



TRABAJO FINAL DE GRADO

Extensión de la fianza en contratos de locación

Carrera de Abogacía

Universidad Empresarial Siglo 21

Nelson Luna

2017

Resumen

Es habitual que las legislaciones contemporáneas se utilice la figura de un fiador a los fines de garantizar el cumplimiento de los contratos de cualquier índole. En este caso en particular y como objetivo central de nuestra investigación se desarrolla un problema que ha provocado un debate en la doctrina judicial como también en la jurisprudencia y que se encuentra en el marco de los contratos de locación y fianza. El tema en cuestión es, la extensión de la fianza dentro de los contratos de locación y como queda, el fiador una vez que finaliza el plazo estipulado en el contrato. El eje de la investigación se desarrolla en la siguiente pregunta, ¿el fiador debe responder contractualmente por un incumplimiento por parte del deudor principal una vez que el contrato principal finalizo o queda liberado de toda responsabilidad civil una vez fenecida el plazo del contrato principal? Cabe agregar otro interrogante no menos importante al que se ha planteado ¿cómo afecta la condición de fiador que asume en este tipo de contratos, ya sea como fiador simple, solidario, o principal pagador, y cómo afecta esta circunstancia en lo que atañe a la responsabilidad civil del fiador en este contexto en particular? Este trabajo busca explorar, en la extensión del contrato de locación, las diferentes normas que regulan jurídicamente este tema en particular, como por ejemplo, el art. 2005 y el 1582 bis del código de Vélez, también analizar la reforma del año 2015 al código civil y comercial de la nación, en especial en los artículos 1225 y 1591 del citado cuerpo legal. Este trabajo va a explorar las diferentes aristas que ofrece el tema en cuestión, con la intención de encontrar una solución al tema planteado o al menos brindar un aporte a este problema tan común en el devenir cotidiano.

Abstract

It is common for contemporary legislation to use the figure of a guarantor in order to ensure compliance with contracts of any kind. In this particular case and as the central objective of our investigation, a problem has developed that has provoked a debate in the judicial doctrine as well as in the jurisprudence and that is in the frame of the contracts of location and bail. The issue in question is the extension of the bond within the lease contracts and as it remains, the guarantor once the term stipulated in the contract ends. The focus of the investigation is developed in the following question, the guarantor must respond contractually for a default by the principal debtor once the main contract ends or is released from any civil liability after the term of the main contract has expired? There is another question that is no less important than what has been raised: how does the guarantor condition that it assumes in this type of contract affect, whether as a simple guarantor, jointly or severally liable, and how does this affect the situation? Liability of the guarantor in this particular context? This paper seeks to explore, in the extension of the lease contract, the different norms that legally regulate this particular issue, such as, for example, art. 2005 and 1582 bis of the code of Velez, also analyze the reform of the year 2015 to the civil and commercial code of the nation, especially in articles 1225 and 1591 of the aforementioned legal body. This paper will explore the different aspects of the topic in question, with the intention of finding a solution to the topic raised or at least provide a contribution to this problem so common in everyday life

Índice

Introducción General	7
CAPÍTULO 1	11
Consideraciones generales.....	11
Contratos de Locación de cosas.....	11
1.1-Introducción.....	12
1.2-Contrato de locación concepto y elementos.	12
1.2.1. Sujetos-Capacidad.....	13
1.2.2-Consentimiento	15
1.2.3-Forma y prueba.	16
1.2.4-Objeto.....	17
1.2.5-Causa Lícita y precio de la locación	17
1.3-Obligaciones de las partes	19
1.3.1-Obligaciones del locador.....	19
1.3.2-Obligaciones del locatario.....	20
1.4-Plazos y conclusión de la locación	22
1.5-Conclusion parcial del capítulo de locación	26
CAPÍTULO 2	27
Contrato de fianza.....	27
2.1-Introducción.....	28
2.2- Concepto de Fianza y elementos	29
2.3-Sujetos y objeto en los contratos de fianza.....	31
2.4-Obligaciones principales y accesorias.	33
2.4.1-Diferencias y Clases de obligaciones accesorias.	33
2.5-Caracteres de la Fianza.	34
2.6-Clasificación de la fianza.....	35
2.6.1- Fianza simple	35
2.6.2 Fianza solidaria	36
2.6.3 Fianza como principal pagador	37
2.7 Derechos y deberes del fiador.....	38

2.8. Efectos y extinción de la fianza	39
2.8.1 Efectos entre fiador y acreedor.....	39
2.8.2 Efectos entre el fiador y deudor	41
2.8.3 Efectos entre el deudor y acreedor	42
2.8.4 Extinción de la fianza.....	42
CAPÍTULO 3	45
Extensión de la fianza.....	45
3.1-Introducción.....	46
3.2-Extensión de la fianza en general	46
3.3-Extensión de la fianza en los contratos de locación	50
3.4-Evolución histórica y legislativa.....	51
3.5-Proyectos legislativos sobre la extensión de la fianza	51
3.6-Diferentes opiniones doctrinarias antes de la reforma del código de Vélez.....	53
3.7-Conclusion parcial de antes de la reforma.....	55
CAPÍTULO 4	56
Reforma del código civil de Vélez Sarsfield en el año 2002.....	56
4.1-Introducción.....	57
4.2-Inclusión del artículo 1582 bis en el código de Vélez.....	57
4.3- Consecuencias de dicha introducción en el ámbito contractual	58
4.4-Diferentes opiniones doctrinarias respecto a la reforma	59
4.5-Conclusiones parciales del capítulo después de la reforma.....	62
CAPÍTULO 5	64
Extensión de la fianza y la reforma del código civil y comercial.....	64
5.1-Introducción.....	65
5.2-Extensión de la fianza en la reforma del código civil y comercial.	65
5.3-El artículo 1591 y qué se entiende por principal pagador en el código civil y comercial.....	68
5.4-Problemas Irresueltos.	71
5.5-Diferentes fallos con respecto al tema planteado.	72
CAPÍTULO 6.....	79
Conclusiones finales de la extensión de la fianza.....	78

en los contratos locativos.....	78
Bibliografía.....	84

Introducción General

El tema a desarrollar se enfoca dentro del ámbito del derecho civil y más precisamente dentro de la rama de los contratos de locación y fianza. Algo tan simple y común como los contratos locativos pueden a veces plantear situaciones que provocan cierta incertidumbre para aquellos sujetos que concretan este tipo de negocios jurídicos, en especial el que atañe al sujeto que brinda la garantía a este tipo de contratos, es decir el fiador.

El problema radica justamente en la extensión del plazo original de la locación acordado por las partes o impuestos legalmente a este tipo de contrato, que ha traído diferentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales. La cuestión central del problema es que si el fiador debe responder o no contractualmente una vez fenecido el plazo estipulado por las partes y además cómo influye la postura que asume el fiador en el contrato, ya sea como fiador simple, codeudor solidario o la figura más polémica, la de principal pagador. El fiador y su condición en este tipo de contrato será el eje central de la investigación.

El objetivo general de este trabajo se concentra en explorar los contratos de locación y de fianza tanto en el ámbito jurídico, doctrinario y jurisprudencial; como estos pueden ser afianzados, cuáles son las características distintivas de los mismos, sus elementos, plazos y como es la dinámica entre ellos. En definitiva todo aquello que nos dé un marco para profundizar en la situación del fiador una vez finalizado el plazo estipulado en los contratos locativos.

Es importante destacar la importancia de este problema, ya que los contratos locativos como los accesorios a este, cómo lo es la fianza se realizan en forma cotidiana, y su importancia radica en seguridad jurídica que debe ofrecer el ordenamiento argentino a todos aquellos sujetos que realizan este tipo de negocios jurídicos. La génesis del problema lo provoca una contradicción evidente producida por nuestra legislación nacional. Hacemos referencia a nuestro código y más precisamente en el artículo 1225 que prescribe:

Caducidad de la fianza. Renovación. Las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del plazo de la locación, excepto la que derive de la no restitución en tiempo del inmueble alquilado. Se

exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita, una vez vencido el plazo del contrato de locación. Es nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original.

Como contrapartida a este artículo tenemos al 1591 del mismo cuerpo legal que prescribe:

Principal pagador. Quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias.

Tenemos un evidente choque de normas en el mismo cuerpo legal que provoca una incertidumbre jurídica que genera una consecuencia no deseada en nuestro sistema codificado, que pretende brindar como máxima, certeza jurídica a la hora de realizar este tipo de contratos. Por un lado tenemos un artículo como el señalado 1225 que dice que el plazo fenecido libera al fiador salvo la no restitución del inmueble y por otro el 1591 que pone al fiador en las mismas condiciones que el deudor principal no importando el plazo o la restitución del inmueble, quedando en la mismas condiciones que el deudor principal y ante un incumplimiento contractual del deudor aunque fuese posterior al vencimiento del plazo estipulado, el acreedor estará facultado a cobrar a cualquiera de los dos. Cabe mencionar que la figura de principal pagador es la más utilizada en los contrato de fianza porque brinda al acreedor más seguridad a la hora de celebrar este tipo de negocios jurídicos.

Este trabajo de investigación explorara lo antecedentes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que tuvo el problema en cuestión, las diferentes reformas que sufrió el código civil, como así también las consecuencias que trajeron aparejadas las mismas en todos los ámbitos que se ha hecho referencia. Como antecedente a este problema y a fin de brindar una suerte de introducción, podemos citar la larga disputa que tuvieron dos grandes juristas de nuestra época que marcaron dos posiciones bastante antagónicas en relación a la cuestión negativa, por un lado tenemos al Dr. Borda que sostiene:

Un fiador que aunque sea solidario o principal pagador, la garantía no debe sobrepasar el término del contrato originario, salvo en el caso que el inquilino se resista a devolver la cosa (inmueble), en cuyo caso deberá responder hasta el tiempo de restitución” (Borda, 2005, pág. 604).

En oposición contraria a la anterior tenemos al Dr. Spota que señala en su trabajo:

La fianza perdura hasta la efectiva desocupación, aun en cuanto la ocupación se deba a un acuerdo tácito entre el locador y locatario; porque esta señala que el fiador principal pagador en este caso se transformaría en un codeudor solidario y se le aplicaría este régimen jurídico”(Spota, 1983, pág. 236).

