

# Garantías, autonomía y fianza

Mario César GIANFELICI (\*)

## 1. Introducción: garantía en general

La garantía, en general, es una seguridad contra una eventualidad cualquiera (1). Este concepto es el reflejado por el origen etimológico de dicha expresión. En efecto, la palabra «garantía» proviene de «garante», que a su vez deriva del antiguo alto alemán *wahrem*, que significa «guardar» (2).

La idea de garantía es imprescindible en Derecho atento la naturaleza propia de la norma jurídica la que, a diferencia de la ley física, no es de cumplimiento inexorable: perteneciendo al ámbito del deber ser, su cumplimiento depende, en primera instancia de la voluntad del hombre y, en su defecto, de algo menos contingente: la garantía (3).

Las garantías jurídicas se enlazan unas con otras: así, la idea de obligación, es ya de por sí una garantía de que lo prometido será cumplido (4). Pero el hombre, libre albedrío, puede no cumplirla. De ahí que a ella se añada otra garantía: la sanción de la norma frente al incumplimiento (5). Es la *obligatio romana*, el *haftung alemán*, o «relación de responsabilidad».

Finalmente, si la sanción es patrimonial, existe la eventualidad de que el patrimonio del deudor se disminuya, constituyéndose así garantías especiales en

---

(\*) Profesor titular de Derecho Civil III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

(1) *Diccionario Enciclopédico Hispano Americano*, Montaner Simón -Barcelona-, W.M. Jackson, Inc. -Nueva York-, t. X, p. 127. *El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, 20ª edic., p. 721, define a la voz «garantía», en su tercera acepción, como «cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad».

(2) *Diccionario Enciclopédico Hispano Americano*, ib. Según el *Diccionario Etimológico Español e Hispano*, S.A.E.T.A., Madrid, 1954, la expresión «garantía», proviene del franquico *warrand*, «asegurar».

(3) Concordantemente con lo expuesto, se ha afirmado que «Todo el derecho contiene garantías» o que «...sin garantía no hay derechos». FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 322.

(4) Nuestro codificador, en nota al art. 953, Cód. civ., expresa: «La obligación tiene por objeto transformar en actos necesarios y ciertos, actos voluntarios que no son en sí mismos sino acontecimientos accidentales e inciertos. El fin definitivo de la obligación es colocar al acreedor en una posición tal que pueda contar con certidumbre sobre la posibilidad de esos acontecimientos...».

(5) Por ello, desde el Derecho romano, la acción, constituye la sanción de los derechos subjetivos. PETIT, Eugene, *Derecho romano*, México, Porrúa S.A., 1990, p. 611, nro. 707. En este sentido lato, la palabra garantía comprende todos los medios de defensa de los derechos subjetivos:

seguridad de la solvencia patrimonial. Vemos así articularse tres garantías sucesivas para asegurar el cumplimiento de una promesa.

Ello explica que la expresión «garantía», se presente en Derecho como un término multívoco, es decir con diversas acepciones. De todas ellas, la tendencia es reservarla, como sentido propio, para aludir a cualquier medio especial o adicional de asegurar la satisfacción de un crédito, con exclusión de los medios generales de defensa del mismo por ser estos hoy día inherentes a la obligación (6).

## **2. Garantía en sentido estricto: caracteres**

### **2.1. Naturaleza jurídica**

Toda garantía, sentido estricto, constituye una nueva relación jurídica, que importa un deber y un poder o facultad o derecho subjetivo respectivo, que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar (7). En un sentido más estricto aún, suele reservarse la expresión garantía sólo para aquéllas que constituyen un derecho subjetivo.

### **2.2. Accesoriedad**

Entre ambas relaciones existe una relación de subordinación, de modo tal que puede hablarse de un derecho principal, que es el derecho de crédito, y de un derecho accesorio, que es el derecho de garantía. En cuanto a la virtualidad de tal calificación, es sabido que la accesoriedad significa que el derecho subordinado depende en cuanto a su nacimiento y subsistencia del derecho principal.

Sin embargo, si bien el carácter expuesto es el normal o natural, no es necesario, ya que las garantías también pueden constituirse, por voluntad de las partes como independientes o autónomas. No obstante, no debe dejar de tenerse presente que, aun así, el derecho de garantía esta sujeto en su configuración al principio de legalidad, desde que su creación y eficacia depende de los requisitos predeterminados en la ley (8).

## **3. Clasificación**

### **3. 1. Garantías legales y convencionales**

Se suele clasificar las garantías en legales y convencionales; sin embargo

---

tales la garantía de saneamiento, las acciones reales y posesorias, la acción revocatoria, la resolución por incumplimiento, etc. Conf. FARINA, ob. cit., p. 321.

(6) DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1993, t. II, p. 396. Téngase presente que la primera garantía se estableció por un contrato celebrado con el deudor, denominado nexum, acto que establecía la sujeción personal del deudor para el caso que el acreedor no devolviese al acreedor lo recibido en préstamo; ZANNONI, Eduardo A., *La obligación*, Bs.As, Astrea, 1994; OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, p. 485;

(7) DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., t. II, p. 396.

(8) *Ib.*, p. 397.

no siempre se recurre al mismo criterio de diferenciación. A nuestro juicio son dos, para una misma distinción. A saber:

a) Según la libertad que tiene el deudor de prestarla o no: las garantías pueden ser espontáneas u obligatorias.

Las primeras son las constituidas por el deudor sin estar obligado a prestarla en virtud de una norma precedente (9).

Las obligatorias, por lo contrario, son aquéllas que por ley o por voluntad de las partes existe el deber jurídico de prestarla, tal lo que sucede con la fianza legal o judicial, reguladas por los artículos 1998 y 2000 Cód. civ. arg. y la fianza convencional cuya posibilidad se desprende de lo dispuesto por los artículos 1999 Cód. civ., y de la que hacen aplicación los artículos 2080 y 2087 del mismo cuerpo.

Es decir que en ejercicio de la autonomía privada, es válido comprometerse a constituir una garantía, a través de un contrato, el que sería innominado o bien a través de un testamento, pese al calificativo de «convencional» utilizado para designarlas (10).

b) Según la causa fuente de la relación jurídica de garantía: atento a este criterio, y tomando la expresión garantía en sentido lato, las garantías legales o creadas por la ley, comprende los diversos medios de tutela que la ley, por sí, brinda al crédito, tales la garantía de saneamiento, los privilegios, el derecho de retención, etc.. También podría incluirse los supuestos de solidaridad pasiva dispuesta por ley, tal el artículo 1081, Cód. civ., la obligación de los socios por las deudas sociales en la sociedad civil y los casos de responsabilidad indirecta (11). Dentro de este criterio se ha dicho que, además de las garantías legales y judiciales, existen también garantías de orden judicial, tal el embargo que, como es sabido concede preferencia por su orden de anotación (12).

