

Contratos de garantía. Fianza

María Elena VITALE (*)

I. Introducción

El campo de las garantías personales está atravesando por transformaciones sucesivas "... pues la dinámica del comercio ha hecho caer en desuso el clásico contrato de la fianza, tanto civil como comercial para ser reemplazado, por la figura del principal pagador, por la del codeudor solidario, el seguro de caución, el seguro de insolvencia, y otras figuras particulares, especialmente bancarias....." (1).

No se nos escapa que estas transformaciones abrevan todas en la fuente multiseccular de la fianza simple. A partir de esta idea, estudiaremos qué posibilidades cuenta este instituto de volver a servir como instrumento de crédito, en el tráfico negocial, considerando en forma especial la incidencia del principio de buena fe. Principio que junto con el de confiabilidad debe amalgamar las relaciones humanas, y en el caso que nos ocupa las del hombre de negocios; o bien la del hombre común ante la necesidad de acceder a un crédito, para satisfacer una necesidad momentánea ó de cierta duración.

2. Definición

"Etimológicamente, fianza deriva del latín "fides" "fiducia", significando "fe" "seguridad". En un sentido amplio, el vocablo es utilizado para definir toda garantía ó caución, término éste proveniente del latín cautio, significando cuidado, y así, aún en derecho positivo, se observa la utilización indistinta de ambos términos como sinónimos y aún como comprensivos de garantías reales" (2).

Nos hace notar Farina "que no tenemos en nuestro derecho positivo una definición de contrato de garantía, ni siquiera una regulación integral y orgánica de los diversos contratos que podemos agrupar dentro de esa agrupación genérica" (3). Por otra parte sabemos que la palabra fianza en sentido amplio comprende todos los contratos de garantía. Tan es así que cuando nos referimos al fiador, pensamos y decimos, que es aquel que toma sobre sí, que asume, la obligación de

(*) Jefa de trabajos prácticos de la Cátedra de Derecho Civil III, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario.

(1) FARINA, Juan M., *Contratos Modernos*, Astrea, Bs. As., 1993, pág. 322.

(2) PRATESI, Juan Carlos, *Fianza*, LL t 1982, 932.

(3) FARINA, Juan M., op. cit., pág. 321.

garantizar el cumplimiento de la obligación de otro. Luego, nos encontramos ante la primera de las garantías personales: el tradicional contrato de fianza. Que según lo normado por el artículo 1986 del Código civil: “habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría.”

Proporciona así la fianza, seguridad; una seguridad adicional con la que cuenta el acreedor, respecto a su deudor. Se compromete un segundo patrimonio: el del fiador.

3. Reseña Histórica

“Los orígenes de la fianza son remotos, encontrándoselos en los poemas homéricos y aún en el Antiguo Testamento. Los romanos otorgaron mayor favor a las garantías personales que a las reales, construyendo ingeniosas figuras destinadas a asegurar el cumplimiento ajeno” (4).

El acreedor, podía perseguir tanto al deudor principal como al fiador, a menos que mediase estipulación contraria.

Este principio, absoluto en el derecho antiguo, fue modificado por una novela de Justiniano, que concede al fiador perseguido, el derecho de exigir, que el acreedor excuta en primer lugar al deudor principal. Lo mismo ocurrió con la condenación solidaria; por la cual cuando muchas personas, por el mismo acto se han constituido fiadores de la misma deuda, cada una de ellas podía ser perseguida y condenada por el todo. Este rigor fue mitigado por algunas constituciones imperiales, que concedieron a los cofiadores un medio para evitar la condena solidaria: el “beneficium divisionis”.

Estas defensas concedidas al fiador simple, pasaron del Derecho Romano, a los derechos actuales, siendo receptadas por nuestro Código civil. En el artículo 2012, en el que se prevé que el fiador goza del beneficio de excusión, según el cual no puede ser obligado a pagar si no se han agotado los bienes del deudor. Y en el artículo 2024, la defensa del beneficio de división, que se da cuando existen dos ó más fiadores obligados accesoría y subsidiariamente por el deudor. En este caso, si no se ha estipulado solidaridad, cada uno de los fiadores responderá por su parte proporcional, y el acreedor no podrá exigir más de esa cuota.

El contrato de fianza fue “ampliamente utilizado: aún en los contratos de enajenación se designaban fiadores comprometidos a defender su validez ante los tribunales ó en combate, y con los caracteres romanos pasó a través de Pothier al Código francés y a las legislaciones modernas”(5).