Con esto se quiere señalar que el problema es de larga data, con sus respectivas posturas que ofrecen visiones diferentes al tema es cuestión lo que hace más interesante la investigación. El deseo de este trabajo es llegar a una solución que brinde una solución justa que le sirva a ambas partes y de esta manera palear una necesidad que afecta a la gran mayoría de los ciudadanos, esto es el acceso a la vivienda, al menos aunque sea en forma temporal hasta conseguir una solución más definitiva. Para llevar a cabo este trabajo, la investigación se desarrolla a lo largo de cinco capítulos que se describe a continuación.

En el primer capítulo se explora el contrato marco que contiene el problema, en este caso, el contrato de locación de cosas. El objetivo que busca este trabajo en su primer capítulo, es la de brindar una noción general de la locación de cosas, sus características principales, los sujetos que lo integran, la forma habitual en que se realizan y todo aquello que distingue a este tipo de contrato. En segundo término se explora el contrato de fianza, accesorio del primero, que permite garantizar este tipo de negocios y al igual que en el primer capítulo, la investigación busca exponer características principales y diferentes modalidades que ofrecen el mayor aporte a esta investigación.

En los últimos tres capítulos del trabajo de investigación explora las diferentes etapas que tuvo la legislación argentina con relación al tema, en principal el código civil y sus diferentes reformas. El tercer capítulo estará dedicado a explorar las diferentes normas jurídicas y la doctrina que regularon la extensión de la fianza en la locación antes de la

reforma del año 2002. El cuarto capítulo está dedicado puntualmente a la reforma del código de Vélez en el año 2002 y las consecuencias que surgen con dicha reforma con la introducción del artículo 1582 bis, sobre todo como recepta la doctrina dicha transformación. En el quinto y último capítulo, la investigación analiza si en la reforma estructural que tuvo el código civil en el año 2015 se modificó algo en materia locativa y sobre todo en la extensión de la fianza en lo contrato locativos. También en el mismo capítulo se analizara los diferentes fallos que tuvieron los tribunales con respecto a este tema en cuestión.

Este será el camino que la investigación realizara para alcanzar una solución que brinde certeza a quienes que afronten esta clase de negocios o al menos ofrecer el panorama para que no los sorprenda.

Para llevar a cabo estas investigación se tienen que establecer ciertas pautas metodológicas que ofrezcan seriedad al trabajo y al mismo tiempo dirijan el desarrollo del mismo, como dice Yuni y Urbano (2006) “la formulación del problema anticipa el tipo de investigación” (p. 80), siendo adecuada la combinación de los tipos de estudios para dar un panorama lo más completo posible de la problemática planteada. Como anteriormente se ha señalado, será necesario realizar una combinación de los tipos de investigación, el exploratorio y el descriptivo, que son los estudios escogidos para abordar el desarrollo del trabajo.

En primer lugar, estos autores proponen el estudio exploratorio que “por lo general establecen tendencias, identifican relaciones potenciales entre variables y establecen el “tono” de investigaciones posteriores más rigurosas” (Yuni y Urbano, 2006, p. 81). El segundo método de estudio, el descriptivo, según estos autores “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales; estos estudios no implican la comprobación de hipótesis, ya que su finalidad es describir la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos” (Yuni y Urbano, 2006, p. 81). Estos serán los métodos de investigación que este trabajo utilizara para encarar el problema que se ha planteado al principio de esta introducción, con la finalidad de ofrecer un panorama completo del tema, como también ofrecer alternativas de solución al mismo.

CAPÍTULO 1
Consideraciones generales
Contratos de Locación de cosas

1.1-Introducción.

Para comenzar a desarrollar la siguiente investigación como primera medida se explicara o en algunos casos se refrescaran ciertos conceptos en materia de contratos de locación, sobre todo las características principales del mismo; con la idea de ofrecer a aquel lector que no esté relacionado con el tema pueda entender de qué se trata la investigación y brindar una noción básica de este tipo de negocios jurídicos.

Es importante aclarar que el trabajo se ajusta sobre todo al de alquileres de bienes inmuebles, tema tan común para la mayoría de las personas, pero seguramente se puede amoldar a cualquier otro tipo de locación de cosas.

1.2-Contrato de locación concepto y elementos.

En primer lugar se busca dar una definición de que es una locación de cosas, en este ámbito podemos citar a unos de los autores que se ha encargado de brindar una definición lo más amplia posible; señalamos al Dr. Borda que sostiene:

Hay locación de cosas cuando una persona (locador) se obliga a entregar el uso y goce de una cosa durante un cierto tiempo a otra (locatario) que a su vez se obliga a pagar un precio en dinero (Borda, 2005, p. 453).

A este concepto podemos agregar la definición legal del código civil y comercial que en su artículo 1187 prescribe:

Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio de un precio en dinero”. Ambas definiciones son muy similares y muestran los elementos necesarios para que se identifique a un contrato de locación.

Con relación a los elementos del contrato de locación, la investigación seguirá la postura doctrinaria del Dr. Borda que indica como elementos esenciales a un contrato de locación al consentimiento, forma, objeto, causa lícita y el precio que se desarrollara en el siguiente punto.

1.2.1. Sujetos-Capacidad

Pero antes de trabajar con los elementos esenciales de la locación, se va a desarrollar en este trabajo un aspecto que es común a todo tipo de contrato, estamos hablando de la capacidad como aquel requisito que hace valido al contrato y que el Dr. Buteler Caceres en su manual de derecho civil la define: “Como la aptitud para adquirir derechos y la posibilidad de administrar y disponer de si” (Buteler Caceres, 1998, pág.68). Se hace hincapié en definir a la capacidad, que aunque no sea un elemento esencial del contrato de locación, con el objetivo de brindar a aquellas personas que no estén relacionada con el ámbito jurídico una idea general sobre este aspecto tan importante a la hora de realizar contratos y les permita saber si los negocios que realizan son plenamente válidos.

Señalamos a la capacidad con aquella clásica división del derecho civil, hablamos de la capacidad de hecho y la capacidad de derecho. Con respecto a la primera podemos decir que en código civil y comercial se le llama capacidad de ejercicio que en su artículo 23 define: “Capacidad de ejercicio. Toda persona puede ejercer por si misma sus derechos, excepto las limitaciones previstas en este código y en una sentencia judicial”. Es la comúnmente denominada capacidad de hecho o de obrar; pero como toda regla tiene su excepción y el código las ordena en el artículo 24:

Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) Persona por nacer b) La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª.del mismo Capítulo; c) La declarada incapaz por sentencia judicial con la extensión dispuesta en esa decisión.

Estas limitaciones que prescribe el código civil y comercial están pensadas para proteger a estas personas por sus características en particular. Con respecto al segundo punto, la capacidad de derecho, el código civil y comercial la señala en el artículo 22:

Principio general - Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitarla respecto de hechos, simples actor o actos jurídicos determinados.- Queda

consagrado el principio de que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

En el código civil y comercial de la nación en el artículo 1000 detalla los efectos que producen sobre los contratos los actos realizados por personas incapaces:

Efectos de la nulidad del contrato. Declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido.

En el artículo 1001 prescribe las inhabilidades para contratar:

Inhabilidades para contratar. No pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.

El artículo siguiente, el 1002 de dicho cuerpo legal, prescribe las inhabilidades especiales y complementa el artículo anterior:

Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí. Los albaceas que no son herederos no pueden celebrar contrato de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo.

Como se dijo al principio de este punto la idea era brindar una noción básica de la capacidad recorriendo los diferentes artículos del código civil y comercial que desarrolla sobre el tema con la idea de complementar la investigación y brindar una noción básica de un aspectos tan importante que hace que todo tipo de contrato sea válido.

1.2.2-Consentimiento

Uno de los elementos esenciales de la locación según la postura que sigue la investigación es el consentimiento. El consentimiento es según el Dr. Buteler Caceres:

Es la voluntad individual, mirada en sí misma y a través de su ejercicio efectivo, a través de su declaración, y condicionada de antemano por la ley, es el factor predominante destinado a regular las relaciones jurídicas de carácter privado (Buteler Caceres, año 1998, pág. 201)

En lo estrictamente jurídico nuestro código civil y comercial de la nación da una definición en su artículo 971 “Formación del consentimiento. Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”. Esta definición la podemos ampliar con una cita del tratado de los contratos del Dr. Ricardo Lorenzetti sobre este elemento en particular:

Un contrato de locación regularmente concluido supone el consentimiento de las partes sobre los siguiente puntos: a) la naturaleza del contrato) la cosa que se alquila; c) el precio; d) el tiempo de duración del contrato; e) el uso para el cual se destina la cosa. Pero en realidad lo único absolutamente esencial a la existencia y validez del contrato es que haya mediado consentimiento sobre la naturaleza y sobre la cosa. Pero el contrato que no exprese la cosa que se alquila es nulo por falta de objeto; igualmente es nulo si no existe inteligencia entre las partes respecto de la naturaleza del contrato, pues evidentemente no habría consentimiento si no disenso, si una de ellas ha entendido darla en locación y la otra recibiría en depósito (Lorenzetti, 1999, p. 303).

Hay diferentes formas de consentimiento para los distintos tipos de contratos, pero en particular los contratos de locación, lo normal es hacerlo en forma escrita, con el fin de dar seguridad a las partes sobre en todo aquello en lo que tiene que ver con obligaciones y derechos que corresponden a cada uno.

1.2.3-Forma y prueba.

La forma y la prueba en este tipo de contrato como dijimos generalmente se realiza por escrito, pero en rigor de verdad el maestro Dr. Guillermo Borda da una opinión muy concreta sobre el formato del contrato, el cual señala:

Que los contratos locativos pueden realizarse por instrumento público o privado y aun verbalmente, es un contrato puramente consensual. Quedaba concluido por el simple consentimiento de las partes, sin la necesidad del cumplimiento de formalidad alguna. (Borda, 2005, p. 470).

En cuanto a las locaciones urbanas y los arrendamientos rurales podemos citar como antecedente antes de la reforma del código del año 2015 al art. 1 de ley 23091 y el artículo 40 de la ley 13246. Según el maestro Borda señala que:

Las prórrogas y modificaciones del contrato también deben celebrarse por escrito y que incluso, el contrato de arrendamiento rural podrá ser inscripto en los registros inmobiliarios siempre que las firmas de los contratantes estén certificadas por un escribano, el juez de paz u otro oficial público competente (Borda, 2005, p. 471).

