DEFINICION

Cuando como consecuencia de la celebración de un contrato, una de las partes resulta acreedora de la otra, el cumplimiento de las obligaciones e esta dependerá en última instancia de su solvencia, que se torna un interés prioritario del acreedor.

Muchas figuras contractuales se volverían poco eficaces de no contar con los contratantes con medios que sirvan de garantía de ejecución de las prestaciones respectivas.

La noción de garantía viene, entonces, a asegurar y fomentar el desarrollo de los negocios, cubriendo la eventual insolvencia de aquel que se ha comprometido a pagar, convirtiéndose incluso en un accesorio del crédito.

Puede ubicarse a la fianza dentro de los contratos de garantía, en cuanto a la función económica que desempeña en la sociedad.

Según el art. 1986 “*Habrá fianza cuando una de las partes hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor e este tercero aceptase su obligación accesoria*”. De donde resulta que la fianza es un contrato, pues exige un acuerdo de voluntades entre el fiador y el acreedor, cuyo crédito es garantido. No se requiere, en cambio, el consentimiento del deudor afianzado, aunque él es por lo común el principal interesado en la fianza, ya que sin ella la otra parte no se avendrá a contratar. Y no interesa su consentimiento ni su misma oposición, porque la relación obligatoria se establece entre fiador y acreedor.

ELEMENTOS.

Consentimiento.

El consentimiento se forma cundo el acreedor acepta la obligación del fiador, para realizar el contrato que solo se celebra entre estos dos, el deudor seria un tercero durante la celebración del contrato. Mayormente es el deudor el que elige a la persona que lo va a afianzar en ausencia del acreedor, desde ese momento hay contrato de fianza, pero el deudor no se podrá oponer a que el acreedor elija al fiador.

El deudor podría subyacer un negocio en el cual el fiador se comprometa ante a este a responder a su deuda no pagada y hasta pactar la retribución. Este contrato innominado se relaciona con la fianza, aunque no sea la fianza misma, y complementa la relación entre las partes.

Sujeto.

Capaces: se pueden obligar como fiadores todos los que tienen capacidad para contratar empréstitos. En el artículo 2011 se habla de tener la capacidad para contratar empréstitos pero esa capacidad no es mencionada en el código. El conyugue podrá ser fiador de su otro conyugue. El menor con capacidad laboral tiene capacidad de celebrar contrato de fianza y el acreedor solo podrá atentar contra los bienes obtenidos con el producto de su trabajo. Las entidades financieras podrán otorgar fianza relacionadas con las operaciones en que intervienen. El socio puede afianzar a la sociedad de la que forma parte y recíprocamente.las personas jurídicas sociedades lucrativas pueden prestar fianza.

Incapaces: no pueden prestar fianzas quienes no puedan hacer donaciones. El conyugue no puede afianzar al tercero que contrata con su potro conyugue, porque implicaría admitir contrato gratuito, lo que sería contrario al artículo 1807. No pueden ejercer fianza los menores emancipados; los administradores de bienes de corporaciones e nombre de estas, debido a que son establecimientos que no persiguen un fin de lucro sino que sonde bien común; los tutores, curadores y representantes necesarios, en nombre de sus representados; los administradores de sociedades, si no tiene poderes especiales, los administradores de las sociedades no pueden presentar fianzas a su nombre si no tienen poderes especiales; los mandatarios respecto de sus mandantes, en el mismo caso; los que tengan ordenes sagradas- religiosos profesos- salvo en nombre de sus iglesias.

Objeto.

El objeto de la fianza es la obligación que se garantiza. Todas las obligaciones pueden afianzarse ya sean civiles o naturales, accesorias principales, de valor determinado o indeterminado, liquidas o ilíquidas, puras simples o modales, ya sean de acto licito o ilícito.

Pueden afianzarse obligaciones futuras siempre que tengan un objeto determinado. Se puede afianzar una obligación de hacer pero en el caso en que el hecho lo deba ejecutar personalmente el deudor, el fiador solo podrá cumplir con los daños y perjuicios que provengan de la obligación de hacer también si se trata de una obligación de dar un cuerpo determinado que solo lo podrá dar el deudor. También se puede afianzar la obligación que proviene de un hecho ilícito, tampoco hay algo que se oponga a que sea un cuasidelito futuro. Pero debe tener una vinculación valida para que exista la fianza. También esta la subfianza y el negocio subyacente de la fianza para dar garantía de la obligación de fiador. Si el objeto de la fianza consiste en una obligación de dar dinero, lo mismo sucederá con la fianza. El fiador se obligara a menos pero no a mas que el deudor.