---

(9) Téngase presente que no existe una obligación general de prestar garantía, en particular fianza. Por excepción el acreedor puede exigirla en el supuesto del art. 2002, Cód. civ. Conf. LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. V, Bs. As., Zavalia, 1995, p. 33 y ss.

(10) LOPEZ DE ZAVALIA, ib., ps. 22 y ss. Comp. DIEZ-PICAZO, t. II, p. 397, quien parece mezclar este criterio clasificatorio con el que veremos a continuación, infra, 3.2. El fiador que se presente en cumplimiento de tal obligación de prestarlo, debe ser solvente, pues de lo contrario el acreedor puede exigir otro, disponiendo en defecto, de las sanciones de los arts. 505 y 1204. LOPEZ DE ZAVALIA, ib., p. 32 y 34. Obsérvese que la distinción de referencia no carece de interés, ya que mientras las garantías legales y judiciales están sujetas a los requisitos del art. 1998, C. civ. y son sustituibles, art. 2000, C. civ., lo contrario sucede con las convencionales, art. 1999, C. civ. Aún la distinción entre legales y judiciales tiene relevancia, ya que lo dispuesto por el art. 2013, inc. 8 sólo le es aplicable a las judiciales. Conf. LOPEZ DE ZAVALIA, ib.

(11) Comp. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1980, p. 324 En cuanto a los supuestos de responsabilidad indirecta, es común vincular la «garantía» con un factor de atribución objetivo. Sin embargo, nos parece que la «garantía», sólo define la función que la obligación impuesta desempeña, independientemente del fundamento, subjetivo u objetivo en base al cual el ordenamiento jurídico constituye al sujeto en responsable-garante.

(12) CAZEAUX, Pedro N, TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, t. IV, Platense, 1994, p. 3 y ss.

Por lo contrario, las garantías convencionales, o más propiamente voluntarias, son las constituidas a través de un negocio jurídico. Las garantías en su más estricto sentido, de medios especiales destinadas a asegurar la insolvencia del deudor, nunca vienen impuestas por la ley sino que siempre son voluntarias. Así está claro que no se puede ser fiador ex-lege o ex-sentencia (13), como que no hay hipotecas legales (art. 3115, Cód. civ.).

### **3.2. Garantías reales y personales**

También aquí existen dos criterios para una misma distinción, uno amplio y otro estricto.

a) Criterio amplio: Toma en consideración el asiento de la garantía, independientemente de la naturaleza real o personal del derecho de garantía.

Las reales son las que conceden al acreedor un poder jurídico sobre cosas concretas y determinadas, sea que le atribuyan al acreedor un derecho real de garantía, como el de prenda, hipoteca o anticresis; la propiedad de una cosa o derecho (p.ej., la transmisión fiduciaria) o la reserva de su propiedad (pacto de reserva de dominio); o facultades posesorias sobre cosas determinadas o sumas de dinero (derecho de retención, arras).

Las personales, son las que confieren al acreedor un derecho o facultad no respecto de cosas concretas y determinadas, sino respecto de la persona de un tercero (fianza, aval, solidaridad pasiva) o incluso una facultad subsidiaria contra el mismo deudor (cláusula penal) (14).

b) Criterio estricto: Toma en consideración la naturaleza jurídica real o personal de la relación jurídica de garantía. Según este criterio, son garantías reales la hipoteca, la prenda y la anticresis, mientras que personales las que derivan de la fianza y el aval (15).

## **4. Negocios jurídicos de garantía**

### **4. 1. Noción**

Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, se desprende que si bien el deber de presentar garantía puede ser legal, judicial o convencional, el derecho de garantía, en su sentido más estricto, siempre nace de un negocio jurídico, al que cabe denominar, negocio de garantía.

No existe en nuestro derecho positivo una definición de negocio de

---

(13) La fianza sólo puede ser legal o judicial, según el criterio expuesto, supra, 3.1. LOPEZ DE ZAVALIA, ob.cit, t. V, p. 23. No obstante, este autor -ib., n. 32- caracteriza la posición de los socios frente a las deudas sociales, como una cofianza simple.

(14) Adopta este criterio, DIEZ-PICAZO, ob. cit., p. 396 y 397. Como puede apreciarse, no todos los ejemplos lo son de garantías en sentido estricto, sino que tienen que ver con el concepto de garantía en sentido amplio, tal el de la cláusula penal. También parecen adherir a este criterio amplio CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, t. IV, cit., p. 3 y ss.

(15) Sigue este criterio, entre otros, SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho civil argentino. Derechos reales*, t. IV, Bs. As. Tea, 1960, nro. 2169, p. 3.

garantía. A nuestro juicio, corresponde caracterizárselo como todo acto o negocio jurídico que tiene por finalidad esencial la constitución de una garantía, sentido propio, esto es asegurar la efectividad o satisfacción de un crédito (16).

Decimos «finalidad esencial» ya que muchos son los contratos que si bien persiguen una finalidad de garantía, por no ser esta esencial no cabe denominarlos propiamente contratos de garantía, tal el leasing, factoring, etc. (17).

Cabe destacar que entre los negocios de garantía cobran especial interés los constituidos en interés ajeno, tal la fianza, ya que comprometen el patrimonio de un tercero.

#### **4.2. Comparación con las cartas de recomendación o patrocinio**

La expresión carta, según el Diccionario de la Lengua Española, es un escrito que una persona remite a otra para comunicarse con ella. Aunque el contenido de las cartas de recomendación puede ser diverso, se particularizan, en general, por ser documentos por los cuales se persigue infundir en el otorgante de un crédito la seguridad de que su acreencia le será satisfecha. No obstante tales manifestaciones sólo excepcionalmente constituyen una oferta de negocio de garantía, por lo cual se las suele denominar «cuasigarantías», «garantías indirectas» o «garantías en sentido económico».

Así, el supuesto más simple es el de la carta de recomendación que contiene sólo información respecto de la probidad o solvencia de una persona o sociedad. En tales supuestos no hay intención de constituir una garantía y sólo puede generar responsabilidad extracontractual por los daños que experimente el destinatario en razón de la confianza que, en la solvencia del recomendado, dicha carta le suscitó. En nuestro Derecho tal responsabilidad del dador requiere:

a) Que éste haya actuado con dolo («afirmando falsamente la solvencia del recomendado» -art. 2009, Cód. civ.-), lo cual debe ser probado por el perjudicado;

b) La relación de causalidad entre la información suministrada y el daño, la que puede ser desvirtuada por el destinatario acreditando que «no fue su recomendación la que condujo a tratar con su recomendado, o que después de su recomendación le sobrevino la insolvencia al recomendado» (art. 2009, Cód. civ.);

c) Que el perjudicado sea el destinatario de recomendación, aunque respecto de tal recaudo se registra discrepancia doctrinaria (18).

Igual efecto que la anterior, genera la denominada la «carta de recomendación de crédito» (art. 2007, Cód. civ.) (19), comunicación de una persona (dador)

(16) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. IV, p. 358. FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, p. 321.

