatorios como subtipo exclusivo de los contratos onerosos. El legislador ha errado en su decisión ya que hemos pasado revista a la existencia de contratos gratuitos tanto aleatorios como conmutativos por lo cual se impone la independencia de ambos criterios clasificatorios.

III) La fianza como contrato aleatorio

Tal como venimos sosteniendo, la fianza representa un contrato aleatorio (21), cuestión que se evidencia aún más en las fianzas generales (artículo 1578). La aleatoriedad de la fianza, si bien puede ser discutida, es clara toda vez que dicho contrato existirá, según el concepto brindado por el CCCN en el artículo 1574 “cuando una persona se obligue accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento”.

Por lo tanto, sin perjuicio de la factibilidad de estar limitada en valores máximos y mínimos (tal es lo que ocurre en las fianzas generales), al momento del perfeccionamiento del contrato es imposible para las partes advertir acabadamente la medida de sus ventajas

o pérdidas; sin dudas conocerán los toques, pero lo importante no es ello sino la entidad de dicho incumplimiento.

En otras palabras, el cumplimiento o incumplimiento de la obligación objeto de afianzamiento es un hecho futuro e incierto que incide sobre los efectos del contrato de fianza. Pero esto no transforma a la fianza en un contrato conmutativo-condicional, sino que, por el contrario, permanece como aleatorio habida cuenta de la imposibilidad de conocer certeramente al momento de la celebración, la magnitud o medida de ese incumplimiento eventual, quedando las ventajas y pérdidas del contrato en un ámbito de indeterminación propio de la aleatoriedad excluyendo la pretendida conmutatividad del mismo.

Este entendimiento no se ve conmovido por la existencia de distintos tipos de fianza ya que en todos ellos tiene lugar, junto a la accesoriedad, la subsidiariedad como elemento tipificante sin los cuales no podría predicarse la existencia de esta garantía (22). Justamente por ello, ambos y en lo que aquí interesa, la subsidiariedad, han de estar presentes en toda especie de fianza. Es la subsidiariedad la clave de bóveda que torna operativa la aleatoriedad del contrato de fianza.

Ciertamente, ella supone que el fiador sólo debe cumplir su obligación si el deudor principal no cumple o ejecuta defectuosamente la suya (23) y tal eventualidad es justamente el álea del contrato toda vez que el fiador, al momento de la celebración del contrato, no conoce la medida de sus ventajas o pérdidas ya que la mayor o menor magnitud de ellas depende, en definitiva, de un hecho futuro e incierto: el incumplimiento total o parcial (que engendrarán pérdidas al fiador) o el cumplimiento total del deudor afianzado (que dará lugar a una ventaja patrimonial del garante). En otras palabras, el fiador nunca tendrá certeza de la entidad de su obligación hasta tanto no se verifique el presupuesto de la responsabilidad del fiador, vale decir, el incumplimiento del deudor garantizado.

Idéntico razonamiento puede serle endilgado al acreedor pero con una pequeña aclaración: sobre lo que dicha parte nunca tendrá certeza es la entidad de su “beneficio mediato”, aquel representado por la magnitud de lo que puede reclamarle al fiador dada la incertidumbre generada por la posibilidad incumplimiento del deudor y, en su caso, la medida del mismo (parcial o total); ya que no se puede negar que el acreedor tiene plena certeza de su “beneficio inmediato”, o sea, el monto al cual asciende en su acreencia respecto del deudor. En otras palabras: el acreedor sabe a qué tiene derecho (beneficio inmediato) ya que ello se encuentra plasmado en el derecho personal que titulariza respecto del deudor; pero a su vez el acreedor no tiene certeza, al momento de la celebración del contrato de fianza, sobre qué tiene derecho respecto del fiador para efectivizar el derecho que él ostentaba contra el deudor una vez que éste último a incumplido (beneficio mediato).

Son muy gráficas las palabras de Nasi y Rocca (24) quienes al comparar la fianza onerosa con el contrato de seguro de caución se preguntan: ¿por qué el riesgo asumido por la aseguradora define el contrato como aleatorio y no así el riesgo asumido por el fiador, si ambos riesgos son sustancialmente idénticos (que no pague el deudor principal)? Coincidiendo con los autores, Esper (25) comenta que, si una persona pretendiera cogarantizar un mismo crédito contratando un seguro de caución y una fianza, los sacrificios tanto para el asegurador como para el fiador nacerían de un mismo hecho, es decir, del incumplimiento del deudor lo cual torna irrazonable concebir como aleatorio al primero y no al segundo.