En el código civil y comercial en el artículo 1188 prescribe:

Forma. Oponibilidad. El contrato de locación de cosa inmueble o mueble registrable, de una universalidad que incluya a alguna de ellas, o de parte material de un inmueble, debe ser hecho por escrito. Esta regla se aplica también a sus prórrogas y modificaciones.

Con respecto a la prueba en los contratos locativos el código civil y comercial de la Nación en su artículo 1019 prescribe:

Medios de prueba. Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la

sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumental no pueden ser probados exclusivamente por testigos.

Este artículo rescata el espíritu del artículo del código de Vélez el 1193 que prescribe:

Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos. Con la diferencia que hace hincapié en lo que respecta a los testigos otorgándole una mayor amplitud a la declaración de los mismos.

1.2.4-Objeto.

En cuanto al objeto de los contratos de locación podría decirse que es bastante amplio, pero cabe señalar que el eje de esta investigación son las locaciones urbanas y el contrato de fianza que lo respalda, aunque pueda aplicarse también a otro tipo de locaciones con otro tipo de cosas. En lo que respecta al objeto de los contratos el código civil y comercial de la nación brinda una definición bastante certera en su artículo 1192 el mismo prescribe:

Cosas. Toda cosa presente o futura, cuya tenencia esté en el comercio, puede ser objeto del contrato de locación, si es determinable, aunque sea sólo en su especie. Se comprenden en el contrato, a falta de previsión en contrario, los productos y los frutos ordinarios.

1.2.5-Causa Lícita y precio de la locación

Con respecto a la causa el código civil y comercial de la nación la define en su parte general más precisamente en su artículo 1013 que prescribe:

Necesidad. La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato.

Es necesario tener una causa para el que el contrato, pero en el siguiente artículo el código le pone un marco restrictivo a la hora de que tipo de causa es válida para realizar un contrato, el artículo 1014 manda:

Causa ilícita. El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.

Para terminar con los elementos esenciales del contrato de locación según la postura doctrinaria del Dr. Borda (2005), Dr. Lorenzetti (1999), Dr. Rey (1990) entre otros, que entienden que se tiene que hablar del precio de la locación y se debe “Admitir como regla general que debe estar determinado en el contrato o debe ser determinable de acuerdo con sus cláusulas”. (Borda, 2005, pág. 486). En el código civil y comercial no contempla nada sobre el tema del precio, pero podemos citar el trabajo de la Dra. Amiel, que indica que características debe presentar el precio en la locación y en ese sentido señala:

1. Cierto: determinado o determinable. Si bien, como dijéramos ms arriba, el concepto del precio no se menciona expresamente en el código que el precio sea determinado, la aplicación supletoria del art. 1133 referida a la compraventa impone esta exigencia. Al respecto la norma citada establece que el precio es determinado cuando se dan algunas de la sig. circunstancias: A) las partes lo fijan en una suma q se debe pagar. B) se deja su indicación al arbitrio de tercero. C) se determina con referencia a otra cosa cierta. D) las partes previeron el procedimiento para determinar.
2. Serio: El precio es serio y real. El precio debe corresponderse con una verdadera retribución por el uso y goce cedido.
3. En dinero. El requisito del precio en dinero surge de la propia definición de la locación contenida en el art. 1187. Si el precio no consiste en dinero el contrato no será de locación, pudiendo tratarse de un contrato innominado. (Amiel, 2016, pág.40).

Estos son los elementos estructurales básicos que tipifican a este tipo de contrato, que según a criterio de esta investigación, deberían estar presente en cualquier contrato locativo. A continuación se analizaran las diferentes obligaciones y derechos que tienen las

partes en este tipo de pactos, para después proseguir con el objetivo central de la investigación, que es analizar la fianza locativa y dentro de esta, la extensión de la misma y cabe aclarar que no es intención de este trabajo transcribir el código civil a esta investigación, si no apuntar a la información necesaria que apunte el trabajo para desarrollar el tema con la debida seriedad que se merece.

1.3-Obligaciones de las partes

En este punto analizaremos las obligaciones del locador y del locatario de una manera general, ya que como dijimos lo trascendente de esta investigación es la extensión de la fianza dentro de la locación urbana. En este punto se explora a los sujetos que integran este tipo de contrato y que función le es inherente a cada persona que lo integra.

Por una parte tenemos al locador, el dueño de la cosa que se alquila; ya sea un inmueble o cualquier otra cosa que se encuentre en el comercio y que no esté prohibida por el código para ser arrendada, con sus derechos pero también con sus obligaciones. Como contraparte tenemos al locatario, que es aquel que alquila la cosa, quien será el que la use y goce, pero igual que el locador, este tendrá tanto sus derechos como también sus obligaciones. A continuación se señalara cuáles son estos derechos y obligaciones que corresponden a cada uno de los actores en este tipo de contratos.

1.3.1-Obligaciones del locador

En lo que respecta a las obligaciones del locador tenemos con la nueva reforma del código civil y comercial un detallado listado de las obligaciones de las partes. El artículo 1200 prescribe: “Entregar la cosa. El locador debe entregar la cosa conforme a lo acordado. A falta de previsión contractual debe entregarla en estado apropiado para su destino, excepto los defectos que el locatario conoció o pudo haber conocido”. En el artículo siguiente, el 1201 deja bien claro las obligaciones de este y prescribe:

Conservar la cosa con aptitud para el uso convenido. El locador debe conservar la cosa alquilada en estado de servir al uso y goce convenido y efectuar a su cargo la reparación que exija el deterioro originado en su calidad o defecto, en su propia culpa, o en la de sus dependientes o en hechos de terceros o caso fortuito.

En lo que atañe a la cuestión de mejoras el código ofrece una solución bien clara en el artículo 1202 que señala:

Pagar mejoras. El locador debe pagar las mejoras necesarias hechas por el locatario a la cosa alquilada, aunque no lo haya convenido, si el contrato se resuelve sin culpa del locatario, excepto que sea por destrucción de la cosa.

Por último el código civil ofrece el art. 1203, que sirve para aquellas situaciones extraordinarias que surgen en el cumplimiento del contrato, el mismo prescribe:

Frustración del uso o goce de la cosa. Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes.

1.3.2-Obligaciones del locatario

En cuanto a las obligaciones del locatario el Dr. Borda brinda una lista de los compromisos esenciales que debe realizar este individuo jurídico que detalla de la siguiente manera:

Las obligaciones esenciales del locatario son: a)usar la cosa conforme a lo pactado , o en defecto de los pactado, de acuerdo con la naturaleza y destino de la cosa, b)conservarla en buen estado ;c)pagar el alquiler o arrendamiento, restituir la cosa al término de la locación .Tiene además ,otras obligaciones ocasionales ,tales como la de permitir la entrada del locador del inmueble cuando sea necesario y la de avisar al locador de toda usurpación o turbación por un tercero de la cosa en alquiler (Borda, 2005, p. 571).

El código civil y comercial regula las obligaciones esenciales del locatario en los artículos 1205 al 1210, el art. 1205 prescribe: “Prohibición de variar el destino. El locatario puede usar y gozar de la cosa conforme a derecho y exclusivamente para el

destino correspondiente. No puede variarlo aunque ello no cause perjuicio al locador”. El art. 1206 ordena sobre este tema:

Conservar la cosa en buen estado. Destrucción. El locatario debe mantener la cosa y conservarla en el estado en que la recibió. No cumple con esta obligación si la abandona sin dejar quien haga sus veces. Responde por cualquier deterioro causado a la cosa, incluso por visitantes ocasionales, pero no por acción del locador o sus dependientes; asimismo responde por la destrucción de la cosa por incendio no originado en caso fortuito.

El art. el 1207 brinda un complemento del apartado anterior que indica:

Mantener la cosa en buen estado. Reparaciones. Si la cosa es mueble, el locatario tiene a su cargo el gasto de su conservación y las mejoras de mero mantenimiento; y sólo éstas si es inmueble. Si es urgente realizar reparaciones necesarias puede efectuarlas a costa del locador dándole aviso previo.

El art. 1208 habla sobre la obligación de pagar el canon que acordó contractualmente y prescribe:

Pagar el canon convenido. La prestación dineraria a cargo del locatario se integra con el precio de la locación y toda otra prestación de pago periódico asumida convencionalmente por el locatario. Para su cobro se concede vía ejecutiva. A falta de convención, el pago debe ser hecho por anticipado: si la cosa es mueble, de contado; y si es inmueble, por período mensual.

El art. 1209 indica que el locatario tiene que pagar las cargas y contribuciones que se originan del destino que se le dé al inmueble y por último sigue el art. 1210 que señala sobre la restitución del bien alquilado y prescribe:

Restituir la cosa. El locatario, al concluir el contrato, debe restituir al locador la cosa en el estado en que la recibió, excepto los deterioros provenientes del mero transcurso del tiempo y el uso regular. También debe entregarle las constancias de los pagos que efectuó en razón de

la relación locativa y que resulten atinentes a la cosa o a los servicios que tenga.

Estas son las obligaciones esenciales de los contratos de locación, pero nada impide que existan otras cláusulas dentro del marco de la autonomía de la voluntad agregadas por las partes de acuerdo a sus necesidades imperantes.

1.4-Plazos y conclusión de la locación

En lo que atañe a plazos el código civil y comercial de la nación en su artículo 1197 señala sobre plazo máximo:

Plazo máximo. El tiempo de la locación, cualquiera sea su objeto, no puede exceder de veinte años para el destino habitacional y cincuenta años para los otros destinos. El contrato es renovable expresamente por un lapso que no exceda de los máximos previstos contados desde su inicio.

Este artículo que vendría a reemplazar al viejo 1505 del código de Vélez, estableciendo un plazo máximo mucho más acorde a los tiempos que corren, sobre todo en aquellos emprendimientos donde se necesita mucho tiempo para amortizar lo invertido y mejora el tiempo en relación al destino habitacional. Aquí podemos destacar un aporte que realiza la Dra. Amiel que en su trabajo indica:

Por el contrario la fijación de un plazo máximo exiguo puede resultar muchas veces un obstáculo para que los locatarios deseen llevar a cabo mejoras, dado que no podrán disfrutar de las modificaciones ejecutadas. Es decir que lo que procura evitarse, esto es, la falta de inversión en la mejora del bien alquilado, muchas veces es causada por la fijación de un plazo máximo demasiado breve. (Amiel, 2016, pág. 60)

El siguiente artículo, el 1198 del código civil y comercial de la nación indica los plazos mínimos que pueden tener las locaciones de inmuebles:

Plazo mínimo de la locación de inmueble. El contrato de locación de inmueble, cualquiera sea su destino, si carece de plazo expreso y

determinado mayor, se considera celebrado por el plazo mínimo legal de dos años, excepto los casos del artículo 1199.