(17) FARINA, Juan M., ob. cit., p. 323, n. 59, con cita de Elena Highton. Obsérvese que algo similar sucede con otros contratos, tal el depósito, respecto del cual se predica que, si bien hay muchos negocios que obligan a las partes a guardar y conservar una cosa, sólo en él constituye la finalidad esencial.

(18) Conf. LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V, p. 63, y nota 75.

(19) Figura que es distinta a la «carta de crédito», regulado por los arts. 484/91, Cód. de Com.,

a otra (destinatario), para que éste entregue a una tercera (tomador o beneficiario) una cantidad de dinero o mercaderías.

Para que las cartas preindicadas constituyan oferta de fianza, la ley exige que el dador declare expresamente, que se hacía responsable del crédito (art. 2007, Cód. civ., aplicable a las cartas de solvencia y probidad) (20).

Finalmente, un supuesto especial lo constituyen las cartas de patrocinio por las cuales el deudor sin asumir la deuda de la filial ni los riesgos de las pérdidas que pueda sufrir el destinatario, se compromete a mantener una determinada conducta frente a ella, p.ej., la sociedad matriz que promete que mantendrá la misma participación en la sociedad filial, o a no perturbar su situación financiera o a velar para que esta disponga de activos financieros, etc.. En este supuesto nos encontramos frente a la promesa de un hecho propio que genera una obligación de hacer, la que en caso de incumplimiento puede generar el deber de indemnizar daños y perjuicios (art. 505 y conc., Cód. civ.) (21).

Vemos pues como las cartas de recomendación o patrocinio puede ofrecer diverso contenido, a saber, proporcionar información, prometer un hecho propio con relación al recomendado, o asumir el riesgo de su insolvencia. Sólo este último supuesto constituiría oferta de fianza.

### 4.3. Reseña histórica

En el Derecho romano, ya se conocieron negocios de garantía personal y real, antecedentes de nuestras actuales figuras típicas (22).

Negocio de garantía personal fueron sucesivamente:

a) La *adpromissio*, que evolucionó en tres fórmulas progresivas, todas con la estructura de la *stipulatio*, adquiriendo en la última etapa las características similares a la fianza actual;

b) El *mandatum pecunia credendae*, en que el acreedor tiene el rol de mandatario y el garante el de mandante, siendo el deudor principal la persona a quien se le prestaba, lo cual posibilitaba al acreedor, en caso de incumplimiento, dirigir su acción tanto contra el deudor (*condictio ex mutuo*), como contra el garante (*actio mandati contraria*); y

c) La *constitutio debiti alieni*, que consiste en un pacto por el cual un tercero asume la obligación de pagar a día fijo una deuda preexistente -a diferencia de la figura anterior la que debía preceder a la obligación principal,

---

ya que ésta exige que se indique la cantidad fija o el máximo a entregar al destinatario. LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit. t. V, p 59 y ss.

(20) LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit. t. V, ps. 62 y 63. Estimamos que este supuesto es equivalente a lo que DIEZ-PICAZO -op. cit., t. II, p 467-, señala como cartas de patrocinio por las que «el emitente declara que asume el riesgo de las pérdidas que pueda sufrir el beneficiario», supuesto en los que considera que se genera una «auténtica obligación de garantía», al que supletoriamente corresponde aplicar la normativa de la fianza.

(21) DIEZ-PICAZO, ob. cit., t. II, p. 567; FARINA, ob. cit., p.327.

(22) Sobre tales antecedentes: Enciclopedia Jurídica Omeba, voz «Contrato de garantía», t. IV, p. 358; LOPEZ de ZAVALIA, ob. cit., t. V, ps. 8 y ss.; PETIT, Eugene, op. cit., nros. 314 y ss.

siendo para algunos el antecedente de la figura del «fiador principal pagador».

En cuanto a las garantías reales, existieron (23):

a) La enajenación con fiducia, que es el procedimiento más antiguo, por el cual el deudor transfiere al acreedor la propiedad de una cosa de su patrimonio, agregándose a ello un pacto de fiducia, por el cual el acreedor se comprometía a transferir nuevamente la propiedad de la cosa al deudor, después del pago;

b) El pignus (prenda), figura mas sencilla y favorable al deudor, por el cual éste entregaba al acreedor la posesión de una cosa, y ,éste se obligaba a devolverla después del pago, al que a veces se unió el pacto de anticresis, por el cual el acreedor tenía derecho a recoger los frutos de la cosa; y

c) La hipoteca, figura por la cual sólo se concede al acreedor el derecho, para el caso de no ser pagado al vencimiento, de hacerse poner en posesión de la cosa, considerándose cláusula esencial, bajo Justiniano, el derecho para vender la cosa y cobrarse. Esta garantía real, a diferencia de las anteriores, permitía al deudor conservar la propiedad y la posesión de la cosa hipotecada en tanto su deuda no se haya vencido.

#### 4.4. Tipicidad

No existe en nuestro Derecho una regulación integral de las diversas figuras que pueden caer dentro de la denominación genérica de «negocios de garantía» (24). Algunos se hallan regulados separadamente, tal es así que entre ellos los hay con doble regulación, mientras que otros no están regulados, de todo lo cual se colige que pueden ser típicos o atípicos.

Así, son negocios de garantía típicos: la fianza regulada por los artículos 1986 y ss., Cód. civ. y 478 y ss. Cód. de com.; la constitución de principal pagador, artículo 2005, Cód. civ.; la hipoteca (arts..3108 y ss., Cód. civ.) y la anticresis (arts.. 3239 y ss. Cód. civ.); la prenda común (arts.. 3204 y ss. Cód. civ. y 580 y ss. Cód. de com.) y la prenda con registro, en regulación especial; el warrant (ley 928 y 9643); el aval cambiario (arts..32 y ss., decreto-ley 5965/63). Entre los atípicos puede citarse los denominados negocios autónomos de garantía o garantías a primer demanda o requerimiento.

En este marco es oportuno destacar que si bien la fianza, no es la única garantía personal, su regulación opera como una suerte de derecho común de las garantías personales y, agregamos nosotros, de las garantías constituidas en interés ajeno, mientras que las restantes quedan dotadas de cierta excepcionalidad (25), de ahí su trascendencia.

#### 4.5. Naturaleza jurídica. Quia de la fianza como acto unilateral

---

(23) Sobre sus precedentes romanos, PETIT, *ib.*, nros. 241 y ss.

(24) FARINA, Juan M., *ob. cit.*, p. 321.

(25) DIEZ-PICAZO, Luis, *ob. cit.*, t. II, p. 416.

Los negocios de garantías pueden ser negocios jurídicos bilateral, tales los contratos de fianza, hipoteca, prenda y anticresis o bien actos jurídicos unilaterales, como el aval cambiario.

Ahora bien, cabe preguntarse si alguna garantía puede constituirse de uno u otro modo, es decir por contrato o por acto unilateral. Tal la cuestión que presenta el tenor del artículo 1987, Cód. civ., respecto de la fianza (26).