Ilustrando la tesis contraria a la aquí propuesta, Ariza (26) adscribe a la tesis que considera a la fianza como un contrato conmutativo no obstante que la responsabilidad del fiador se encuentra supeditada, en los hechos, a la situación de incumplimiento o insolvencia del deudor afianzado. El carácter de contrato conmutativo, dice el autor, se sostiene a partir de que para el fiador es claro el alcance que como máximo tendrá su eventual responsabilidad que no es otro que la extensión de la obligación garantizada.

IV) La fianza no es un contrato condicional

Nos detenemos brevemente en este aspecto ya que la autorizada voz de Lorenzetti (27) se ha pronunciado en favor del mismo. El autor ha sostenido que la fianza es un contrato conmutativo sujeto a condición, pues entiende que las ventajas que se procuran las partes no están sometidas a un álea sino a una condición: que se produzca o no el incumplimiento del deudor principal. Asimismo, Hernández (28) participa de esta postura al argüir que la incertidumbre sobre el cumplimiento o inejecución de la obligación afianzada, no debe ser considerada como álea del contrato, sino como condición de la efectiva responsabilidad del fiador.

Creemos que no es posible acompañar esta postura primero, por la propia naturaleza de la condición como modalidad de los actos jurídicos (29); y segundo, por el imperio de la estructura del contrato de fianza ya sea gratuita u onerosa.

En cuanto al primer argumento, no es compatible la existencia de una condición suspensiva con el funcionamiento y lógica interna del contrato de fianza. Ciertamente, hablar de una condición suspensiva importa una cláusula en virtud de la cual la adquisición o nacimiento de un derecho se subordinan a un acontecimiento futuro o incierto (30). Por ende, el acto (contrato de fianza) no producirá sus efectos sino a partir del momento en que aquélla se cumple. Nos referimos sólo a la condición suspensiva y no a la resolutoria dado que no caben dudas que no se está haciendo referencia extinción del derecho en base al acaecimiento de un hecho incierto sino sólo a la “puesta en marcha” del contrato de fianza ante el incumplimiento del deudor afianzado. Vale decir, se excluyen las condiciones resolutorias (el advenimiento del hecho “hace morir” el derecho”) y el análisis se centra, por el contrario, en las condiciones suspensivas (el advenimiento del hecho “hace nacer” el derecho”) (31).

¿Es correcto sostener que el contrato de fianza no produce efecto alguno hasta tanto se configure el tan mentado incumplimiento? La postura sostenida por Lorenzetti importaría una contestación afirmativa, para nosotros, en cambio, la respuesta se yergue como negativa. Una cosa es admitir que, en virtud de la subsidiariedad la obligación del fiador se encuentre en potencia, sea eventual y ligada al incumplimiento del deudor afianzado (32); y otra muy diversa y a nuestro juicio equivocada es extender esta particularidad a la totalidad de la fianza y erigirla como un contrato conmutativo-condicional. No puede extrapolarse un aspecto de la obligación del fiador hacia todo el contrato, desconociendo la existencia de la otra parte y de una estructura particular de este negocio jurídico.

Aún más, pensemos en una fianza onerosa-bilateral tan común en el marco del acceso a la vivienda en las grandes ciudades de nuestro país. ¿Acaso no se le debe abonar la correspondiente remuneración al fiador aunque no se haya producido aún el incumplimiento del deudor? Esto sin dudas importa reconocer que el contrato produce efectos y ello obsta de plano la posibilidad de considerarlo un contrato condicional. En las fianzas gratuitas-unilaterales la conclusión es idéntica ya que si bien en ellas el acreedor solamente tiene derechos contra el fiador nadie dudaría en colegir la vigencia de deberes secundarios de conducta (colaboración, buena fe, información, conservación de las garantías, entre otras) los cuales claramente no constituyen prestaciones en sentido

estricto pero demuestran cabalmente que el contrato de fianza produce efectos desde su celebración sin que se encuentre sometido a ninguna condición suspensiva.