Forma y Prueba.

Para constituir la fianza no existe formalidad alguna. Es un contrato no formal. Pero se puede celebrar de forma verbalmente, por escritura pública o privada. Pero en juicio para hacer producir efectos judiciales solo se requiere el contrato en forma escrita. Esta formalidad tiene función probatoria.

La obligación asumida por el fiador es de carácter gratuito y excepcional por lo cual sería prudente admitirla como prueba escrita. Parta tener una prueba por si se negaran a la fianza luego alguna de las partes no aceptase su responsabilidad.

El consentimiento que se da en forma verbalmente para crear la fianza debe resultar en la declaración, o sea declarar que da consentimiento para la fianza, en caso de contratar la fianza verbalmente.

La fianza verbalmente que es negada en juicio hace que se requiera la prueba escrita, la prueba escrita autoriza a recurrir a otra prueba complementaria.

CAPACIDAD

El art. 2011 del Código Civil establece que pueden obligarse como fiadores todos los que tienen capacidad para contratar empréstitos, con las siguientes excepciones:

* Los menores emancipados
* Los administradores de bienes de corporaciones en nombre de estas
* Los tutores, curadores y representantes necesarios, en nombre de sus representantes
* Los administradores de sociedades, si no tienen poderes especiales
* Los mandatarios respecto de sus mandantes, en el mismo caso

Los que tengan ordenes sagradas- debe entenderse religiosos profesos- salvo a nombre de sus iglesias

El art. 1993 establece la incapacidad de las personas físicas para dar fianza por una suma indeterminada, o para renunciar a alguna causal de extinción, o a los beneficios de excusión o división.

**CARACTERES:**

* *No formal:* art. 2006: La fianza puede contrataren cualquier forma; verbalmente, por escritura pública o privada, pero si fuese negada en juicio solo podrá probarse por escrito
* *Consensual:*  Salvo lo que pueda inferirse respecto de las formas, queda perfeccionado por el simple acuerdo entre el fiador y acreedor
* *Unilateral:* Cuando se engendra la obligación solamente es para el fiador, que debe responder por el deudor y frente al acreedor.

*Art. 1986: 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 accesoria.*

* *Nominado o típico:* Por cuanto tiene denominación y regulación legislativa.
* *Gratuito:* Por cuanto el fiador asegura la otra parte una ventaja, que resulta independientemente en toda prestación por parte del acreedor, dejando constancia de que perdería este carácter desde el momento en el acreedor, se comprometa hacia el fiador a pagarle una cantidad determinada como remuneración por el servicio que le va a prestar si el deudor no cumple. Este carácter comienza a desnaturalizarse en los centros urbanos debido a la existencia de entidades que prestan fianza para los contratos de alquileres.
* *Accesorio:* Esta establecido por la ley al decir “cuando una de las partes se hubiese obligado accesoriamente por un tercero, lo que hace presuponer que el fiador se obliga para responder por el posible incumplimiento del deudor de la obligación principal”

FIANZA CIVIL Y FIANZA COMERCIAL

La fianza es uno de los institutos contractuales que encuentra una regulación dual o doble, en el Código Civil y el Código de Comercio.

La distinción reside en el objeto del acto: cuando se da en garantía de una obligación comercial (acto o contrato de comercio), se considera fianza mercantil, aunque el fiador no sea comerciante (art. 478, C. de Comercio). En todo otro caso, la fianza es civil.

Interesa la calificación, más allá de la ley aplicable y la competencia judicial, por una diferencia básica de régimen: la fianza comercial es siempre solidaria; la civil puede ser simple o solidaria.

El criterio adoptado es objetivo: no importa la calidad de la persona del fiador, sino la categorización del acto.