(4) PRATESI, Juan Carlos, op. cit. pág. 933.

(5) Idem.

(6) MALAGARRIGA, Carlos, *Contratos y Papeles de comercio*, TII, p.316.

4. Características

El fiador entiende garantizar la obligación de otro; es la condición necesaria para que exista el contrato de fianza. Este instituto, aparece como medio necesario para asegurar la viabilidad y credibilidad de ciertas relaciones contractuales con relaciones recíprocas. Así cuando en el marco negocial se difiere la exigibilidad de una obligación; la solvencia siempre actual del deudor es la mejor garantía para el acreedor. Pero ante la posible merma ó caída total de esa solvencia, se hace necesario el respaldo de otro patrimonio: el del fiador.

“El fiador no está obligado más que a condición de no satisfacer el deudor principal la obligación afianzada.”(6) Vemos así el carácter ACCESORIO de la fianza, en relación al negocio jurídico entre deudor y acreedor, respecto del cual se constituye un deudor accesorio respecto del principal. Por ser la fianza un contrato que se perfecciona sólo mediante el acuerdo de voluntades, es CONSENSUAL. Siendo la obligación sólo del fiador es GRATUITA, ya que el acreedor a nada se obliga.(Si el fiador pacta una remuneración con su afianzado por el hecho de la fianza, es una relación distinta). UNILATERAL: las obligaciones las asume el fiador únicamente. Al perfeccionarla las partes del modo que deseen es NO FORMAL. Exigiéndose forma escrita para su prueba.

Por otra parte al obligarse el fiador accesoriamente, hace que la fianza sea SUBSIDIARIA. Debido a esta característica, ó mejor a éste principio de subsidiaridad, es que el fiador simple no puede ser compelido a pagar al acreedor, si éste no ha hecho previamente excutir los bienes del deudor (7). Acotamos con Fargosi “La subsidiaridad de la fianza es distinta en el ámbito comercial. Así el artículo 480 del Código de Comercio dice que el fiador ó fiadores, responden solidariamente como el deudor principal, sin poder invocar el beneficio de división ni de excusión que nunca se admiten en materia comercial” (8).

A esta altura de este trabajo conviene precisar que la consecuencia que deviene de este contrato, no es tanto garantizar el cumplimiento de la obligación del deudor, como poner a disposición del acreedor un segundo deudor; siendo potestad del acreedor reclamar a ambos el cumplimiento de la obligación. “En este último aspecto, no es obstáculo el que según algunos sistemas -el de nuestro Código civil por ejemplo- no exista solidaridad y proceda el beneficio de excusión, dado que éste es sólo una carga que pesa sobre el acreedor, y que no llega a convertir la obligación del garante en eventual” (9).

5. Riesgos

Acabamos de decir que la principal consecuencia de este instrumento es el de añadir un segundo deudor a la relación principal, para mayor seguridad del

(7) cfr p. 4 de este trabajo.

(8) FARGOSI, Horacio. *Fianza general de obligaciones futuras e indeterminadas*, LL. 1984-C, 1181.

(9) Idem

acreedor, quien podrá reclamar el cumplimiento de la obligación, tanto a su deudor como a su garante. Si el deudor originario, no hace frente a su obligación se cristaliza el riesgo, que comenzó para el garante, con su acto de consentimiento anticipado al aceptar esta obligación (En un posterior trabajo, hablaremos de las garantías bancarias, que tienen la peculiaridad de estar totalmente desvinculadas del contrato originario ó base).

La fianza es perfecta desde el momento que se otorga, siendo el contenido de su obligación el ejecutar una obligación idéntica a aquella objeto de la obligación principal. Al riesgo del incumplimiento de su obligación por parte del deudor originario, al no cumplir con su palabra, dada ó escrita, deberá sumar el garante, “el gran perjudicado en esta operación”, la disminución de su patrimonio. Esto es así dado la naturaleza crediticia de este instituto, ya que implica al celebrarse, la disminución del patrimonio del garante. Puig Peña, critica duramente este contrato “... la garantía personal es figura totalmente desacreditada. No produce en efecto, frente al acreedor, las seguridades que proporcionan las garantías pignoraticias ó hipotecarias; fomenta, por así decirlo, en la persona del deudor (en la mayoría de los casos) una situación de apatía e inmoralidad, incitándole a declarar su irresponsabilidad en perjuicio del fiador, y constituye ciertamente a éste en un peligro constante de tener que cumplir una prestación por deuda que no contrajo. Desde el punto de vista social hace de la amistad un instrumento peligroso, porque el deudor se atreve con más facilidad a exigir del amigo, la garantía, que el contenido económico de la obligación garantizada... Desde el punto de vista jurídico produce una complejidad de relaciones tal que en ocasiones causa un verdadero trastorno en el ámbito del derecho. Lo dicho, no obsta sin embargo, para que en algunos supuestos el contrato de fianza tenga una utilidad evidente.” (10).