En orden al segundo argumento, Borda (33) nos comunica que el contrato es aleatorio cuando las ventajas o pérdidas para ambas partes o sólo para una de ellas dependa de un acontecimiento incierto y, está claro, que no se tiene certeza de que el deudor cumpla su obligación en debida forma.

V) Consecuencias jurídicas de esta calificación

a) Teoría de la imprevisión

La consecuencia de mayor relevancia en orden a considerar a la fianza como contrato aleatorio radica en la especial operatividad que en este tipo de contratos tiene la teoría de la imprevisión. Sabido es que, en líneas generales, ella reclama para su aplicación la existencia de un grave desequilibrio de las contraprestaciones sobrevenido por acontecimientos imprevisibles y extraordinarios posteriores al contrato. Sobre los contratos aleatorios en particular, jurisprudencialmente se ha dicho que debe negarse el derecho de resolución del contrato cuando la excesiva onerosidad entre en el álea normal del contrato, vale decir, en los casos de contratos conmutativos en los que sea connatural algún elemento aleatorio (34). Luego, se arguyó que no puede ser alegada la teoría de la imprevisión para desobligarse o envilecer los términos de la obligación originalmente pactada, por lo que dicha teoría encuentra su aplicación a la especie de los contratos aleatorios sólo cuando la excesiva onerosidad se deba a causas extrañas al riesgo propio del contrato (35).

Esto es lo que cierta doctrina catalogado como “álea no predispuesto” (36) por oposición al “álea predispuesto” o voluntario, entendido el primero como un factor de desequilibrio patrimonial acaecido por sobre la voluntad de las partes de un contrato u otro acto jurídico, que se manifiesta una vez celebrado el acto o el contrato, antes de la etapa de cumplimiento de las prestaciones de cualquier tipo que sean, cuando se entra en dicha etapa, o después. La diferencia crucial entre ambos tipos de álea se halla en la voluntariedad del álea predispuesto e involuntariedad del no predispuesto. Además, el álea no predispuesto siempre afecta a una o ambas partes del contrato, siempre tiene una connotación negativa, no beneficiosa; el álea predispuesto, en cambio, según el resultado venidero, puede afectar, pero también beneficiar, a una o ambas partes.

¿La teoría de la imprevisión se aplica a los contratos gratuitos? Responder esto no es baladí toda vez que, por regla la fianza es gratuita por lo tanto no sólo interesa dilucidar cómo juega la aplicación de la excesiva onerosidad sobreveniente sobre un contrato aleatorio sino además si la misma es procedente respecto de un contrato gratuito como puede serlo la fianza.

Aquí seguimos a Pizarro (37) para quien la exclusión de los contratos gratuitos de la órbita de la teoría de la imprevisión resulta injusta ya que se trata con mayor rigor a quien hace una liberalidad que a quien obtiene una contraprestación a cambio del cumplimiento de una prestación a su cargo. En un sentido concordante se ha manifestado Aparicio (38), Vázquez Ferreyra (39), Llambías (40), y las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Rosario en el año 2003 (41).

Sin perjuicio de ello hay que destacar que el CCCN en su artículo 1091 sigue la tónica del derogado artículo 1198 ya que pretende dejar fuera a los contratos gratuitos de los contratos a los cuales se les aplica la imprevisión, pero haciéndolo de un modo particular: en su letra nunca menciona a las categorías de onerosos o gratuitos sino solamente hace alusión a los conmutativos y aleatorios, pero como ya hemos dicho, éste último binomio

es considerado por el CCCN como una subespecie de los onerosos por ende se ha intentado indirectamente quitar a los contratos gratuitos del espectro alcanzado por la excesiva onerosidad sobreviniente. Sin perjuicio de la equivocada solución legal, avalada por cierta doctrina (42), creemos más justa la solución que propugnamos *ut supra*, vale decir, la factibilidad de extensión de la teoría de la imprevisión a los contratos gratuitos como podría ser, por ejemplo, una fianza.

Ahora bien, ¿cuándo estamos en presencia de una excesiva onerosidad sobreviniente ajena a la propia alea del contrato? Por supuesto que la respuesta que se impone implica diferir la solución a las circunstancias y hecho de cada caso concreto ya que, como destaca Gregorini Clusellas (43), esta definición es una cuestión librada al prudente arbitrio judicial, según la ponderación que se realice en cada caso sometido a decisión, pero procuraremos brindar algunas pautas interpretativas sobre el particular.