Este artículo siguió el artículo 1130 del anteproyecto del año 1998 del Dr. Lorenzetti y la Dra. Amiel señala en relación a esta modificación “La disposición modifica los plazos mínimos independientemente del destino locativo, fijando el plazo mínimo en dos años, pudiendo renunciar el locatario este plazo si estuviere en tenencia de la cosa”. (Amiel, 2016, pág. 64). Esta reforma deja de lado a un sector importante de este tipo de contratos, se hace referencia a las locaciones de inmuebles para destino comercial, que el plazo de dos años es sumamente corto si se quiere recuperar al menos lo invertido, dejando a aquellos que invierten en este tipo de negocios una desprotección legal que la ley 23091 no tenía o al menos le brindaba un año más a este tipo de locaciones. No es tarea desarrollar más sobre este en particular pero que la pregunta realizada para aquellos que quieran investigar sobre el tema en cuestión.

El código civil y comercial de la nación en su artículo 1199 prescribe las excepciones a estos plazos:

Los contratos que se celebren por términos menores serán considerados como formulados por los plazos mínimos precedentemente fijados.

Quedan excluidas del plazo mínimo legal para las contrataciones a que se refiere la presente ley:

- a) Las contrataciones para sedes de embajadas, consulados y organismos internacionales, así como también las destinadas a personal diplomático y consular o perteneciente a dichos organismos internacionales;
- b) Las locaciones de viviendas con muebles que se arrienden con fines de turismo, en zonas aptas para ese destino. Cuando el plazo del alquiler supere los seis meses, se presumirá que el contrato no es con fines de turismo;
- c) Las ocupaciones de espacios o lugares destinados a la guarda de animales, vehículos u otros objetos y los garajes y espacios que formen parte de un inmueble destinado a vivienda u otros fines y que hubieran sido alquilado, por separado, a los efectos de la guarda de animales, vehículos u otros objetos;

- d) Las locaciones de puestos en mercados o ferias;
- e) Las locaciones en que los Estados nacional o provincial, los municipios o entes autárquicos sean parte como inquilinos.

Con respecto a la extinción de los contratos locativos el código civil y comercial en sus art. 1217 al 1221 regula de modo específico la extinción de las locaciones. Para este tema en particular se toma como referencia el trabajo de la Dra. Amiel que señala:

A modo de síntesis, el art. 1217 enumera como modos especiales de extinción los siguientes: a) El cumplimiento del plazo b) El requerimiento previsto para los supuestos de continuación de la locación concluida o en los contratos sin plazo convenido del art. 1218. c) La resolución anticipada. A estos modos deben adicionarse todos aquellos generales que el código de Vélez específicamente regulaba específicamente en el art. 1604 y aquellos omitidos pero que resultan de las normas generales. (Amiel, 2106, pág. 158).

En el art. 1218 del código indica otra forma de extinción, el mismo prescribe:

Continuación de la locación concluida. Si vence el plazo convenido o el plazo mínimo legal en ausencia de convención, y el locatario continúa en la tenencia de la cosa, no hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación en los mismos términos contratados, hasta que cualquiera de las partes dé por concluido el contrato mediante comunicación fehaciente.

Esta norma descarta de lleno la posibilidad de reconducción del contrato locativo pero hace una excepción y la Dra. Amiel señala:

Pero si el locatario permanece en tenencia de la cosa y ninguna de las partes comunicare a la otra la conclusión el contrato continuara hasta tanto alguna lo hiciere. Continúa pero no se prorroga ni se renueva en su plazo, por lo que cualquiera de las partes puede notificar su conclusión. (Amiel, 2016, pág. 160)

En el artículo siguiente, el 1219 del código civil y comercial prescribe otra forma de resolver el contrato:

Resolución imputable al locatario. El locador puede resolver el contrato:

- a) por cambio de destino o uso irregular en los términos del artículo 1205;
- b) por falta de conservación de la cosa alquilada, o su abandono sin dejar quien haga sus veces; c) por falta de pago de la prestación dineraria convenida, durante dos períodos consecutivos.

El artículo 1220 prescribe otra forma de extinción de la locación:

Resolución imputable al locador. El locatario puede resolver el contrato si el locador incumple, a) la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido; b) la garantía de evicción o la de vicios redhibitorios.

Por último el código civil y comercial en el artículo 1221 no indica otra de las maneras que se puede extinguir la locación, el mismo prescribe:

Resolución anticipada. El contrato de locación puede ser resuelto anticipadamente por el locatario: a) si la cosa alquilada es un inmueble y han transcurrido seis meses de contrato, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al locador. Si hace uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, debe abonar al locador, en concepto de indemnización, la suma equivalente a un mes y medio de alquiler al momento de desocupar el inmueble y la de un mes si la opción se ejercita transcurrido dicho lapso; b) en los casos del artículo 1199, debiendo abonar al locador el equivalente a dos meses de alquiler.

Estas son las modalidades específicas de extinción que el código civil y comercial ofrece en materia de locación, pero no son las únicas, ya que la locación es una obligación y le asisten todas aquellas modalidades de extinción que le son inherentes a las obligaciones en general. No es la finalidad de este trabajo ahondar en todas las formas de extinción de la locación, si no brindar aquellas más frecuentes de este tipo de contratos con la idea de brindar una noción básica para aquellos que no estén relacionado con el tema y que realizan este tipo de contratos jurídicos a diario.

1.5-Conclusion parcial del capítulo de locación

Se ha llegado al final del capítulo con el objetivo de brindar una noción básica de lo que es un contrato de locación. Se ha investigado su concepto, su finalidad, los elementos estructurales que lo componen, las diferentes obligaciones y derechos que corresponden a cada uno de los sujetos que integran el contrato, los diferentes plazos y los modos de extinción del mismo, con el firme propósito de brindar una visión básica del contrato marco que incluye o al menos da paso a la extensión de la fianza en los contratos locativos. Para esta tarea se ha utilizado el código civil y comercial, el derogado código de Vélez Sarsfield y la derogada ley 23091 como antecedentes de la reforma del año 2015.

No se podía avanzar en este trabajo sin antes recorrer los ítems, que a criterio de la investigación, eran los más importantes del contrato de locación. Todo esto es necesario para avanzar hacia el contrato accesorio por excelencia que tiene la locación, se hace referencia a la fianza, como aquella que garantiza el pago de la locación a través de un tercero, en caso de incumplimiento del locatario y cuya extensión es el centro neurálgico de este trabajo.

Este contrato será el próximo paso de la investigación para aproximarse al eje central de nuestra investigación que se recuerda es la extensión de la fianza en los contratos de locación.

,

CAPÍTULO 2

Contrato de fianza

2.1-Introducción

En este capítulo nuestra tarea será exponer la estructura jurídica del contrato de fianza, su concepto, elementos, características principales, efectos y la relación que la fianza tiene con el contrato locación. El contrato de fianza es en definitiva una asunción de una deuda ajena, en forma gratuita, que cuando el deudor principal no cumpla, el fiador deberá responder por este y denota la importancia que este contrato tiene en relación a los negocios jurídicos de nuestros días. Es utilizada como complemento de la mayoría de los contratos en general para garantizar el cumplimiento del deudor y el contrato de locación no es la excepción, por eso es tan importante saber hasta dónde responde temporalmente el sujeto que asume como fiador y como contraparte definir hasta donde el locador puede hacer uso de esa garantía que respalda al deudor principal.

Son muchas las singularidades que presenta este tipo de contrato, sobre todo la extensión de la fianza dentro de los contratos locativos y será tarea de este trabajo investigar todas las aristas que el tema ofrece para avanzar al problema central de la investigación. Es necesario destacar que en la reforma del código civil y comercial del año 2015, la fianza se mantuvo como instituto jurídico, con menos artículos, pero muy importantes a la hora de realizar este tipo de contratos, en este caso traemos un comentario de los Dres. Rivera y Medina sobre dicha reforma:

Se mantiene la naturaleza accesoria como nota característica de las obligaciones de garantía, por lo cual tanto el régimen jurídico como los cambios de hecho que experimente la obligación principal afectan a la fianza. (Rivera, Medina, 2014, pág. 820)

Estos autores también destacan que en la reforma se mantienen y se suman criterios de la fianza que el código de Vélez no tenía tales como:

Se incorpora el objeto-*causa fin* del contrato, al hacerse referencia —e n forma expresa— a la satisfacción de la prestación que procura asegurarse mediante la fianza. Asimismo, se hace alusión al hecho (presupuesto) que torna exigible o permite cobrar virtualidad a las obligaciones principales emergentes del contrato de fianza: el fenómeno del "incumplimiento" "Se indica, en el segundo párrafo, la posibilidad de afianzar las obligaciones de no hacer, situación que no estaba prevista en el art. 1193 del Código

Civil. Se señala además —a l igual que lo hacía el art. 1992— cuál es la consecuencia que se deriva para el fiador cuando la obligación principal no tuviera por objeto una suma de dinero (de dar una cosa cierta, de hacer y de no hacer), esto es, la reparación de los daños que se resulten de la inejecución. (Rivera, Medina, 2014, pág. 820).

Como se destaca en este comentario el contrato de fianza no pierde importancia a la hora de brindar garantía ante un incumplimiento pero se evidencia una notable supresión de artículos que tenía su predecesor y deja a modo de adelanto una contradicción entre los artículos 1225 y el 1591 del mismo cuerpo legal que para este trabajo será vital para su desarrollo. Pero antes la investigación recorrerá como lo hizo con la locación todos los elementos y características más importantes en esta materia que permita avanzar hacia el eje de la investigación.