Según el criterio mas generalizado, que se apoya en la traducción castellana del artículo 3286 de Freitas, la fianza como acto unilateral mentada por el artículo 1987, Cód. civ. es la que se da en los supuestos de fianza legal y judicial, referidos en el artículo 1998 (27). También se ha sostenido, además de estos supuestos, que el artículo ha querido aludir a la oferta de fianza.

Otro punto de vista ve en la especie un supuesto en que la ley reconoce a la declaración unilateral de la voluntad como fuente de la obligación, poniéndose como ejemplo al aval cambiario (28).

Finalmente, se ha sostenido (29) que el supuesto se explica a la luz de la figura del contrato a favor de tercero: se trataría de un contrato entre estipulante (deudor) y promitente (garante) que para el tercero beneficiario (acreedor) aparece como un acto unilateral, el cual antes de la aceptación le hace nacer la expectativa de tener como fiador al promitente. La aceptación notificada del acreedor, si bien no es una aceptación contractual, hace irrevocable la adquisición, de ahí la referencia a la aceptación en el artículo en cuestión. El artículo 1987, Cód. Civ. introduciría la novedad, respecto del artículo 504, de contemplar un supuesto de estipulación pura a favor de un tercero y no simplemente accesoria.

Obsérvese que en equivalencia al último criterio expuesto, en la doctrina española se habla de una fianza constituida por negocio plurilateral: deudor, fiador y acreedor. Si las manifestaciones de voluntad no han sido simultáneas,

---

(26) Art. 1987, Cód. civ.: «Puede también constituirse la fianza como acto unilateral antes que sea aceptada por el acreedor». Sobre esta cuestión, LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V, ps. 12 y ss. Algunos denominan a la figura del artículo citado «promesa de fianza». Sin embargo cabe observar que tal expresión es ambigua pues tiene varios significados posibles: a) declaración de voluntad unilateral del fiador (oferta o promesa); b) contrato por el cual el deudor se compromete frente al acreedor a presentar fiador; y c) contrato preliminar entre el futuro acreedor y el futuro fiador por el cual éste se obliga a concluir un contrato de fianza. Sobre tales sentidos, LOPEZ DE ZAVALIA, ib. t. V, p. 57 y sigte.

(27) A tal punto de vista cabe objetar que, en tales supuestos, no es enteramente exacto que la fianza «quede constituida» por la mera manifestación unilateral del fiador, sino que lo serán en la forma prevista por la ley que la ordene, la que puede ser un contrato o a través de dos actos unilaterales (tal el del fiador y la aprobación del juez, aunque la de este último no sea en rigor una manifestación contractual). LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V, ps. 14 y 17.

(28) Se ha objetado -LOPEZ DE ZAVALIA, ib.- que según tal lectura el texto se limitaría a enunciar una posibilidad general que precisaría concretarse en otra norma que específicamente la autorice, ya que no cabría admitir una regla genérica de creación unilateral de la fianza, pues ello tornaría inútil la fianza por contrato. Ello, sin perjuicio de la acertada observación de que el aval, no es en rigor fianza. DIEZ-PICAZO, ob. cit., t. II, p. 426, en cambio, considera que no «parece existir inconvenientes en la constitución unilateral de la fianza».

(29) A esta tesis adhiere LOPEZ DE ZAVALIA, ib.

la aceptación de la tercera opera como *conditio juris* de eficacia (30).

### 5. Contratos de garantía: caracteres

a) Son ejemplos típicos de contratos accesorios (31).

b) Algunos son consensuales, como el contrato de fianza y el de hipoteca, y otros son reales como el contrato de prenda común y el de anticresis.

c) Algunos generan derechos creditorios, como el contrato de fianza, mientras que otros constituyen derechos reales como los de prenda, hipoteca y anticresis.

d) En general son formales, aunque con distintos alcances (32), a excepción del contrato de anticresis (art. 3240, Cód. civ.).

e) Es problemático la ubicación de los contratos de garantía dentro de los gratuitos o de los onerosos (33). Consideramos que, en general, debe admitirse que pueden ser tanto lo uno como lo otro según los casos, correspondiendo, por ende situárselos entre los de doble naturaleza, que algunos autores denominan «incoloros» (34). Sin embargo, la retribución al «garante» puede configurar un contrato distinto al de fianza.

f) Dentro de los contratos de garantía con efecto crediticio, la unilateralidad o bilateralidad dependerá de su carácter gratuito u oneroso. El gratuito, como es generalmente la fianza, sólo genera obligación para el garante, no variando ello la existencia de deberes libres o cargas del acreedor, como ser las de diligencia en la excusión (arts. 2015 y 2018, Cód. civ.) y la de abstenerse de impedir la subrogación del acreedor (art. 2043, Cód. civ.) (35).

g) Si bien hay negocios de garantía abstractos, tal el aval cambiario, los contratos de garantía son causados, de conformidad con el principio del carácter causal de los contratos.

La suya, se trata de una específica causa comercial, denominada *causa cavendi* o *intercedendi*, la que consiste en la asunción de una responsabilidad propia en consideración de una determinada responsabilidad patrimonial originariamente ajena (36). Así, la obligación del fiador haya su fundamento en la

---

(30) DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., t. II, p. 425. Es oportuno destacar, en medio de este debate, que el Proyecto de reformas al Cód. civ. arg., elaborado por la Comisión designada por el decr. 468/92, no alude en la definición de fianza (art. 1405) a la aceptación del acreedor.

(31) LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. I, p. 72

(32) Así, respecto de la fianza: art. 2006 Cód. civ.; la hipoteca: art. 3128, Cód. civ.; la prenda, art. 3217, Cód. civ.

(33) DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit. t. I, p. 82 y ss.

(34) Utiliza esta denominación para la fianza, LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. I, p. 60 y t. V, p. 18.

(35) LOPEZ DE ZAVALIA, t. V, p. 21.

(36) DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit. t. II, p. 428, quien lo predica respecto de la fianza. Con lo cual va de suyo que lo dicho es exclusivamente aplicable a los contratos de garantías celebrados en interés ajeno. Contra: ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, Bs. As. Abeledo-Perrot, 1995, quienes consideran que «Los actos por los cuales un tercero garantiza el crédito son abstractos.», dando los ejemplos de la fianza, la hipoteca, la prenda y la anticresis.

función de garantía que desarrolla (37).

## 6. Quid de la gratuidad u onerosidad de la fianza

El Código civil español, dispone en su artículo 1825 que la fianza puede ser gratuita u onerosa (38). Pero nuestro codificador no recogió esta solución (39), ni nada dice expresamente acerca de esta cuestión.

Analizado el contrato de fianza en sí mismo, cabe concluir que por naturaleza, es un contrato gratuito (40).