EXTINCIÓN DE UN CONTRATO:

La fianza finaliza al extinguirse la obligación, esta puede ser por causa directa o indirecta

* *Extinción directa:* La fianza concluye por los mismos modos de extinción de las obligaciones en general (art 2042). Ello importa remitir a causales prevista por el artículo 724 de cc, a saber pago, novación, compensación, transacción, confusión renuncia de los derechos del acreedor y la prórroga del plazo que estipula el acreedor sin consentimiento del fiador. Se ha dispuesto ya sobre la extinción de las obligaciones por el cumplimiento de la de la condición resolutoria, y por el vencimiento del plazo resolutorio, y en otro lugar se tratará de la anulación de los actos que las hubiesen creado, y de la prescripción
* *Extinción indirecta o por vía de consecuencia:* La obligación principal puede extinguirse por medios ordinarios de las obligaciones en general y siendo que la fianza configura una obligación accesoria, de ella también deviene sin efecto. En cuanto al pago, será extintivo de la obligación del fiador, siempre que sea efectuado por el deudor y no por un tercero. Si en cambo se trata de una dación en pago hecha por el deudor, el fiador queda libre aunque el acreedor luego por evicción (art. 2050)

Artículo 2050: Si el acreedor acepta en pago de la deuda otra cosa que la que era debida, aunque después la pierda por evicción, queda libre el fiador.

FALLO SOBRE DE CONTRATO DE FIANZA

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala 1

Fecha: 20/11/2007

Partes: Ledesma, Renienda del Valle, c. Mercado, Mario Ramón y otros s/desalojo.

Publicado en: LLBA 2008 (marzo), 182

SUMARIOS:

1. El hecho de que se continúe recibiendo alquileres con posterioridad al vencimiento del contrato, y que, inclusive, se intime al pago de los correspondientes a distintos meses, no implica la existencia de una nueva relación locativa, pues, según lo dispone el art. 1622 del Cód. Civil, una vez transcurrido el plazo acodado en el contrato no hay tacita reconducción.
2. Las costas y gastos del proceso de desalojo por vencimiento del contrato de locación de inmueble deben extenderse a la fiadora, dado que esta en el contrato accesorio de fianza se constituyó en deudor solidario, llano y principal pagador, con renuncia expresa al beneficio de división, obligándose a soportar las costas del proceso inclusive en el supuesto de continuar el locatario de uso del bien vencido el contrato, y hasta que se entreguen las llaves y se lo desocupe enteramente.

TEXTO COMPLETO: 2° instancia. – Lomas de Zamora, noviembre 20 de 2007.

1° ¿Es justa la sentencia distada? 2° ¿Qué corresponde decidir?

1° cuestión – El doctor Basile dijo:

1. El señor juez, titular del Juzgado de 1° instancia N°2 del fuero, dicto a fojas 221/225, sentencia definitiva en estos autos seguidos por Renienda del Valle LEDESMA, resolviendo admitir la demanda por desalojo respecto del inmueble sito en la Colon 1727 de Monte Grande, Partido de Esteban Echeverría, interpuesta contra Mario Ramón MERCADO. Impuso las costas del proceso al demandado vencido. Rechazo, en cambio la demanda interpuesta contra la fiadora, doña Hilaria DIAZ NUÑEZ, con costas al actor, y postergo para su oportunidad la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes.
2. Apelaron ambos justiciables, quienes en sus presentación de fojas 242/243 y 244/246 expusieron diversos argumentos en procura de la modificación del pronunciamiento en resguardo de sus intereses, recibiendo replica solamente de parte de la actora a fojas 248/249.

A fojas 250 se llamó autos para sentencia por providencia que se encuentra consentida.

3 DE LOS AGRAVIOS:

3. a. Se alza el demandado porque considera probada la continuación de la locación después del 30 de junio de 2001, habida cuenta que en oportunidad de absorber posiciones la actora reconoció no haber requerido restitución del bien después de esa fecha.

Formula una particular interpretación del artículo 1622 del Código Civil y su aplicación al su lite, y pide el rechazo de la demanda.

3-b. La demandante, por su parte, se agravia del rechazo de la demanda respecto de la fiadora, quien fue citada a estar a derecho para garantizar las costad del proceso, argumentando una errónea interpretación del iudice a-quo del artículo 1582 bis del Código Civil.

4 CONSIDERAION DE QUEJA.

4-a Habré de abocarme primeramente a los agravios del demandado.

Centra toda la disconformidad el quejoso en una mu partículas interpretación del artículo 1622 del Código Civil, en el entendimiento que vencido el contrato de locación, y habiendo continuado en el uso de la cosa pagando los arriendos, existió tacita reconducción del mismo, sin haber existido una tempestiva intimación extrajudicial fehaciente para su restitución.

Es de dejar debidamente establecido que no se ha demostrado en el curso de proceso que el locador haya percibido los arriendo una vez vencido el contrato de locación circunstancia esta correspondía a quien la alego, el inquilino. (Art 375 Cód. Proco.)