Creemos que, en primer término, se debe recurrir tres ejes de análisis: a) Determinar las posibilidades concretas de previsión de la parte que invoca la excesiva onerosidad en base a sus parámetros profesionales o de especialización si es que la contratación se dio en el marco de dicha especialidad; b) En caso de que lo anterior no ocurra, se deberá recurrir a la previsibilidad del hombre medio, a una previsibilidad razonable basada en un estándar lógico; c) Analizar con el prisma de los criterios anteriores el clausulado del contrato para determinar la “medida” del alea en su relación jurídica sin que dicho análisis se agote en el contrato formalizado ya que serán de gran utilidad las informaciones y acuerdos obtenidos en las tratativas contractuales y las comunicaciones adicionales que se adunen al contrato matriz.

Todo esto debería conducirnos a determinar la previsibilidad o no del hecho generador de la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración. Si el resultado del análisis nos brinda un hecho previsible pues entonces el mismo estará inmerso en el alea del contrato debiendo las partes tolerarlo, aunque éstas no la hayan reconocido expresamente.

Luego, para que la invocación de la teoría de la imprevisión resulte exitosa, el hecho que determina su funcionamiento debe reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Por lo tanto, debe ser un hecho actual, imprevisible, inevitable, sobreviniente a la constitución de la obligación, ajeno a quien lo invoca y contar con entidad para provocar alteraciones significativas (44) en las prestaciones en juego. Debemos aclarar que, si bien comparten los recaudos de procedencia, en el caso fortuito ellos dan pábulo a un impedimento absoluto, lo que no ocurre en la imprevisión ya que en esta última se origina una desproporción grave en la obligación del deudor.

Para ilustrar la situación, Alterini (45) trae a colación, con cita de Planiol-Ripert el caso de Waldeck en el cual éste último le transfirió al Estado su colección de antigüedades americanas a cambio de una renta vitalicia. Pero Waldeck, que tenía más de cincuenta años al momento de la contratación, no falleció hasta los ciento nueve por lo cual el Estado pagó cinco o seis veces el precio pedido por la colección, fijado en su momento en 40.000 francos.

Vemos cómo en el ámbito de los contratos aleatorios, la imprevisión no cuenta con requisitos diferentes a aquellos exigidos para la figura en general, sino que ellos deberán ser analizados de una manera particular, vale decir, a través de los términos del contrato y fundamentalmente, de las circunstancias, informaciones y cuestiones afines que rodean a la contratación. En base a ellas es que se justifica atemperar el principio *pacta sunt servanda* en manos de la cláusula implícita en todo contrato *rebus sic stantibus*.

b) Lesión

La consecuencia restante en orden a la presencia de un contrato aleatorio radica en que la lesión como vicio de los actos jurídicos, regulada por el CCCN en el artículo 332 juega de un modo disímil a lo que acontece con los restantes contratos. Ciertamente, la lesión sólo es aplicable a un contrato aleatorio si una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuvo una ventaja desproporcionada y sin justificación que va más allá de la que se deriva naturalmente de la aleatoriedad propia del contrato. Como apunta Sanchez Herrero (46), es lo que ocurriría, por ejemplo, si, contra la entrega de un inmueble, se pacta una renta vitalicia en la que la renta es inferior al valor locativo del bien entregado.

Tal entendimiento es de total justicia ya que implica, al igual de lo ocurre con la teoría de la imprevisión, una amalgama entre las características propias del instituto con la lógica de los contratos aleatorios y la incertidumbre jurídica-económica que ellos traen implícita connaturalmente.

Jurisprudencialmente se ha interpretado sobre la lesión que en base al artículo 954 (hoy derogado) del Código Civil que dicho artículo no restringe el ámbito de aplicación de la lesión a los contratos conmutativos, sin embargo, con respecto a los contratos aleatorios, debe distinguirse si el alea es real o ficticia y luego determinar si computando el alea real se configura, de todos modos, una inequitativa explotación de la diferencia notable de las prestaciones (47).

c) El álea contractual como especial pauta interpretativa

Si bien la doctrina agota las derivaciones prácticas de los contratos aleatorios en las dos reseñadas precedentemente, deseamos añadir una tercera que atienda no sólo a la naturaleza aleatoria de un contrato en particular sino a la estructura de la cual es mismo se ha visto dotado.