Su onerosidad es de excepción y tiene lugar cuando el fiador tenga el derecho a percibir una contraprestación (comisión, prima, premio). Sin embargo ello requiere una precisión, pues puede suceder que en rigor no haya fianza o que ésta pese a la retribución continúe siendo gratuita.

a) Si la remuneración es debida por el acreedor, no hay contrato de fianza sino de seguro, por lo que la figura entra en el Derecho Comercial (art. 8, inc. 6, Cód. com), particularmente dentro de los seguros (ley N° 17.418), con la particularidad de que el asegurador sólo puede serlo una persona de existencia ideal, bajo pena de nulidad (arts. 2 y 61, ley 20.091) (41).

Tampoco sería viable sobre la base de la figura de la comisión de crédito (arts. 256, Cód. de com y 1914, Cód. civ.), pese a la opinión en contrario (42), especie por la cual el comisionista además de encargarse del cobro, corre con los riesgos del mismo, quedando obligado como principal deudor frente al mandante. Tal criterio implicaría forzar la cosas, ya que no se ve como el fiador puede ser considerado un comisionista (43).

b) Si la remuneración proviene del deudor, puede suceder que el fiador la perciba en virtud de un contrato distinto, a saber, una comisión civil onerosa, pero no por el contrato de fianza que se celebra entre el comisionista (fiador) y el acreedor, el que sigue siendo gratuito. A este supuesto alude el artículo 483 del Cód. de com. que alude al supuesto en que el fiador cobra una retribución por haber prestado la fianza (44).

También es imaginable que el fiador perciba una retribución del deudor en virtud de haber celebrado con éste un contrato oneroso en favor de un tercero (acreedor), pero en este caso ya no habría propiamente un contrato de fianza,

---

(37) Ib. p. 430.

(38) DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit. t. II, p. 428.

(39) LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V, p. 19, n. 24.

(40) Conf. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho civil argentino. Fuentes de la obligaciones. Contratos*, t. III, Bs.As, TEA, 1954, nro. 1983, p. 240. Para otro criterio, LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V, p. 18, la gratuidad le corresponde a la fianza por esencia.

(41) LOPEZ DE ZAVALIA, ib., p. 19. DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., t. II, p. 46, admite que en tal supuesto la constitución de la fianza «parece hacer tránsito de la genuina figura de fianza al llamado seguro de crédito, contrato en el cual se asegura la solvencia del deudor».

(42) Así, SALVAT, Raymundo M., Fuentes, cit., p. 240, quien ve en la «comisión del credere», un supuesto de fianza onerosa.

(43) LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit. t. V, p. 19, n. 23.

(44) Ib., ps. 19 y 20.

atento a que la aceptación del tercero (acreedor), no tiene propiamente naturaleza de aceptación contractual.

Finalmente, a nuestro juicio es imaginable una hipótesis en que haya contrato de fianza onerosa, y es el supuesto en que la misma se constituya en virtud de un negocio jurídico plurilateral, en la medida que tal posibilidad se admita (45).

Finalmente, también es admisible la onerosidad de la fianza en función del principio de accesoriedad (46)

En suma si bien es factible que el fiador reciba una contraprestación por la obligación que asume, no siempre la percibirá en virtud del contrato de fianza.

La contraprestación en favor del fiador no convierte la relación de fianza en sinalagmática: no hay reciprocidad entre el crédito del fiador por el premio y la responsabilidad asumida frente al acreedor, de modo que la falta de pago de la contraprestación a su favor no lo faculta para liberarse de la fianza (47).

### **7. Articulación de la relación de fianza con la obligación garantizada**

En virtud del negocio de fianza hay dos deudores, y ambos están obligados a lo mismo, claro está, si perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1992 Cód. civ.. Por ello, bien se ha dicho que la obligación del fiador se halla formada por remisión respecto de la obligación del deudor (48).

Queda así planteada la cuestión de cómo se relacionan tales deudores, o en otros términos, como se articulan la obligación del deudor originario, con la del fiador.

Al respecto, clásicamente se sostuvo que hay una sola obligación con dos deudores, de los cuales uno es deudor principal y el otro deudor subsidiario. En esta línea, adviértase que suele citarse al «caso de pluralidad subsidiaria de sujetos» como especie de obligación conjunta.

La doctrina moderna, por lo contrario, sostiene que en realidad hay dos obligaciones: la obligación garantizada, cuyos sujetos son el deudor originario y el acreedor; y la obligación de garantía, que es la que vincula al fiador con el acreedor, y se crea con función de garantía (49). No hay respecto de ellas unidad de título, a lo sumo puede darse una unidad instrumental (50).

Nosotros consideramos que esta última es la tesis correcta. Ahora bien, como se articulan una y otra obligación. Tal cuestión debe analizarse en dos

---

(45) Sobre tal modalidad de constitución de la fianza, DIEZ-PICAZO, ob. cit., t. II, p. 425.

(46) LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit. t. V, p. 20 y sigte., quien manifiesta que la fianza posterior a la obligación afianzada es siempre gratuita, mientras que la anterior o coetánea se aplica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

(47) DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., t. II, p. 429.

(48) Ib., p. 414, quien cita a A. Casanovas.

(49) Ib.

(50) Conf. LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V, p. 46.

planos, a saber: el de la relación interna del fiador con el deudor y la externa con el acreedor.

1) Relación externa con el acreedor. El núcleo de tal relación puede expresarse diciendo que existe una relación de dependencia o subordinación de la obligación de garantía y la obligación garantizada. Tal dependencia se da en dos aspectos: la accesoriedad y la subsidiariedad. Por ello, la calificación de principal, aplicada al deudor de la obligación garantizada, puede oponerse tanto a lo accesorio como a lo subsidiario.

a) Accesoriedad. Lo accesorio, por lo expuesto, no lo es el contrato sino la obligación de garantía. Implica una relación de subordinación de la obligación de garantía respecto de la garantizada, en cuanto a su existencia, subsistencia y vicisitudes que experimente la obligación garantizada, como la transmisión. De ahí que el fiador puede oponer las excepciones del deudor principal con excepción de su incapacidad. (art. 2020, Cód. civ. arg.). Esta cualidad de la obligación de garantía, subsiste en la fianza solidaria como en la del fiador principal pagador (51).

b) Subsidiariedad. El acreedor no tiene derecho a obtener el cumplimiento de las dos obligaciones, sino que la obligación del fiador sólo tiene una función de refuerzo de la obligación asegurada. La subsidiariedad implica un determinado orden respecto de la responsabilidad, nosotros diríamos un orden ya no en cuanto a la existencia y subsistencia de la obligación, sino en cuanto a sus efectos o exigibilidad: el fiador debe pagar sólo en el caso de que el fiador no pague. La expresión «beneficio de orden», también utilizada para aludir al beneficio de excusión (52), refleja lo expuesto.

La subsidiariedad no desaparece en la fianza solidaria, pues en ella si bien no hay beneficio de excusión el acreedor debe requerir previamente al deudor. Por lo contrario, no se da en el caso del «fiador principal pagador» (53).