Pero, para satisfacerlo, diré que aunque hubiera cumplido con tal carga, su suerte no hubiera sido otra en la causa, toda vez que es principio jurisprudencial recibido que el hecho de que se continúe recibiendo alquileres con posterioridad al vencimiento del contrato, y que , inclusive, se intime al pago de los correspondientes a los distintos meses, no implica la existencia de una nueva relación locativa, pues según lo dispuesto en el artículo 1622 del Código Civil, una vez transcurrido el plazo acordado en el contrato, no hay tacita reconducción ( esta Alzada, Causa 56.290, Reg. Sent. Def. 218)

Téngase presente que el solo vencimiento del termino contractual no determina la extinción automática del contrato de locación, pues para que ellos se produzca, como aconteció en el sub-examine con la demanda, es necesario que el locador reclame la devolución. Concluido el termino contractual en el mes de junio de 2001, y no desocupado el inmueble por parte del locatario, el reclamo por vía judicial se produjo el 1 de febrero de 2002 (ver cargo de Receptoría Gral. De Expedientes puesto en la demanda de fs. 11/12 –art. 979 Cód. Civil)

A partir de allí, queda el locatario constituido en mora y obligación de restituir. Si como aconteció en el “sub-discussio”, el compelido no cumplió con la exigencia del requirente, allanándose al reclamo que contenía la demanda, no puede agraviarse ahora y pretender enervarla con inconsistentes argumentos.

No corresponde inferir, como intuyo pretende el quejoso, que el alegado y no probado cobro de los arriendos haya implicado purgar su mora; el contrato indefectiblemente se extinguió con el reclamo fehaciente por vía judicial, porque el codificador en la norma que me ocupa ha circunscripto técnicamente el término “demandar”, sino que lo ha utilizado en su acepción amplia de reclamar por cualquier vía, cuanto más la aquí utilizada( en tal sentido, Salas Trigo Represas- López Mesa, “Código Civil Anotado”)

Para concluir diré que dada la precisión del texto legal, queda claro que nuestro codificador no acepto la llamada tacita reconducción, es decir que la continuación de la relación locativa, cualquiera que sea el tiempo de ella, no implica que las partes hayas consentido en acordar un nuevo contrato con las modalidades del anteriormente celebrado entre ellos, prolongándolo por otro nuevo plazo entero o por otro tiempo más (Belluscio-Zannoni, “Código Civil y las leyes complementarias, comentado, anotado y concordado”, T°, ps 607/608)

Y si así surge el texto legal y de su nota en la que Vélez Sarsfield cita el comentario de Mercade sobre el artículo 1738 del Código Francés, que tomo como fuente, y que sigue esa sana doctrina, vano es intentar torcer lo que sin hesitación plasmo en la norma el codificador.

Propongo así al Acuerdo desestimar la queja formulada por el demandado, confirmando el pronunciamiento de la anterior instancia, en la medida de recuerdo y agravio.

4-b No seguirá la misma suerte el agravio que formula la actora, quien con atinado criterio reclama la modificación de la sentencia en crisis, conforme habré de exponer infra.

En efecto, tuvo la oportunidad de resolver este Tribunal en sentencia interlocutoria de fecha 11 de julio de 2002, que “… en el convenio traído por la actora, en su cláusula décimo séptima se pactó, entre otras cosas, que el garante se ha constituido deudor solidario, llano y principal pagador, respecto de todas las obligaciones contraídas en el mismo, garantizando igualmente el pago de los honorarios y gastos del juicio que puedan promover contra el locatario por desalojo”

Al revocar la resolución del Juzgado de anterior instancia, que había establecido desestimar el pedido de citación del fiador formulado en la demanda, se mandó citarlo por providencia del 20 de agosto de 2002.

No obstante lo que estaba decidido y forme, el judicante de anterior grado, al dictar pronunciamiento definido, en errónea interpretación del artículo 1582 bus del Código Civil, estableció que visto el plazo transcurrido desde el momento del vencimiento hasta que se formuló el reclamo por parte del accionante, debe entenderse operativo para el caso el citado artículo, eximiéndose a la garante Hilaria DIAZ NUÑEZ de responder por la costas y gastos del proceso. LA sentencia estimo no resulta justa en este aspecto.

Tuve la oportunidad de preopinar en cuestión traída a esta Alzada (in re Causa n°60.517 del 4/X/05, Reg. Sent. Def. 333), estableciendo mi criterio receptado unanimente por Tribunal, en el sentido que no resulta aplicable al caso el mentado artículo 1582 bis del Código Civil.