De esta manera creemos que el álea contractual no sólo debe tener incidencia en el resultado económico del contrato, en las ventajas o pérdidas que el mismo trasunte, sino que otros momentos de la vida de un pacto requieren del álea como factor determinante. Así, se pueden presentar situaciones de interpretación o de integración ante conceptos oscuros o lagunas jurídicas en donde el operador jurídico no sólo deberá acudir a los preceptos normados hoy día en el CCCN, sino que le será imprescindible no perder de vista el contenido aleatorio del contrato y la especial naturaleza que el mismo demuestra.

Por ello estimamos pertinente añadir como consecuencia jurídica de considerar a la fianza como un contrato aleatorio esta tendiente a implementar la indeterminación de las ventajas o pérdidas como prisma a través del cual analizar todas las vicisitudes que puedan sobrevenir en la etapa de cumplimiento contractual pero destacando dos de ellas: la interpretación y la integración del contenido del contrato.

VI) A modo de colofón

Concluimos en base a lo vertido en el texto que la fianza debe ser caracterizada dentro de la clasificación técnico-jurídica de los contratos como un contrato aleatorio reconociendo, sin embargo, que la decisión no se encuentra exenta de polémicas.

Creemos que un estudio pormenorizado de la estructura y funcionamiento que le son propios al contrato de fianza así como también de las relaciones, muchas veces complejas, que se tejen entre los diversos actores de la contratación dan sustento suficiente a nuestra conclusión sin que ella revista un mero interés teórico o abstracto sino que, muy por el

contrario, adoptar la tesis propuesta trae aparejada una serie de efectos prácticos y concretos de gran relevancia según les hemos pasado revista.

VII) Citas bibliográficas

- (1) Highton, E. I. Introducción al estudio de las garantías en los contratos de empresa, Jurisprudencia Argentina, 1988-III, p. 754.
- (2) Molina Sandoval, Carlos A. Fianza general y sobre obligaciones futuras, La Ley 2016-F, 1021, Cita Online: AR/DOC/3547/2016.
- (3) Fresneda Saieg, M. L., en la presentación de la obra Fresneda Saieg, M. L. (directora), (2008). La contratación en el siglo XXI. Buenos Aires: El Derecho. p. 8.
- (4) Gregorini Clusellas, E. L. Clasificación de los contratos en el Código de Vélez y en el Proyecto del año 2012. Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. I, año 2014, Rubinzal Culzoni Editores. p. 315.
- (5) Ver Bibiloni, J. A. (1939). Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino. Buenos Aires: Kraft.
- (6) Quien sostuvo, a su vez que “la subdivisión de los contratos, de acuerdo a sus caracteres y efectos jurídicos, debe ser objeto de la doctrina y escapar a las normas legales”, Lafaille, H. (1953). Derecho Civil. Contratos. Buenos Aires: Ediar. t. VIII. p. 29.
- (7) Mosset Iturraspe, J. (2003). Contratos, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. p. 57.
- (8) Borda, G. (1983). Manual de Contratos. Buenos Aires: Perrot. pp. 20 y 55.
- (9) Spota, A. G. (1975). Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Buenos Aires: Depalma. t. I. pp. 111 y ss.
- (10) Cfr. Llambías, J. J. – Alterini, A. A. (1985). Código Civil Anotado, Buenos Aires: Abeledo-Perrot. t. III-A. p. 24.
- (11) Aparicio, J. M. (1997). Contratos. Parte general, Buenos Aires: Hammurabi. t. I. p. 109.
- (12) Pothier, R. J. (1961). Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Omeba, citado por Mouliá, A., Contratos. División y Clasificación, Revista del Notariado n°382, 01/01/1931, 259, La Ley, Cita Online: AR/DOC/6712/2011.
- (13) Josseland, L. (1950). Derecho Civil, Barcelona: Bosch. t. II. vol. I. p. 19.
- (14) CNCiv., sala C, 31/05/1983, “Yacub, Enrique c/ Mar Caribe S.R.L.”, La Ley 1983-D, 514 con nota de Alberto G. Spota.
- (15) Garrido y Zago colegían que, en base al tratamiento y la definición de los contratos aleatorios en el Código Civil y los antecedentes del derecho francés, Vélez Sarsfield se basó en el artículo 1964 del Código Napoleón al regular los contratos aleatorios. Ver, Garrido, R. F. – Zago, A. J. (1998). Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires: Edit. Universidad. t. II. Si bien el artículo francés habla de ventajas “y” pérdidas, es más saludable la decisión de nuestro CCCN de mantener la dicción de Vélez, vale decir, ventajas “o” pérdidas.
- (16) Gastaldi, J. M. El alea en los contratos. La Ley 2005-E. p. 1211.
- (17) Cfr. Bueres, A. J. – Mayo, J. Lineamientos generales sobre las garantías de las obligaciones en el Derecho Privado. Revista de Derecho Privado y Comunitario 1993-n°2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores. pp. 7 y ss.
- (18) Mosset Iturraspe, J. Contratos, ob. cit. p. 83; CNCiv., Sala D, 19-IX-2006, “Ferola K. c/ Sola Argentina”, La Ley, 2007-A, 554.
- (19) Stiglitz, R. S. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. ob. cit. p. 94.