2.2- Concepto de Fianza y elementos

Comenzaremos por delinear el concepto de fianza civil, con el compromiso de buscar aquellas definiciones que sean las más claras posibles y brindar una visión básica de todo lo que este contrato contiene. En esa línea de investigación podemos hacer referencia al Dr. Héctor Kenny que señala:

Se trata, pues, de la asunción de una deuda propia tomada por el fiador, en garantía de una obligación de un tercero, comprometiéndose por si en forma subsidiaria y accesorio a la, en caso de que no lo haga el deudor. (Kenny, 2012, pág.3)

En el código civil y comercial de la nación en el art. 1574 prescribe una definición legal de la fianza:

Concepto. Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento. Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que sólo puede ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución.

A estas definiciones se puede agregar el excelente trabajo de los Dres. Medina y Rivera que en su código comentado ofrecen un concepto sobre la fianza que vale la pena destacar, en su obra dicen:

En sentido estricto y técnico, la fianza es un tipo especial de garantía que se configura cuando un tercero se compromete a ejecutar la prestación debida por el deudor al acreedor; el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, obligándose personalmente respecto del acreedor. (Rivera, Medina, 2014, pág. 821).

Estas definiciones ofrecen una visión bastante completa de lo que es la fianza, sobre todo su concepto y la función que cumple en los negocios en general. Despejado el concepto la tarea de la investigación será la de analizar la fianza junto con sus elementos estructurales, lo cual comprende la capacidad, el consentimiento, la causa lícita y la forma, que es comparable orgánicamente a lo que es el contrato de locación, que trabajamos en la unidad anterior, no obstante se debe tener en cuenta que en la reforma del código civil se mantuvo el contrato de fianza pero se incluyen menos artículos que su predecesor, el código de Vélez, pero se destacan algunos que hacen referencia justamente a los elementos básicos de este tipo de contrato.

En cuanto al consentimiento se toma referencia el art. 971 del código civil y comercial, que ya hemos tratado en el punto 1.2.2 de la unidad anterior, es atinente para el contrato de fianza como a los contratos en general.

Por otra parte el código señala un artículo que hace referencia a la forma que tienen que tener los contratos de fianza, se hace referencia al artículo 1579 que prescribe “Forma. La fianza debe convenirse por escrito”. El artículo es tajante sobre la forma que tiene que tener el contrato dejando bien claro que se debe hacer por escrito. Este es uno de los pocos artículos que mencionan algunas cuestiones particulares con relación a los elementos que componen el contrato de fianza, no obstante, este tema se complementan con la unidad anterior en donde se desarrolló más en profundidad los elementos de los contratos en general.

2.3-Sujetos y objeto en los contratos de fianza

Con respecto a la capacidad para ser fiador, la regla es según el Dr. Borda “Como principio general hay que aceptar que para otorgar fianza basta con la capacidad para contratar” (Borda, 2005, pág. 448), es la regla pero como todo instituto jurídico tiene sus excepciones que fueron plasmadas en la unidad anterior y están señaladas en los art. 1000 al 1002 del código civil y comercial de la nación que fue tratado en el punto 1.2.1 de la unidad anterior.

Pero podemos destacar una particularidad con respecto al contrato de fianza y a la persona del fiador, en el art. 1576 del código civil y comercial de la nación señala “Incapacidad del deudor. El fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor”.

En cuanto al objeto en el contrato de fianza y con la reforma del código civil y comercial de la nación, podemos señalar un artículo que es introducido como novedad en este tipo de contratos; es el 1578 que prescribe:

Fianza general. Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas; en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los cinco años de otorgada. La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor.

Está claro que el código civil y comercial deja la posibilidad de afianzar obligaciones indeterminadas, con algunos reparos; pero marca una tendencia más flexible a la hora de constituir este tipo de contratos. Podemos citar un comentario de los Dres. Rivera y Medina que en su obra da un concepto claro de este artículo tema y señalan:

La fianza general, global u ómnibus es empleada sobre todo en las operaciones bancarias, ámbito en el que se realizan negocios complejos que no siempre son garantizados mediante la hipoteca o la prenda. Al respecto, se dice que la "fianza ómnibus, en tanto fianza bancaria activa, es un contrato en virtud del cual el fiador se compromete a asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones presentes o futuras, directas o

indirectas, dependientes de las operaciones o contrato que concluya el deudor con una institución de crédito, de la cual el obligado es cliente. No interesa que se especifiquen todas y cada una de las operaciones que dicho cliente concluirá con el banco. No se exige que las obligaciones garantizadas por el fiador sean presentes o que no estén previstas al momento de constituirse la garantía, aunque ello implique que el fiador no conozca el monto de la deuda del obligado principal. (Medina, Rivera, 2014, pág. 821).

En lo que respecta a la validez de este contrato los Dres. Rivera, Medina señalan en relación al tema:

Al respecto se decía que la fianza ómnibus era válida siempre que se mantuviese el requisito de la determinación del objeto de la fianza, lo que se lograba cuando se determinaba el compromiso del fiador (la referencia a un determinado negocio; la fijación de un monto máximo de la garantía; etc.). Se consideraba contrario a la buena fe el reclamo del banco al fiador para pagar una suma muy superior a aquella cuenta que había sido abierta al deudor garantizado, cuando era evidente una aplicación anómala o fraudulenta de la entidad bancaria. (Rivera, Medina, 2014 pág. 822).

Pero como todo en derecho tiene una excepción y este no es un caso diferente, al respecto los mismos señalan las reglas limitativas que tiene este artículo:

En la nueva ley, se exige precisar un importe máximo por capital al cual se obliga el fiador. Además, se dispone que la fianza indeterminada puede ser retractada y que, tratándose de obligaciones futuras, la fianza general no comprende las prestaciones que hubieran nacido con posterioridad a los cinco años de otorgamiento de la fianza general. De esta manera, se logra brindar cierta previsibilidad a la obligación asumida por el fiador a efectos de una adecuada y conveniente protección. (Rivera, Medina, 2014, pág. 822).

Vale la pena destacar este artículo como una novedad para la reforma del código civil que como se dijo antes se adapta a los nuevos tipos de negocios jurídicos que surgen con el

devenir de los tiempos. En el próximo punto se analizará las diferentes clases de obligaciones que se encuentran en este contrato.

2.4-Obligaciones principales y accesorias.

A continuación el trabajo comprende a las diferentes clases de obligaciones accesorias con sus respectivas diferencias.

2.4.1-Diferencias y Clases de obligaciones accesorias.

En este punto se trabajará en los aspectos que diferencian una obligación principal con respecto a una accesoria y la interacción que se da entre estos institutos jurídicos, junto con las clases de obligaciones accesorias.

En rigor de verdad, dentro de los negocios jurídicos, como conocemos, existen obligaciones que tienen vida propia y se sustentan en sí misma, otras que subyacen de una obligación principal, tal es el caso de la fianza que depende una obligación principal para su existencia. En este caso se sigue el principio romano que indica *accessorium sequitur principale*, que no es sin más que lo accesorio sigue la suerte del principal; este principio se plasma en el código civil y comercial en su art. 856 prescribe:

Obligaciones principales son aquellas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. Los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor.

Este artículo brinda una definición exacta de las obligaciones principales y accesorias y permite despejar cualquier duda con respecto al tema. Con respecto a las clases de obligaciones accesorias, el código civil y comercial no desarrolla el tema en profundidad; pero podemos citar el magnífico trabajo del Dr. Kenny que indica “las obligaciones accesorias se pueden dividir según su criterio en obligaciones accesorias con respecto a su objeto o con relación a las personas obligadas” (Kenny, 2012, pág.3).

En cuanto a la primera clasificación, obligaciones con respecto al objeto, el Dr. Kenny toma como fuente al derogado código de Vélez que en su art. 524 en su segunda parte prescribe “Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son

contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; como son las cláusulas penales” (Kenny, 2012 pág. 4). Este autor pone como ejemplo a la cláusula penal, a aquella que se encarga de asegurar el cumplimiento de una obligación principal con una multa o pena en el caso de no ejecutar la obligación.

Para complementar el concepto de clausula penal, código civil y comercial de la nación brinda una definición muy precisa en su art. 790 que prescribe “La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación”.

La segunda clasificación es más cercana a nuestro trabajo y se da respecto a las personas obligadas, en este caso el código civil y comercial lo establece en la definición de fianza en su artículo 1574 que hace hincapié específicamente en la persona del fiador y que se ha desarrollado en la primera parte de este capítulo. Este trabajo se acerca al eje central de la investigación, que es la persona del fiador o garante que asume cumplir con la obligación principal cuando el deudor no lo hiciera. Recordemos que nuestro trabajo justamente tiene que ver con la extensión de garantía del fiador en los contratos locativos.

Otra clasificación que ofrece el Dr. Kenny, es la de los derechos accesorios, que tienen que ver más con la prenda o hipoteca que son derechos reales y en rigor de verdad no es parte de esta investigación, por lo tanto no se desarrollara. Después de investigar las clasificaciones de las obligaciones accesorias pasaremos a desarrollar los caracteres específicos del contrato de fianza.

2.5- Caracteres de la Fianza.

Los caracteres de la fianza según el Dr. Borda son los siguientes:

- a) Es normalmente unilateral y gratuita; solo crea obligaciones para el fiador, pero es verdad que el acreedor está obligado a ser diligente excusión de los bienes del deudor y de abstenerse de cualquier hecho en virtud del cual el fiador se vea privado de quedar subrogado en sus derechos, que en rigor de verdad no son derechos del fiador, si no condiciones.
- b) Es un contrato accesorio; pues supone la existencia de una obligación principal, a la cual está subordinada la del fiador. De este carácter se

deriva que la nulidad o la extinción de la deuda principal lleva consigo la de la fianza y que esta no puede cederse sin el crédito principal

c) Genera una obligación subsidiaria que solo puede hacerse efectiva cuando se ha hecho infructuosamente excusión de los bienes del deudor principal salvo que el fiador haya renunciado a este beneficio o se trate de una fianza mercantil que se supone que es siempre solidaria

d) Es consensual pues y está sujeta a forma. (Borda, 2005, pág. 446).

Esta definición del Dr. Borda da una visión completa y practica de los caracteres del contrato de fianza; a continuación analizaremos los diferentes tipo de fianza.