2) Relación interna con el deudor. A diferencia de los codeudores solidarios, quienes todos tienen su parte de interés en la deuda (doc. art. 717), de ahí que se los conozca precisamente como «cointeresados»; el fiador es un deudor no interesado, no contrata para sí, no hay una causa debendi en sus relaciones con el acreedor, sino que contrata en beneficio del deudor principal y para seguridad del acreedor (54).

La especial articulación del deber jurídico del fiador con el deber jurídico garantizado, pone en claro las diferencias entre la fianza con otros institutos jurídicos afines.

---

(51) *Ib.*, p. 21.

(52) *Ib.*, p. 103.

(53) *Ib.*, p. 22.

(54) Conf. BUSSO, *Código civil anotado*, com. art. 699, nro. 31 ss. RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil*, Bs. As., La Ley, 1965, t. V, p. 569, refiriéndose la situación del fiador solidario en el Derecho francés, expresa: «Sería un codeudor no interesado en la deuda y que tiene un recurso por el total».

Así, la obligación del fiador se diferencia de la obligación solidaria en que en éstas, diversamente de aquélla, hay unidad de título respecto de los distintos débitos, los cuales son todos principales y, en lo interno, los distintos codeudores tienen una cuota de interés en el débito (55).

Respecto de la promesa del hecho de un tercero (art. 1163, Cód. civ.), figura cuya distinción con la fianza no ha parecido muy clara (56), estimamos que en virtud de ella el promitente promete el hecho ajeno en interés propio, a diferencia de la fianza en que sucede exactamente lo contrario, ya que el fiador promete el hecho propio en interés ajeno.

Finalmente con la delegación imperfecta (art. 814, Cód. civ., a contrario), se observa ante todo una diferencia estructural, pues mientras ésta supone un contrato entre el deudor primitivo y el nuevo, la fianza para existir no lo exige (57). Pero, sin perjuicio de ello, adviértase que el fiador es un deudor que si bien puede llegar al extremo de no ser subsidiario, como ocurre con el principal pagador, siempre ser accesorio y con recurso sobre el todo.

## **8. Accesoriedad, subsidiariedad y autonomía en los negocios de garantía**

Cabe preguntarse si la accesoriedad y la subsidiariedad, propia de la fianza, son notas esenciales de los negocios de garantía, o por lo contrario la obligación de garantía puede articularse de otra forma (58).

Dado lo inconveniente que para el acreedor pueden derivarse de la relación de dependencia de la obligación de garantía respecto de la obligación principal, las necesidades del comercio llevaron a buscar garantías más seguras y eficaces. Así se idearon formas de garantías personales a las que se busca independizarlas de la obligación principal. Por escapar a las normas de la fianza, se la conoce como «aval en sentido amplio», si bien no constituyen el típico aval cambiario.

Frente a tal realidad comercial cabe preguntarse hasta que punto puede eludirse con la idea de «aval en sentido amplio» las reglas del típico contrato de fianza. También se las conoce con las expresiones «garantías a primera demanda» o «a primer requerimiento», «contratos autónomos de garantía» (59).

Según dijimos al comienzo, los negocios de garantía se hallan sujetos al principio de legalidad. Por ello, si bien en principio la autonomía privada puede crear nuevas formas de garantía dado el carácter general supletorio de las

---

(55) Si bien, la expresión «solidaridad» viene muchas veces unida a la «fianza», aquélla es utilizada en un sentido distinto. LOPEZ DE ZAVALIA -ob. cit., t. 5, p. 41-, utiliza las expresiones «falsa solidaridad», para aludir a la situación de la «fianza solidaria»; «solidaridad análoga», para aludir a la situación de los fiadores por contratos distintos; y «solidaridad extensiva» para referirse al supuesto del «principal pagador».

(56) Así, LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit. t. 5, p. 55.

(57) Comp. LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. 5, p. 57.

(58) DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., t. II, p. 416.

(59) FARINA, Juan M., ob. cit., p. 324.

normas sobre fianza, siempre deber respetarse las normas imperativas del Derecho de obligaciones (60).

Las garantías o avales a primer requerimiento, son aquellas por las cuales el avalista o fiador se obliga a satisfacer la obligación garantizada al primer requerimiento que se le haga, pudiendo limitarse tal facultad con la exigencia de que se presenten ciertos documentos (61).

No cabe duda que en tales garantías se rompe con el principio de subsidiariedad, lo cual no constituye un aspecto novedoso ya que lo propio sucede en la garantía del «fiador principal pagador», del artículo 2005, Cód. civ. (62).

Mas algunos van más allá, al sostener que su principal característica reside en generar para el garante una obligación abstracta, lo cual le impediría oponer válidamente al beneficiario excepciones causales: la obligación del garante sería independiente de la existente entre acreedor y deudor.

Estimamos que, aunque ello se pactara expresamente, es el punto en que se violaría el principio de legalidad que limita la autonomía privada, ya que en nuestro derecho el principio general es el del carácter causal de los negocios, exigiendo la abstracción consagración legal expresa (63). Independientemente de ello, nos preguntamos hasta que extremo las partes pueden aguar el principio de accesoriedad sin desnaturalizar el negocio de garantía e incursionar en el terreno del seguro.

Por ello, siempre la obligación de garantía dependerá, de la existencia y validez de la obligación garantizada, salvo disposición legal expresa en contrario. Obsérvese que si el típico aval cambiario es abstracto, lo es por tratarse

---

(60) DIEZ-PICAZO, Luis, t. II, p. 461 y sigte..

(61) *Ib.*, p. 464; FARINA, Juan M., *ob. cit.*, ps. 324 y ss. La figura fue receptada por los últimos proyectos de reforma al Código civil argentino: «Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial», art. 2290; «Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92, art. 1479; «Proyecto de la Comisión Federal creada por la Cámara de Diputados», art. 2290.

(62) No obstante, se ha sostenido que la obligación de tal garante es «subsidiaria, porque está subordinada a la falta de pago de parte del deudor principal, aunque la prueba de ese hecho se reduce esencialmente, en la relación garante- beneficiario, a la simple declaración de parte de este último de que tal hecho ha acaecido». KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida R., *Las garantías a primera demanda*, en *Rev. de Derecho privado y comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 116.

(63) Conforme con que las garantías a primera demanda no son negocios abstractos: DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, t. II, p. 464; FARINA, Juan M., *ob. cit.*, p. 327. Sostiene DIEZ-PICAZO, Luis, -*ob. cit.*, t. I, p. 239- que la «ley para dar validez y abrir cauce a la autonomía privada exige como requisito el enjuiciamiento causa, que es algo que desde el punto de vista de la autonomía privada debe considerarse imperativo y no disponible por ella». Acerca de la controvertida cuestión de la abstracción de las garantías en cuestión, también puede consultarse en nuestra doctrina a KEMELMAJER de CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 115 y ss. Evidencia de que aun las garantías a primera demanda están sujetas al principio de legalidad, lo es que, como lo considera la doctrina italiana mayoritaria, la cláusula por la cual el garante se compromete a pagar aun en contra de una orden judicial que dispone el no pago, es inválida «por ser una renuncia anticipada al derecho inderogable de obtener tutela jurisdiccional». KEMELMAJER de CARLUCCI, *ib.*, p. 138.

justamente de una garantía cambiaria, y aun así es formalmente accesorio en cuanto su validez depende de que la obligación garantizada sea «formalmente» válida (conf. art. 34, d.l. 5965/63) (64).