- (20) Ghersi, C. A. (1992). Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires: Astrea. t. I. p. 274.
- (21) Cfr. Leiva Fernández, L. F. P. La aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios (revisión de los actos jurídicos aleatorios) en La Ley 203-E. p. 1328 Cita Online: AR/DOC/10701/2003.
- (22) Siguiendo a Borda, si bien la accesoriedad y la subsidiariedad de la fianza constituyen caracteres del contrato y de hecho son tratados como tales por la mayoría de la doctrina nacional y comparada, su importancia permite considerarlos como verdaderos elementos constitutivos. Ver Borda, A. (2009). El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador. Buenos Aires: La Ley. p. 62.
- (23) Hernández, C. A. – Frustagli, S. A. Crédito y garantías, en Nicolau, N. L. – Hernández, C. A. (directores), Frustagli, S. A. (coordinadora). (2016). Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: La Ley. p. 872 con cita de Valenzuela Garach.
- (24) Nasi, F. – Rocca, R., El contrato de fianza pertenece a la categoría de los aleatorios, ponencia presentada en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en homenaje al Prof. Miguel Ángel Ciuro Caldani, celebradas los días 22, 23 y 24 de diciembre de 2005 en la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires.
- (25) Esper, M. (2011). Manual de contratos civiles y comerciales. Parte especial. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 595.
- (26) Ariza, A. C. Contrato de fianza en el Código Civil y Comercial, en Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril). p. 457. Cita Online: AR/DOC/1168/2015. No obstante, Ariza apunta en dicho trabajo que "...preciso es reconocer que esa función de garantía del contrato deja al fiador en una suerte de "exposición deuditoria" que es la que justifica que en el Código Civil y Comercial se hayan diseñado soluciones que tienden a limitar un aumento del riesgo de exposición (vgr. a través de la regulación de un tope máximo para las fianzas generales ex art. 1578)".
- (27) Lorenzetti, R. L. (2000). Tratado de los contratos, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores. t. III. p. 488.
- (28) Hernández, C. A. Fianza en Nicolau, N. L. (directora), Ariza, A. C. – Hernández, C. A. (coordinadores). (2009). Fundamentos de derecho contractual. Parte especial. Buenos Aires: La Ley. t. II. p. 616.
- (29) Recordemos que, en palabras de Llambías, se denomina modalidades de los actos jurídicos a ciertos elementos accidentales que alteran los efectos normales de dichos actos, ya tornando incierta la existencia de los derechos respectivos, ya postergando su ejercicio, ya gravando con obligaciones accesorias su adquisición. Las tres especies de modalidades son: la condición, el plazo y el cargo. Ver, Llambías, J. J. (1997). Tratado de derecho civil. Parte general. Buenos Aires: Perrot. t. II. p. 321.
- (30) Cfr. Borda, G. A. (1996). Tratado de derecho civil. Parte general. Buenos Aires: Perrot. t. II. pp. 232 y 234.
- (31) En Roma esta distinción entre condiciones suspensivas y resolutorias surgió como creación de los intérpretes jurídicos y originalmente sólo se admitían las condiciones suspensivas. Cuando se procuraba lograr un efecto semejante al que producían las condiciones resolutorias, en realidad, había que realizar un doble negocio: uno principal, que era un negocio puro y simple; y otro negocio condicional que era complementario del primero. Ver, Casiello, E. V. (2003). Derecho Romano. Rosario: Talleres Gráficos Fervil S.R.L. p. 112.
- (32) Se ha destacado que, hoy en día, la subsidiariedad apunta a que la obligación del fiador es de distinto grado y está en otro plano que la deuda principal. Consecuencia de ello es que su exigibilidad presupone la exigibilidad y vencimiento de la obligación fiada. En definitiva, el fiador paga siempre en lugar del deudor principal. Ver, Guilarte Zapatero, V. (1997). Jurisprudencia sobre la fianza y demás garantías. Revista La Ley Actualidad. Madrid. p. 16.