Lo dicho por Puig Peña, se puede cotejar con la tesis doctoral de Leopoldo Monzón- “El Contrato de Fianza”, publicada por la Universidad de Buenos Aires en 1898, donde refiriéndose a los peligros de ser garante dice “... el fiador es una especie de reo gratuito colocado tras el verdadero y que recibe la cuchillada fatal, si éste la esquivo. Con razón se exclama Que clavo es la fianza!

Y en plan de dramatizar aún más si cabe, la situación del fiador, nos ilustra “El mercader de Venecia” donde Shakespeare hace que Antonio, garante personal de su amigo Basanio, prometa a su deudor Shylock, la entrega de una libra de su propia carne, en el caso de que se pierdan las mercancías que transportan sus naves. Acontecimiento que ocurre.

Convenimos que el garante en ocasiones, se somete a la perturbación de su tranquilidad y al desapoderamiento parcial ó total de sus bienes.

(10) BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, Perrot, Bs. As., 1997, 7º edic., pág 443.

6. Su tratamiento en el foro local y en los proyectos de unificación.

Protección al fiador

Respecto a la fianza simple el VII encuentro de abogados civilistas, concluyó con voto unánime: “El contrato de fianza en la locación de cosas..... ha desplazado a la fianza simple (con sus beneficios de excusión y división) que ha quedado en la letra del Código civil como práctica negocial del pasado”(11). Práctica negocial del pasado, que ateniéndose a nuestras prácticas y costumbres, era uno de los deberes típicos y de manifiesta amistad y de confianza. Y cabe preguntarnos: Cómo devino anacrónico este tradicional instituto, fuente en la que se nutren los contratos modernos? Abusó el amigo afianzado de quien lo respaldó?. Conoció el fraude, el acreedor y sufrió las consecuencias de la acción malintencionada de su deudor? El posible garante para no instrumentalizar su amistad, prefirió no mezclarla con asuntos dinerarios proclives al litigio?. Probablemente una afirmación conteste estas preguntas.

Sin embargo, debemos rescatar por un lado, que los proyectos de Unificación (12), mantienen la fianza, con los beneficios señalados (excusión y división) y por otro que la fianza constituye un elemento crediticio esencial, referido a lo económico-social. En algunas ocasiones, el monto de la deuda a afianzar no tiene correlativo con lo que significa de costoso el trámite de las garantías reales. Y otras veces el deudor no tiene bienes para ofrecer. Al respecto infiere Ghersi, teniendo en cuenta el criterio de los Proyectos de Unificación “.... trata de proteger al individuo, dándole un conocimiento cabal del riesgo que asume, al establecer la incapacidad de las personas físicas para dar fianza por una suma indeterminada, ó para renunciar a alguna causal de extinción, ó a los beneficios de excusión ó división. Por otra parte, el acto tendrá un tinte más reflexivo y menos expuesto al compromiso que imponen las relaciones sociales y familiares” (13).

Se trata entonces de proteger al fiador, de protegerlo contra su imprevisión ó excesiva confianza, y de su evidente debilidad jurídica, provocada por su propia negligencia ó mala fe ajena. Es de destacar al respecto la conclusión unánime del VII Encuentro de Abogados Civilistas citado “Cabe propiciar medidas eficaces para amparar la debilidad jurídica en las relaciones locativas, y proteger indistintamente a quien la manifieste, sea deudor, acreedor ó fiador”.

7. Incidencia del artículo 1198 en este contrato

Lafaille al referirse al principio de buena fe, habla del mismo “como un deber inherente a las relaciones entre los hombres e incluido en los extremos que constituyen el acto jurídico” (14).

(11) VII Encuentro de Abogados Civilistas. Rosario - junio 1993.

(12) Proyectos de Reforma C.C. y C. Años 87 y 93. cfr. art. 1986, 1997, 1998, 2000, 2001.

(13) GHERSI, Carlos, *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Bs. As., 1998, 4º edic., pág. 695.