La ley 25.628 no dispuso norma especial para regular la incidencia en el término de la modificación legislativa.

Siendo así, y conforme surge de las normas del artículo 3 del Código Civil y de su hermenéutica, debe concluirse que en este caso, en donde al momento de entrada en vigencia del artículo 1582 bis del Digesto Civil encuentra en trámite un proceso, no debe aplicarse la nueva situación legal (Conf. Ariza A., “Modificación del Régimen Legal…”, en Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina, 9 de Octubre de 2002, fascículo 2, p. 25; esta Sala 1, Reg. Sent. Def 268/04” Carballo, Lilia C Friera Héctor y otros s/Ejec de alquileres”).

En la misma dirección, estando vencido el contrato a la fecha de entrada en vigencia del nuevo artículo, que se hubieran continuado en las condiciones del artículo 1622 del Código Civil, automáticamente –ipso iure- quedaron extinguidas las fianzas accesorias a ellos (Belluscio-Zannoni, ob.cit T°, p 1418)

Lo anterior, sin contradecir la doctrina de esta misma Sala, plasmada en la Causa n° 51.195, Reg. Sent, 435/00, visto que el reclamo judicial no excede un lapso prudencial y razonable; periodo que va desde el 30 de junio de 2001 sta el 1 de febrero de 2002 (ver fs2 y 12) es decir seis meses, tiempo durante el cual se encuentra comprendido el mes de enero.

He analizado conforme as reglas de la sana critica (art 384 Cod Proco) la cláusula décimo séptima del contrato de locación supra referida, en la que la fiadora se ha obligad a soportar las costas de este proceso , inclusive en el supuesto de continuar el locatario en uso del inmueble vencido el contrato, y hasta que se entreguen las llaves del inmueble y se lo desocupe enteramente, Y si tenemos presente la extensión de la fianza, que la constituye en deudor solidario, llano y principal pagador, con renuncia expresa al beneficio de división, no se puede menos que concluir en que las costas y gastos del proceso se le deben cargar en las condiciones pactadas en el contrato accesorio de fianzas (art. 1986,2013 y concs. Cod Civil)

No resultante totalmente justa la sentencia propongo al Acuerdo modificarla en tal sentido.

En virtud de las razones expuestas y citas legales. VOTO POR LA NEGATIVA.

Los doctores Tabernero e Igoldi votan también por la negativa.

2° cuestión. – El doctor Basile dijo:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, y no resultando totalmente justa la sentencia apelada, corresponde revocarla parcialmente, en la medida de recurso y agravio que formulara la parte actora, haciendo extensiva la condena en costas a la fiadora del contrato de locación, doña Hilaria DIAZ NUÑEZ, en la medida de las condiciones pactadas. Asimismo, condenar soportar las costas de ambas instancias a los demandados vencidos (art. 69 Cód. Proco.) Difiriéndose para su oportunidad la regulación de los honorario de los profesionales intervinientes (arts 31 y 51 ley 8904) ASI LO VOTO.

Los doctores Tabernero e Igoldi, por compartir fundamentos, votan en igual sentido.

Con lo que termino de acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA. En el acuerdo celebrado establecido: 1) Que la sentencia apelada no es totalmente justa y debe revocársela parcialmente en la medida de recurso y agravio formulado por la parte actora. 2) Que corresponde hacer extensiva la condena en costas la fiadora del contrato de locación, doña Hilaria DIAZ NUÑEZ, en la medida de las condiciones pactadas. 3) Que debe confirmársela a los demás que decide. 4) Que las costas de ambas instancias deben imponerse a los demandados vencidos (art.68 Cód. Proco.) 5) Que los honorarios se regulan en su oportunidad (arts. 31 y 51 ley 8904)

POR ELLO: Y fundamentos consignados en el Acuerdo, revocase parcialmente la sentencia recurrida, en la medida de recurso y agravios formulados por la parte actora, por no resultar totalmente justa, haciendo extensiva la condena en costas a la fiadora del contrato de locación, doña Hilaria DIAZ NUÑEZ, en la medida de las condiciones pactadas. Costas de ambas instancias a los demandados vencidos (art. 68 Cód. Proco.). Difierese la regulación de los honorario de los profesionales intervinientes para su oportunidad – Norberto Horacio Basile – Rodolfo Miguel Tabernero – Carlos Ricardo Igoldi.