- (33) Borda, A. El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador. ob. cit. p. 61.
- (34) CNCiv., sala G, 08/09/1981, “Beltrán, Haydée C. y otra c/ Raffo, Nicolás”.
- (35) CFed. Mendoza, sala A, 24/01/2003, “Stocco de Vianni, Florinda c/ Estado Nacional”, La Ley Gran Cuyo 2003-328.
- (36) Nantillo, I. A. El álea en los contratos (“de alea in pactis”). Revista DCCyE 2014 (diciembre). p.145. Cita Online: AR/DOC/2449/2014. En la nota 8 de su trabajo, el autor echa mano a una original caracterización de ambos conceptos: “Si la diosa Fortuna augura el alea predispuesto, las Moiras auscultan el alea no predispuesto, no sabiendo cuándo habrá de cortarse el hilo del contrato”.
- (37) Pizarro, R. D. La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero). p.273, Cita Online: AR/DOC/388/2015 con cita de Rubén Stiglitz.
- (38) Entiende el autor que si cuenta con ella quien celebra un contrato a título oneroso, con mayor razón merece tal amparo el que asume un compromiso sin contrapartida en favor de otro, cuando la prestación que debe cumplir se torna sumamente gravosa por un suceso excepcional que no pudo ser razonablemente previsto. Ver, Aparicio, J. M. Contratos. Parte general, ob. cit. t. 3. p. 405.
- (39) Vázquez Ferreyra, R. A. La teoría de la imprevisión en los contratos gratuitos. Jurisprudencia Argentina, 1984-III. p. 802. Cita Online: 0003/1001617-1.
- (40) Llambías, J. J. Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711. Revista de Jurisprudencia Argentina 1969, pp. 312 y ss.
- (41) En la Comisión N°3 de Contratos se concluyó por unanimidad que: “La revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente —art. 1198, 2a parte— no agota los supuestos frente al desequilibrio negocia] en los contratos de duración” (despacho de lege lata 4).
- (42) Autores como Mosset Iturraspe comentan que tal solución se justifica porque se trata de corregir desequilibrios sobrevinientes entre las prestaciones derivadas de un contrato, presupuesto fáctico que no puede darse en un contrato gratuito. Ver, Mosset Iturraspe, J. Contratos. ob. cit. p. 373.
- (43) Gregorini Clusellas, E. L. (2009). Derecho de los contratos. Buenos Aires: Hammurabi. t. II. p. 1062. Continúa el autor diciendo que no cabe establecer coeficientes matemáticos que el legislador no impuso, precisamente para permitir esa prudente evaluación, lo cual es un acierto.
- (44) CNCiv., sala I, 30/09/1997, “Enríquez, Hugo A. y otro c/ Berelejis, Silvio”, La Ley 1998-B-116.
- (45) Alterini, A. A. (2012). Contratos Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría General, Buenos Aires: Abeledo-Perrot. pp. 407 y 40.
- (46) Sánchez Herrero, A. Los contratos conmutativos y aleatorios en el Código Civil y Comercial. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N°283. La Ley, Cita Online: AP/DOC/135/2017, con cita de Aparicio.
- (47) CNCiv., sala H, 22/10/1996, “Gómez, Carlos J. c/ Álvarez, Gustavo C.”, La Ley 1998-B, 112 – DJ, 1997-1-68