2.6-Clasificacion de la fianza

Esta parte del trabajo se ocupara de analizar la fianza convencional que es la más afín a la investigación, tal como lo es la fianza simple, solidaria y principal que a criterio de la investigación resulta necesario estudiar. En esta clasificación se debe destacar la figura del principal pagador que será la más importante para este trabajo.

2.6.1- Fianza simple

Hay diferentes tipos de fianza como fue señalado en el punto anterior, en este caso toca trabajar con la fianza simple, que podemos anticipar que es la figura menos utilizada dentro de los contratos de fianza, ya que esta solo permite que se persiga el cobro al fiador una vez que se agote todas las instancias de cobro al deudor principal, el Dr. Borda brinda una definición de este instituto jurídico y señala “Es la fianza donde el fiador goza del beneficio de excusión y si existen varios fiadores, la división de la deuda será entre ellos”(Borda, 2005, pág. 447).

En la definición hace referencia al beneficio de excusión que el código civil y comercial define en su art. 1583:

Beneficio de excusión. El acreedor sólo puede dirigirse contra el fiador una vez que haya ex cutido los bienes del deudor. Si los bienes ex cutidos sólo alcanzan para un pago parcial, el acreedor sólo puede demandar al fiador por el saldo.

Como todo principio en el ámbito jurídico, tiene su excepción, y el código civil y comercial en el art. 1584 ordena:

Excepciones al beneficio de excusión. El fiador no puede invocar el beneficio de excusión si:

- a. el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra;
- b. el deudor principal no puede ser demandado judicialmente en el territorio nacional o carece de bienes en la República;
- c. la fianza es judicial;
- d. el fiador ha renunciado al beneficio.

En el caso de los coobligados el código dispone en el artículo 1585:

Beneficio de excusión en caso de coobligados. El fiador de un codeudor solidario puede exigir la excusión de los bienes de los demás codeudores. El que afianza a un fiador goza del beneficio de excusión respecto de éste y del deudor principal.

Como dijimos este instituto jurídico en rigor de verdad es muy poco utilizado en el ámbito de la fianza ya que deja al fiador en un segundo plano a la hora de ejecutar una deuda.

2.6.2 Fianza solidaria

Dentro de la fianza convencional podemos encontrar aparte de la fianza simple, la fianza solidaria; que es aquella que el Dr. Borda define:

Aquella que el fiador asume su garantía con carácter solidario, queda privado de los beneficios de excusión y división ; el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador sin necesidad de ejecutar los bienes del deudor principal y puede demandar por el total a cualquiera de los fiadores. Pero la solidaridad no quita a la fianza su carácter de obligación accesoria y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. (Borda, 2005, p. 457)

Esta definición se puede complementar con el art. 1590 del código civil y comercial que prescribe “Fianza solidaria. La responsabilidad del fiador es solidaria con la del deudor cuando así se convenga expresamente o cuando el fiador renuncia al beneficio

de excusión”. La definición del Dr. Borda da pie para diferenciar de la siguiente clasificación de fianza, la de principal pagador, que en oposición a la solidaria cambia el régimen de la accesoriedad transformándola en una codeuda llevando al fiador a otro régimen jurídico.

2.6.3 Fianza como principal pagador

Es la clasificación más importante para este trabajo y se destaca porque el fiador asume el cumplimiento de la obligación, ya no como fiador solidario, sino como principal pagador y lleva al corazón de la investigación que más adelante trataremos en profundidad, pero en rigor de verdad el art. 1591 prescribe sobre la figura mencionada “Principal pagador. Quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias”.

Como señala el Dr. Kenny en su trabajo:

En el caso de que el fiador asume la fianza como principal pagador este ha contraído una obligación propia y directa frente al acreedor, en un interés de un tercero. Es así que existe un doble frente vincular; por un lado, la solidaridad a la que se ha obligado el fiador respecto al acreedor y por el otro, el fiador no pierde su calidad de tal frente al deudor; de modo que el fiador cumple la obligación con el acreedor, este se subroga en los derechos de este último y puede reclamar al deudor el pago de dicha deuda. (Kenny, 2012, pág. 15)

Esta figura legal pone directamente al fiador a la misma altura que el deudor principal y da al acreedor la posibilidad de cobrarse a este último toda la deuda. Este instituto jurídico en particular, la del principal pagador es el más utilizado en los contratos locativos.

En su trabajo los Dres. Rivera y Medina ofrece una visión muy similar a la que tiene el Dr. Kenny en relación al tema:

Es dable destacar que ya no estamos en presencia del fiador solidario, que no es deudor directo de la obligación puesto que su relación con el acreedor sigue siendo accesorio; aquí encontramos

frente a quien asume el carácter de codeudor solidario por virtud de una relación jurídica directa con el acreedor, aunque la asume con el propósito de garantía de la deuda con otro. (Rivera, Medina, 2014, pág. 822).

Este instituto jurídico en particular, la del principal pagador es el más utilizado en los contratos locativos, justamente por las características que mencionamos anteriormente y será la figura central en el desarrollo de este trabajo.

2.7 Derechos y deberes del fiador

El siguiente artículo del código civil y comercial de la nación hace referencia al art. 1594 que prescribe una serie de derechos específicos que tiene el fiador:

Derechos del fiador. El fiador tiene derecho a obtener el embargo de los bienes del deudor u otras garantías suficientes si:

- a) le es demandado judicialmente el pago;
- b) vencida la obligación, el deudor no la cumple;
- c) el deudor se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace;
- d) han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso;
- e) el deudor asume riesgos distintos a los propios del giro de sus negocios, disipa sus bienes o los da en seguridad de otras operaciones;
- f) el deudor pretende ausentarse del país sin dejar bienes suficientes para el pago de la deuda afianzada.

En lo que atañe a los deberes del fiador, debemos señalar a aquel que asumió una obligación en carácter de fiador deberá ante el incumplimiento del deudor principal, responder a todo aquello que este último no asuma en cuanto a lo estipulado en el contrato principal. Será este convenio durante su validez temporal el que delimitará la responsabilidad del fiador con respecto a la falta del deudor principal y cómo responderá el garante según la clase de fianza que fueron establecidas en dicho contrato.

En el siguiente punto desarrollaremos más en detalle las diferentes relaciones y los efectos entre los actores de este tipo de contratos.

2.8. *Efectos y extinción de la fianza*

Como dijimos en el punto anterior, se expondrá los efectos de la fianza con respecto a los diferentes actores del contrato, la dinámica entre ellos y los diferentes resultados según le corresponda a cada sujeto en este tipo de contrato.

2.8.1 *Efectos entre fiador y acreedor*

En el artículo 1583 del código civil y comercial de la nación, prescribe los efectos entre el fiador y el acreedor cuando existe el beneficio de excusión:

Beneficio de excusión. El acreedor sólo puede dirigirse contra el fiador una vez que haya excutido los bienes del deudor. Si los bienes excutidos sólo alcanzan para un pago parcial, el acreedor sólo puede demandar al fiador por el saldo.

Cabe aclarar que esta figura es muy poco utilizada actualmente, como señalábamos en el punto anterior, impide al acreedor atacar el patrimonio del fiador no sin antes tener que pasar por el patrimonio del deudor principal. En la actualidad se utiliza más la figura del fiador solidario o del principal pagador en los contratos de fianza, ya que en este caso le permite al acreedor atacar el patrimonio del fiador o cofiadores sin tener ir por el deudor principal.

El artículo 1584 del código civil y comercial ordena en qué casos el beneficio de excusión no tiene efecto por ley:

Excepciones al beneficio de excusión. El fiador no puede invocar el beneficio de excusión si:

- a) el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra.
- b) el deudor principal no puede ser demandado judicialmente en el territorio nacional o carece de bienes en la República.
- c) la fianza es judicial.

d) el fiador ha renunciado al beneficio.

El siguiente artículo, el 1585 del código civil y comercial de la nación prescribe una situación especial en el caso de los coobligados con respecto al beneficio de excusión:

Beneficio de excusión en caso de coobligados. El fiador de un codeudor solidario puede exigir la excusión de los bienes de los demás codeudores.

El que afianza a un fiador goza del beneficio de excusión respecto de éste y del deudor principal.

Otro efecto entre el fiador y el acreedor está prescripto en el artículo 1586, el mismo indica, “Subsistencia del plazo. No puede ser exigido el pago al fiador antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor principal, aun cuando éste se haya presentado en concurso preventivo o haya sido declarada su quiebra, excepto pacto en contrario”.

Otro derecho que puede oponer el fiador esta prescripto en el art. 1587 “Defensas. El fiador puede oponer todas las excepciones y defensas propias y las que correspondan al deudor principal, aun cuando éste las haya renunciado”.

Cabe agregar que la sentencia que no fue comunicada al fiador, le es ajena; y el código civil y comercial de la nación es bien claro con respecto al tema y en su art. 1588 ordena:

Efectos de la sentencia. No es oponible al fiador la sentencia relativa a la validez o exigibilidad de la deuda principal dictada en juicio al que no haya sido oportunamente citado a intervenir.

En cuanto al acreedor según el Dr. Borda “Tendrá contra el fiador acción ordinaria o ejecutiva según el título que disponga” (Borda, 2005 pág.462), como señalábamos en el art. 1588, la sentencia solo tendrá efecto contra el fiador si este ha sido debidamente notificado, si no se cumple este requisito la sentencia no podrá ser opuesta al fiador.

2.8.2 Efectos entre el fiador y deudor

En rigor de verdad el trabajo de Dr. Borda divide a estos efectos en dos partes, derechos antes del pago y derechos después del pago. Con respecto al primero el Borda señala:

- a) Exoneración de la fianza transcurrida cinco años desde que se otorgó la fianza, el fiador puede pedir al deudor los exonere de ella siempre que la obligación sea por tiempo indeterminado.
- b) Exoneración por embargo y otros motivos
- c) La quiebra del deudor. (Borda,2005, p. 472)

El mismo jurista señala los derechos posteriores al pago:

- a) Subrogación en los derechos del acreedor adquiriendo todo los derechos que tenía el acreedor.
- b) Si el pago es realizado antes del vencimiento el fiador no podrá ejercer ningún derecho hasta que no vence el plazo estipulado en el contrato.
- c) Si el pago se realiza cuando el deudor principal es incapaz, la repetición contra este solo será viable en los límites de los benéficos que el incapaz ha recibido.
- d) El que afianzo a varios deudores solidarios , puede repetir de cada uno de ellos la totalidad de lo que hubiere pagado.(Borda,2005, p. 475)

En el código civil se detalla derechos que tiene el fiador con respecto al deudor principal y los enumera de la siguiente manera, en el art. 1592 prescribe:

Subrogación. El fiador que cumple con su prestación queda subrogado en los derechos del acreedor y puede exigir el reembolso de lo que ha pagado, con sus intereses desde el día del pago y los daños que haya sufrido como consecuencia de la fianza.