En consecuencia, se ha sostenido que la virtualidad de las garantías a primer requerimiento se reduciría a que el garante no puede oponer al acreedor las excepciones derivadas de su relación con el deudor (65).

### **9. Quid de la situación del «fiador principal pagador» y del constituido como «codeudor solidario»: alcance de la autonomía privada**

El ilimitado afán de obtener garantías más seguras y eficaces, incluso respecto de negocios civiles, ha llevado a que la figura del fiador simple o solidario, regulada específicamente en nuestro Código Civil haya sido desplazada por la del «fiador principal pagador» o bien a que se constituya a los garantes como «codeudores solidarios».

Sabido es que las partes en los contratos pueden decir lo que quieran, mas otra cosa es que las reglas que incorporen resulten eficaces con los alcances que pretende dárseles, pues la autonomía privada, en cuya virtud se celebran los negocios de garantía se halla acotada por el ordenamiento jurídico. Es que frente al descarrilado ejercicio contemporáneo de la autonomía privada debe tomarse conciencia de que la norma jurídica, si bien no es una ley física, reconoce esencias que no pueden vulnerarse.

La especie del «fiador principal pagador», se halla regulada la cónicamente en el artículo 2005, Cód. civ. (66). La brevedad de esta regulación ha generado discrepancias doctrinarias en torno a la real situación del fiador constituido en tales términos (67).

---

(64) CAMARA, Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, Bs.As., Ediar, 1970, p. 119 y ss. Respecto de las garantías a primer demanda, recuerda KEMELMAJER de CARLUCCI, ob. cit., p. 116, que: «Para algunos, la absoluta autonomía puede implicar la consagración de la mala fe en el tráfico, pues permitiría amparar aun al beneficiario que actúa de mala fe. Por eso, las reglas uniformes sobre garantías de la Cámara de Comercio Internacional, de 1978, rechazan la garantías independientes ante el deseo de 'moralizar la práctica de las garantías dados los abusos registrados'».

(65) DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., t. II, p. 464, quien deja a salvo, no obstante, la posibilidad de oponer la exceptio doli. KEMELMAJER de CARLUCCI, ob. cit., p. 123 y ss., sostiene que según la opinión de un importante sector de la doctrina y jurisprudencia europea, el garante podría oponer la exceptio doli o la excepción de fraude, brindando diversos ejemplos de «abuso y fraude notorio», tal el caso del beneficiario que reclama el pago pese a la existencia de una sentencia firme que declaró la nulidad del contrato base.

(66) Art. 2005, Cód. civ. arg.: «Cuando alguien se obliga como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios».

(67) Obsérvese que la cuestión de la solidaridad y la fianza ha generado disputas semejantes en otros ordenamientos. Sobre el Derecho español, Diez-Picazo, ob. cit. t. II, p. 463; sobre el francés, RIPERT y BOULANGER, op. cit. Pero en estos ordenamientos la cuestión se presenta respecto del «fiador solidario», figura respecto de la cual nuestro Codificador tomó una clara posición en el art. 2004, Cód. civ.

Básicamente se han sustentado al respecto tres posturas, a saber: a) tesis de la solidaridad (68), la que haciendo una interpretación literal de la norma en cuestión, considera que en tal supuesto no hay fianza; b) tesis de la fianza (69), la que dando preeminencia a la substancia de la figura más que a las palabras empleadas considera que hay igualmente fianza; y c) tesis intermedia, la que considera que la figura se construye combinando las reglas de la fianza con las de la solidaridad, aunque no hay acuerdo acerca de cuales normas de la fianza se aplican y cuales no (70).

El debate no es ocioso, sino que interesa fundamentalmente a los fines de la determinación de las excepciones susceptibles de ser opuestas por el «principal pagador»: si las del fiador, quien puede oponer incluso las excepciones personales del deudor principal, salvo su incapacidad (art. 2020 a 2022, Cód. civ.) o las del codeudor solidario, quien no puede oponer las excepciones personales de los otros codeudores. Ello, sin perjuicio de la inaplicabilidad al deudor solidario de otras reglas propias de los fiadores, como las de los artículos 2043 y 2046 en lo externo y las que regulan la relación interna con el deudor principal (71).

Por nuestra parte compartimos decididamente el criterio de la tesis intermedia, sobre la base de los siguientes argumentos que estimamos más relevantes:

1) Interpretación según la real naturaleza del acto. Ante todo consideramos aplicable el criterio según el cual el contenido del acto debe interpretarse conforme a la substancia del mismo, más allá de las palabras empleadas por las partes (doc. art. 1326, Cód. civ.) (72).

2) Sentido de la palabra solidaridad. Pese a que en el artículo en cuestión se expresa que el principal pagador «será deudor solidario, y se le aplicaran las disposiciones sobre los codeudores solidarios», la palabra solidaridad está empleada con un sentido particular, distinto al de los artículos 699 y ss., Cód.

---

(68) Sustentada, entre otros, por Segovia, Llerena, Lafaille, Colmo aunque limitando su interpretación a un supuesto específico.

(69) Sostenida entre otros por Busso.

(70) Se enrolan en ella, entre otros, Salvat, Borda, Spota, López de Zavalía, de nuestros autores y DIEZ PICAZO -ob. cit. t. II 463- y RIPERT y BOULANGER -ob. cit., t. V, p. 569-, entre los extranjeros. Sobre las tesis sustentadas en la doctrina nacional puede consultarse LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V, ps. 42 y ss.

(71) Con todo, la cuestión no tiene en nuestro Derecho tanta relevancia como la que tiene en el francés, ya que en éste ordenamiento -a diferencia del nuestro, v. art. 707, Cód. civ.- el deudor solidario no puede oponer la excepción de compensación como si puede hacerlo el fiador. LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V, p. 52, RIPERT y BOULANGER, ob. cit. t. V, p. 569.

(72) Conf. BUSSO, ob. cit., t. V, com. art. 699, nro. 31, quien expresa: «cuando el garante -según es usual- se obliga en condiciones más severas que las de simple fianza, y se constituye en «liso y llano pagador», «principal deudor», «codeudor solidario», etc... más que a las palabras hay que atenerse al fondo de la cuestión: si contrató para sí y en su interés será realmente codeudor solidario. Si se obligó en beneficio del deudor principal y para seguridad del acreedor, será garante. Aunque su garantía sea más efectiva que la de un fiador, no por ese dejará de ser garantía: no constituirá una obligación principal y autónoma.

civ.(73). Lo cual no debe causar extrañeza ya que dicha palabra también viene empleada indubitadamente en un sentido especial cuando se alude a la «fianza solidaria» (74).