(14) LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil Contratos*, Ediar., Bs. As., 1953, tomo VIII, vol. I, Nº 277, pág.329.

Como vemos la “bona fide” debe considerarse implícita en la conciencia social de los pueblos, como manifestación de respeto a los derechos del otro y que deberá observarse en el trato entre hombres de honor, en el ejercicio de sus relaciones recíprocas.

En nuestro Código civil, hasta la Reforma introducida por ley N° 17.711, este principio que estaba sobreentendido, fue explicitado en el artículo 1198, debiendo regir la celebración de los contratos a partir de su implantación.

Podemos decir que la buena fe, se encarna en un criterio de conducta en la que manifiesta su fidelidad al vínculo contractual, y al empeño por no desairar la expectativa de la contraparte; logrando el correcto desempeño entre los sujetos de la relación. De este modo la buena fe será el fiel de la balanza que proporcionará el equilibrio necesario en la conducta negocial.

Si el principio de la buena fe, circula fluidamente por toda la estructura jurídica, alcanzará a la trilogía acreedor, deudor, fiador, y así le proporcionará la agilidad y confiabilidad que nunca debería haber perdido.

Concluimos con Borda “... en los contratos buena fe significa lealtad, confianza en la palabra empeñada, seguridad en los negocios; implica el deber de hablar claro y de evitar toda reticencia ó astucia que pueda conducir a confusión ó error a la otra parte; ella exige que las palabras empleadas sean interpretadas en su significado normal, como las interpretaría una persona razonable y correcta. En esta cuestión juega un interés general e incluso la seguridad social” (15).

8) Función económico social

A pesar de lo dicho por Puig Peña, y de los avatares del Mercader de Venecia, lo cierto es que la fianza, tiene naturaleza crediticia, por lo cual su papel económico es fundamental. En ocasiones, el pobre volumen de la deuda no justifica el trámite costoso y lento de las garantías reales, situación que no se da con la fianza por ser de rápida ejecución.

“Desde un punto de vista funcional, la fianza viene a ser así un acto jurídico que cumple función de garantía mediante las seguridades que brinda; a la vez, como consecuencia de importar la asunción de deuda ajena, normalmente en forma gratuita, y por razones obvias, jamás como contrapartida de una prestación equivalente del deudor en favor del fiador, cumple función de cooperación sobre la base de la prevalencia del título gratuito...”(16).

Al cumplimentar la fianza, una función crediticia, sigue siendo un importante instrumento, en base al cual, se satisfacen ágilmente necesidades, financieras de los individuos.

9. Conclusión

No resulta fácil aquilatar las bondades de este instituto, pero valiéndonos

(15) BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, Perrot, Bs. As., tomo II, pág. 143.

(16) PRATESI, Juan Carlos, op. cit., pág. 932.

de lo aquí expuesto, sí podemos arribar a conclusiones positivas a fin de recuperar su valor intrínseco.

Se trata de un instrumento económico de larga data, que logra su mayor auge con la expansión comercial. De manera habitual se escoge como fiador a aquellas personas con las que se mantienen lazos familiares ó de amistad. Evidentes son los riesgos a que se haya expuesto quien acepta garantizar a otro, dado lo conflictivo de las relaciones humanas. Relaciones, en las que actuará como regla de conducta el principio de la buena fe, inspirando tanto el comportamiento de las partes, como el contenido de las relaciones contractuales. Buena fe que hará que los componentes de la institución que nos ocupa, usen de la ordinaria diligencia para conocer sus responsabilidades; por otra parte al ponerse de manifiesto los desequilibrios en las prestaciones, se los procurará remediar.

Vimos que los Proyectos de Unificación de los Código civil y comrecial, no sólo no desechan de su articulado a la fianza, sino que la confirman y tratan de proteger al individuo, dándole un conocimiento cabal del riesgo que asume. Si a esto se suma un estudio del derecho, desde los distintos segmentos de la sociedad, en pro de un individuo, formado en sus derechos y obligaciones, se logrará que resurja en el ámbito negocial el principio de confiabilidad avalado por el de buena fe. Esta será la mejor forma de prevenir el daño que en la esfera contractual se produce, por ejemplo, cuando quienes al intervenir en un acto jurídico, desconocen el valor de la palabra empeñada, ya sea oral ó escrita.

Y en el caso concreto que nos ocupa, sepa el fiador y no ceje en exigir se haga uso de las defensas que la ley le confiere.