En el art. 1593 el mismo cuerpo legal manda:

Aviso. Defensas. El fiador debe dar aviso al deudor principal del pago que ha hecho. El deudor puede oponer al fiador que paga sin su consentimiento todas las defensas que tenía contra el acreedor; y si el deudor ha pagado al acreedor antes de tener conocimiento del pago hecho por el fiador, éste sólo puede repetir contra el acreedor.

2.8.3 Efectos entre el deudor y acreedor

En el código de Vélez que en su art. 2001 hacía referencia al tema señalado y prescribía “Si el fiador después de recibido llegase al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que le sea idóneo”. En el código civil y comercial de la nación en el capítulo de fianza no ordena nada específico respecto al tema, aunque los efectos entre estos sujetos fueron desarrollados en el capítulo 1.3 de este trabajo.

2.8.4 Extinción de la fianza

En este caso el código civil y comercial da una definición bastante clara sobre la extinción de la fianza, que en su art. 1596 prescribe:

Causales de extinción. La fianza se extingue por las siguientes causales especiales:

Si por hecho del acreedor no puede hacerse efectiva la subrogación del fiador en las garantías reales o privilegios que accedían al crédito al tiempo de la constitución de la fianza , b) si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador; c) si transcurren cinco años desde el otorgamiento de la fianza general en garantía de obligaciones futuras y éstas no han nacido; d) si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o deja perimir la instancia.

En el mismo cuerpo legal en el art.1597 prescribe:

Novación. La fianza se extingue por la novación de la obligación principal aunque el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador. La fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador.

En el artículo 1598, el código civil y comercial de la nación señala una particularidad de la fianza con respecto a la evicción, “La evicción de lo que el acreedor ha recibido en pago del deudor, no hace renacer la fianza”; para dejar bien claro que la evicción en ningún concepto reavivaría la fianza.

Estos artículos brindan en detalle las diferentes formas de extinción especiales que tiene la fianza, pero cabe aclarar que estas no son los únicos modos de extinción de la fianza, haciendo referencia a la obligaciones en general y a sus formas de extinción, que también incluyen a la fianza, que por razones de tiempo y brevedad no se trabajara en esta investigación.

2.9 Conclusión parcial del Capítulo de fianza

Para finalizar el capítulo y comenzar con la extensión de la fianza dentro de los contratos locativos, la investigación tenía la obligación de explicar aquellos contratos que incluyen el problema que se ha planteado. En el primer capítulo como se señala en la conclusión del mismo, se investigó el contrato de locación, sus elementos, obligaciones y derechos de los sujetos que intervienen en dicho contrato, plazos y modo de extinción del mismo, también se analizó las condiciones generales para que los contratos sean válidos de acuerdo a la reforma del código civil y comercial. En este capítulo se sigue la misma línea de trabajo que el anterior, analizando la estructura del contrato de fianza, su concepto, sus diferentes elementos, las personas que integran dicho contrato, las modificaciones que sufrió con la reforma del año 2015, sus diferentes clasificaciones, deberes y derechos del fiador como si también en la forma de extinción especial que tiene la fianza.

Un punto para destacar en este capítulo fue la inclusión del artículo 1578 del código civil y comercial, que trae como novedad la figura de la fianza ómnibus, que el código de Vélez no lo tenía plasmado, que hace referencia a la posibilidad de afianzar obligaciones futuras o indeterminadas que normalmente se emplean en negocios en donde no se usa la figura de la prenda o hipoteca, con sus respectivas limitaciones y validez que fueron tratadas oportunamente en el 2.3 de este capítulo. Otra figura que también destaca en este capítulo es la del principal pagador del artículo 1591 del código civil y comercial, que es vital para el desarrollo de la investigación, ya que esta figura junto con el artículo 1225 del mismo digesto será clave para este trabajo.

Pero antes de seguir la investigación es importante recalcar la importancia que tiene este tipo de contrato en los negocios jurídicos en general, como aquél que cumple la función de garantía y seguridad para aquéllos que realizan estas operaciones comerciales

diariamente. Es impensado hoy en día que en algún negocio no se pida una garantía a la hora de concretar una operación, por eso es tan importante tener una legislación clara, simple, sin contradicciones para evitar malos entendidos.

En los próximos tres capítulos el trabajo se dedicará al desarrollo del tema central de la investigación, la extensión de la fianza en los contratos de locación, en primer lugar se analiza el contexto histórico de este problema, en donde se destaca las diferentes posturas doctrinarias que hubo con respecto al tema para después se analizar la reforma del año 2002 con la introducción del artículo 1582 bis, con las consecuencias jurídicas que dicha modificación trajo y por ultimo pasar a la reforma del año 2015 con la unificación del código civil y comercial y la relación de dicha reforma con el tema planteado.

CAPÍTULO 3

Extensión de la fianza

3.1-Introducción

En este capítulo desarrollaremos la extensión de la fianza en general cómo aquel instituto que se aplica a todo tipo de garantías, sus antecedentes históricos y como se incorpora ésta a la reforma del año 2015 con la unificación del código civil y comercial, para después continuar con la extensión en las locaciones urbanas. A continuación el trabajo repasará los diferentes proyectos legislativos sobre el tema planteado, para continuar con el análisis del problema, que se recuerda es la extensión de la fianza locativa, previo a la reforma del código de Vélez en el año 2002 con la introducción del artículo 1582 bis.

3.2-Extensión de la fianza en general

En este punto del capítulo analizaremos la extensión de la fianza en general como aquella que se utiliza para garantizar todo tipo de obligaciones contractuales, sus antecedentes históricos, características particulares y sobre todo hasta cuanto y que cosa el fiador puede garantizar. El Dr. Kenny en su trabajo analiza el art. 1995 del código derogado de Vélez que señala hasta donde puede obligarse el fiador:

El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal; pero puede por garantía de su obligación constituir toda clase de seguridades. Si se hubiese obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda si se obligó por menos, o por otro tanto de la obligación principal, entiéndase que se obligó por otro tanto.

El Dr. Salvat en su análisis del artículo citado señala:

Como consecuencia razonable de la accesión de la fianza, que no puede existir si no existe la obligación principal, el artículo 1995 señala que el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal. Esto da lugar a que en el grado en que exceda la obligación principal, ese remanente de la fianza se reduce, como marca el texto legal, a los límites de la obligación del deudor (Salvat, 1957, p. 263).

Para agregar a este análisis el Dr. Kenny indica:

Si bien el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal, puede dar garantías más fuertes, bajo una cláusula penal, constituir una hipoteca por su obligación o comprometerse con más rigor respecto del lugar o tiempo de pago, pero quien se halla obligado como fiador no puede sin consentimiento del acreedor, sustituir por una hipoteca o prenda (Kenny, 2012, pág.56).

En la última parte del artículo mencionado el Dr. Borda indica “En los casos con cláusulas dudosas, siempre debe interpretarse a favor del deudor, ósea en el sentido liberador”. (Borda, 2005 pág. 604). En el código civil y comercial este tema fue receptado en el art. 1575:

Extensión de las obligaciones del fiador. La prestación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa. La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal. El fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza.

Este artículo sigue el espíritu de sus predecesores según la opinión de destacados jurista, entre ellos podemos destacar a los Dres. Rivera y Medina que en su obra indican:

Se conserva la regla general, según la cual el fiador no puede obligarse a más que el deudor, ni comprometerse a condiciones más onerosas (cfr. art. 1995, Cód. Civil). El segundo párrafo es la norma vigente en varios países europeos (Código Civil francés, art. 2013; Código Civil portugués, art. 631; Código italiano, art. 1941) y latinoamericanos (Código Civil peruano, art. 1874; Código Civil boliviano, art. 920). El último párrafo faculta la constitución de garantías en seguridad del cumplimiento de la obligación a cargo del fiador, siendo válidas las garantías reales como la hipoteca o la prenda porque en sí mismas no importan condiciones "más onerosas" para el fiador. La norma adopta la redacción textual del art. 1487 del Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998,

que a su vez sigue —casi igual— al Proyecto de Reformas al Código Civil de 1993 (art. 1406). (Rivera, Medina, 2014 pág. 821)

Estos autores analizan al artículo y lo dividen en tres, en primer lugar el límite de la fianza y señalan:

La fianza es una obligación accesoria y como tal no puede ser más extensa que la principal. En el nuevo Código se nos presenta, luego de exponerse el concepto de fianza, una norma cuyo enunciado delimita con precisión el deber jurídico que puede llegar a asumir el fiador: una prestación equivalente o menor que ella. (Rivera, Medina, 2014 pág. 822).

En segundo lugar los autores hacen referencia a la fianza por más de la obligación principal:

La fianza no es nula sino que se reduce la obligación del fiador a los límites de la obligación principal, conforme se preveía en el art. 1995 del Código Civil de Vélez. Considerando el hecho de que tal delimitación se encuentra ubicada al comienzo del capítulo de la fianza, se destaca a mi criterio los términos de la responsabilidad del fiador, transmitiéndose una mayor confianza para las personas que decidan asegurar el cumplimiento de las obligaciones ajenas, ya que con ello se determina desde el inicio la extensión de su responsabilidad. (Rivera, Medina, 2014 pág. 822).

En tercer lugar los autores señalan en relación con las garantías del cumplimiento de las obligaciones del fiador y señalan:

Se prevé, al igual que lo hacía el art. 1995 del Código Civil, que el fiador constituya a su vez garantías en seguridad del cumplimiento de la fianza. Tales garantías pueden ser personales (otra fianza, la sub fianza; cláusula penal; etc.) o reales (hipoteca, prenda, etc.). (Rivera, Medina, 2014, pág. 822)

Con respecto a que obligaciones el fiador puede garantizar el código civil comercial y comercial de la nación en su art. 1578 al que ya oportunamente se ha trabajado en el punto 2.3 de este trabajo el cual prescribe:

Fianza general. Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas; en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los cinco años de otorgada. La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor.