Es que el fiador jamás puede ser considerado un codeudor solidario por la siguientes razones:

a) El fiador, a diferencia el deudor solidario carece de interés propio en la deuda (75);

b) La solidaridad supone unidad de obligación con pluralidad de vínculos y causa única. En cambio la obligación del «principal pagador» es distinta a la del deudor principal y reconoce su propia causa fuente, como la de todo fiador, según antes lo expusimos (76). Además, tales obligaciones tienen contenidos distintos, ya que el fiador ex artículo 2005 es «principal pagador» y no «principal deudor», supuesto este último en que habría una cesión acumulativa de deuda o una suerte de expromisión imperfecta (art. 815, a contrario) (77);

c) Finalmente, la solidaridad propiamente es recíproca, funciona en ambas direcciones, es decir A es codeudor solidario con B y a la inversa. Del art. 2005 lo único que se desprende es que al principal pagador se lo reputa codeudor solidario del deudor pero no a la inversa. De ahí que en lo externo la interrupción de la prescripción contra el deudor perjudica al fiador principal pagador (art. 713, Cód. civ), mientras que la interrupción contra el fiador no afecta al deudor (art. 3997, Cód. civ.); y en lo interno resulte inaplicable el artículo 713, Cód. civ., por lo que pagando todo el deudor principal nada puede reclamar al fiador principal pagador, en cambio pagando todo ,éste sí lo puede reclamar del deudor (78);

d) Finalmente, Vélez, a diferencia del Esboço de Freitas, sindicado por Segovia como fuente de nuestro artículo 2005, no niega la aplicación de las normas sobre fianza ni dice que las normas relativas a los codeudores solidarios se apliquen «exclusivamente». Por lo contrario consideró al principal pagador como un fiador, según se desprende de su inclusión en el artículo 2013, inc. 3, relativo a los fiadores que carecen del beneficio de excusión (79). Asimismo consideramos aplicable a la tesis de la asimilación entre el deudor solidario y el principal pagador, la crítica que Vélez formuló contra la tesis de la asimilación del deudor solidario con el fiador solidario en la nota al artículo 2004, Cód. civ.(80).

---

(73) Conf. LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V. p. 46. Este jurista califica a dicha solidaridad particular como «extensiva».

(74) Sobre los distintos sentidos de la palabra solidaridad con relación a la fianza, LOPEZ DE ZAVALIA, ib., p. 41.

(75) V. supra, nro. VII, 2.

(76) V. supra, nro. VII.

(77) LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit. t. V, p. 47.

(78) Ib., ps. 47 y 4

(79) Ib., ps. 46, 49 y 109.

(80) Expresa Vélez en la parte pertinente de la nota precitada: «La fianza no es sino una obligación accesoria, y debe guardar siempre este carácter esencial, cualesquiera que sean las

En cuanto a los alcances de la tesis intermedia que compartimos, consideramos que corresponde la aplicación de las normas de la fianza respecto de la relación interna, ya que el principal pagador sigue siendo un deudor en interés ajeno, y las reglas de las obligaciones solidarias en la relación externa (81). Con lo cual la diferencia de régimen se limita a las excepciones oponibles al acreedor.

Según algunos, tales excepciones son lisa y llanamente las del artículo 715, Cód. civ., que excluye, a diferencia de lo prescripto para la fianza (arts. 2020/21, Cód. civ.), la invocación de las excepciones personales de los otros deudores.

Nosotros, en cambio, compartimos el criterio según el cual los alcances de la fianza en cuestión son más reducidos. Nos parece decisivo la consideración de que por más rigurosa que sea la situación del fiador jamás, éste puede ubicarse en una posición más gravosa que la del deudor, en cuanto siempre ser por esencia un obligado en interés ajeno. De ahí que deba descartarse la aplicación de las reglas de la solidaridad que conduzcan a colocar al fiador en peor situación que la del deudor principal (82).

Según esta postura a la que adherimos (83), la obligación del fiador principal pagador si bien continúa siendo accesoria, deja de ser subsidiaria respecto de la obligación garantizada (84). Como consecuencia de ello el acreedor puede requerirle el pago al fiador en primer término, sin tener que requerirlo previamente al fiador, como lo es necesario en la fianza simple y solidaria (85).

Fuera de ello, el fiador principal pagador dispone de las excepciones de todos los fiadores, ya que sostener la inoponibilidad por su parte de las excepciones personales del deudor, conduciría a la imposibilidad de intentar la acción de reintegro contra éste, con lo cual se lo ubicaría en situación más onerosa. De ahí que tal inoponibilidad debe quedar reducida al supuesto en que el deudor primario haya renunciado a prevalerse de tales excepciones (p.ej., confirmación de una nulidad relativa), pues en tal caso el fiador podrá subrogarse contra el deudor, no cabiendo la aplicación del artículo 2022, Cód. civ. (86)

---

modificaciones y las cláusulas más o menos rigurosas, bajo las cuales se han constituido».

(81) Respecto de la «fianza solidaria» en el Derecho español y francés, respectivamente, ver DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., t. II, p. 463, ; RIPERT y BOULANGER, ob. cit. t. V, p. 569.

(82) Conf. RIPERT y BOULANGER, ob. cit., t. V, p. 569, quienes los sostienen respecto de la situación del «fiador solidario», respecto del cual se plantea el debate en el Derecho francés. Ello lo lleva a concluir que el «fiador solidario» puede oponer al acreedor la excepción de compensación, mientras que el codeudor solidario no puede hacerlo en ese derecho, e invocar las reglas propias de la fianza.

(83) Es el que sostiene LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. V, p. 53.

(84) Obsérvese que ello es coherente con su condición de «principal pagador» y no «principal deudor».

(85) Si bien tanto el «fiador principal pagador» y el «fiador solidario» carecen del beneficio de excusión, éste último tiene derecho a que previamente se requiera al deudor (conf. doc. art. 480, 2do. pár., Cód. de Com.)

(86) Conf. LOPEZ de ZAVALIA, ob. cit., t. V, ps 53, 100 y ss.

Consideramos que el fiador constituido como «codeudor solidario», usual en los contratos, se halla en la misma situación, y por las mismas razones, que la del «fiador principal pagador». La autonomía privada no puede desvirtuar la esencia de las cosas (87).

Tales así que el artículo 1216 del Código civil francés, expresa que «si el asunto por el cual ha sido contraído la deuda solidaria no concierne sino a algunos de los obligados, los restantes son ‘considerados como sus fiadores’»(88).

Estimamos que en nuestro Derecho, tal solución se desprende de lo dispuesto por el artículo 689, inc. 2, Cód. civ.

---

(87) V. supra, nota 64.

(88) RIPERT y BOULANGER, ob. cit., t. V, p. 569.