Se puede agregar a lo trabajado en el punto 2.3 la opinión de los Dres. Herrera, Picasso y Caramelo sobre este artículo en particular:

La fianza general es aquella por la que se garantiza una pluralidad de créditos sea existentes o futuros que usualmente se utiliza para el afianzamiento de obligaciones que el deudor pueda contraer, como puede ser el afianzamiento del saldo deudor en una cuenta corriente bancaria. En primer lugar, el objeto de la obligación contraída por el deudor afianzado está perfectamente determinado por la obligación de precisar el monto máximo al cual se obliga el fiador, este monto comprende no solamente el capital, sino que además comprende los intereses y todos los gastos que puedan irrogarse por el cobro del crédito. Asimismo, el artículo prevé el plazo máximo para este contrato de fianza general, que es de cinco años, es decir que el fiador no está obligado a responder por las obligaciones futuras que hubieran nacido con posterioridad. También se prevé la retractación del fiador para el caso de obligaciones indeterminadas en el tiempo, cumpliendo el requisito de la notificación, consideramos que esa notificación deberá hacerse tanto al acreedor como al deudor afianzado. (Herrera, Picasso, Caramelo, 2015, pág. 294, 2015).

Una vez hecho el análisis de la extensión de la fianza en general, sus antecedentes y como se incorpora al código civil y comercial el tema en cuestión con sus diferentes

particularidades que se explicaron en detalle en el punto anterior, la investigación se enfocara en desarrollar el tema central de este trabajo, que se recuerda es la extensión de la fianza locativa, desde la perspectiva histórica con sus diferentes proyectos legislativos, como también las diferentes posturas de los jurista antes de la reforma del 2002 que propone al menos en teoría una al problema que llegado el momento se explorara.

3.3-Extensión de la fianza en los contratos de locación

En este punto se investigará sobre la extensión de la fianza locativa, su evolución histórica y legislativa, como fue receptada en el código de Vélez y en el código civil y comercial con las diferentes opiniones doctrinales respecto al tema.

Para empezar a entender la fianza locativa, tenemos que señalar hasta donde es responsable el fiador en este tipo de contratos, la extensión de su responsabilidad, pero cabe aclarar que no es la extensión del plazo locativo en su ámbito temporal, sino el *quantum* de la obligación que asumió el fiador en este instituto legal. Como fuente primaria podemos buscar en el derogado código de Vélez, el cual indicaba en su art. 1582:

Las fianzas o cauciones de la locación o sublocación, obligan a los que las prestaron, no sólo al pago de los alquileres o rentas, sino a todas las demás obligaciones del contrato, si no se hubiese expresamente limitado al pago de los alquileres o rentas.

Este antecedente da una visión clara de la responsabilidad del fiador en los contratos de locativos, en el código civil y comercial de la nación tenemos una norma que conserva el espíritu del artículo citado, que se encuentra en el art. 1580 de este cuerpo legal y prescribe “Extensión de la fianza. Excepto pacto en contrario, la fianza comprende los accesorios de la obligación principal y los gastos que razonablemente demande su cobro, incluidas las costas judiciales”. El mismo ratifica la norma del código derogado de Vélez que deja en claro la responsabilidad del fiador dentro del contrato de locación, en este caso podemos traer la opinión de los Dres. Herrera, Picasso y Caramelo que en su código comentado ofrecen una opinión acertada en relación al tema:

La norma prevé la posibilidad de pactar en contrario a ella. Es decir, que el fiador puede si quiere garantizar solamente la obligación principal,

excluyendo de la garantía los accesorios y los gastos que demande su cobro. El art. 1580 CCyC aclara definitivamente que los gastos en los que incurre el acreedor para el cobro de su crédito también integran la fianza, excepto pacto en contrario. Por lo que el afianzamiento de dichos gastos se presume iuris et de iure. Esta norma concuerda con el art. 1575 CCyC en el que se establece que el alcance de la obligación del fiador debe ser equivalente a la del deudor. Entonces, si el deudor tiene la obligación de pagar el capital con intereses moratorios en caso de mora, más punitivos y compensatorios en el caso de haber sido previstos en el contrato principal, es lógico que el fiador también esté obligado a esas prestaciones en caso de no haber estipulado lo contrario. Respecto al afianzamiento de los gastos que razonablemente demande su cobro, incluidas las costas judiciales, interpretamos que estos gastos son accesorios de la obligación principal, pues el acreedor no está obligado a recibir pago parcial y la integridad de su crédito queda completa con el cobro de esos gastos. (Herrera, Picasso, Caramelo, 2015, pág. 295).

3.4-Evolución histórica y legislativa

La evolución histórica de la extensión de la fianza en los contratos locativos data desde los primeros años del siglo veinte, en el cual siempre estuvo ligada hasta donde respondía el fiador cuando el plazo legal acordado finalizaba, aparecían diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales, pero no existía un marco legal seguro en el cual respaldarse. No fue recién el año 2002 en que se introduce al código de Vélez un artículo que trata de dar luz a este problema, pero no adelantemos la investigación y veamos los diferentes anteproyectos que grandes juristas propusieron antes de la mencionada reforma.

3.5-Proyectos legislativos sobre la extensión de la fianza

En este punto el Dr. Kenny trae los diferentes proyectos legislativos que intentaron brindar un marco legal al problema en cuestión, el primer proyecto de reforma del código civil fue la del año 1936 el cual fue redactado por Lafaille y Tobal y en su art.1339 señalaba:

Sin perjuicio que se hubiese fijado el plazo en la fianza locativa, quedaba comprendido que el fiador debía responder por el tiempo necesario para el desalojo. En el caso de que el fiador se obligara como principal pagador y responsabilizado hasta que se reintegrase el inmueble, se entendía que quedaba obligado por el tiempo necesario para la obtención del reintegro, una vez que venciera el plazo del arrendamiento. (Kenny, 2012, Pág. 58)

Otro proyecto de reforma del código civil, fue en el año 1954 por el Dr. Llambias que en el art. 1392 prescribía:

En la fianza por alquileres, no obstante la fijación del plazo para ella, se entenderá que el fiador solo responde por el tiempo requerido para el desahucio. Aun cuando el garante se hubiere obligado como principal pagador o codeudor solidario , si el contrato extendiese la fianza hasta la restitución del inmueble , solo se estimara que ella subsiste durante el lapso que sea suficiente para obtener el reintegro del inmueble. (Kenny, 2012 pág. 58).

También cabe mencionar el proyecto del año 1987 que el primero que fue el primero intento en querer unificar el código civil con el código de comercio, este proyecto contaba con autores de la talla de Héctor Alegría, Jorge Alterini, Miguel Araya y otros, que formaron parte del grupo de asesores del proyecto mencionado. El proyecto en su artículo 1993 hace referencia a la fianza y el mismo señalaba:

Las personas físicas solo pueden dar fianza hasta una cantidad máxima de dinero determinado al tiempo de constituirla. Esta cantidad podrá estar sujeta a ajuste por depreciación monetaria. Las personas físicas no pueden otorgar fianzas solidarias, ni renunciar a causales de extinción de la fianza o a los beneficios de excusión y división. (Kenny, 2012 pág. 59).

Por ultimo tenemos el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial del año 1998 creada por el Dr. Ricardo Lorenzetti el cual podemos destacar el artículo 1501 el cual señalaba: “Quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias”. (Kenny, 2012 pág. 59).

Estos diferentes proyectos al cual hemos hecho referencia, aunque nunca llegaron a ser ley, trataron de dar un marco normativo al problema de nuestra investigación marcando la postura de los diferentes juristas a lo largo de los años en cuanto a la extensión de la fianza locativa. Seguidamente apuntaremos a los juristas que más aportaron con su doctrina sobre el tema antes de la reforma del año 2002.

3.6-Diferentes opiniones doctrinarias antes de la reforma del código de Vélez

En relación a las diferentes opiniones doctrinarias podemos citar dos posturas bien marcadas con respecto al problema abordado. Por una lado se tiene a los Dres. Spota Alberto, José Olegario Machado, Baldomero Llerena que señalan que cuando un fiador ocupa la posición de principal pagador, es en ese contexto responsable como si fuera el deudor hasta el reintegro de la cosa alquilada, asumiendo la figura de codeudor solidario, a la misma altura del deudor principal y no como un simple fiador que se le quite el beneficio de división y excusión propio de la fianza simple. El Dr. Spota explica:

Que la fianza perdura hasta la efectiva desocupación, aun cuando la ocupación se deba a un acuerdo tácito entre el locador y locatario; porque este jurista señala que el fiador en este caso y por este contexto en particular se estaría transformando en un codeudor solidario y se le aplicaría este régimen jurídico tomando como referencia al propio código civil derogado de Vélez que en sus art. 2004 señala que la fianza es solidaria asumida por convención de las partes o renunciando al beneficio de excusión y en el artículo siguiente el 2005 prescribe que quien se obliga como principal pagador aunque sea con la denominación de fiador es considerado deudor solidario y sus obligaciones se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias (Spota, 1983, pág. 236).

El Dr. Llerena indica como complemento de la posición del Dr. Spota “que afianzar una obligación futura de suma indeterminada y aunque el crédito futura fuera incierto no es incompatible con el orden público” (Llerena, 1931, pág.260). Cabe señalar que en el código civil en su art. 1578 que trabajamos en el punto 2.3 prescribe que pueden ser

afianzadas toda obligación actual o futura, incluso la de otro fiador. El Dr. Olegario Machado adhiere a esta posición y da su opinión:

Que la fianza puede preceder a la obligación principal, en el sentido de que puede otorgarse en seguridad de una obligación futura, y tampoco es necesario que la fianza establezca, en los términos de la convención, que el monto de las obligaciones que contraerá el deudor principal, se los restrinja en una suma determinada” (Machado,1928, p. 334).

En postura contraria a la anterior tenemos al Dr. Borda que afirma:

Que el fiador solidario solo extiende su responsabilidad hasta el término del contrato originario, con más el tiempo razonable que necesita el locador para obtener el desalojo del inmueble. Las razones que abonan estas soluciones son a juicio de esta doctrina. 1)El fiador solo ha entendido por el termino pactado en el contrato.2)La cláusula por la cual el fiador se obliga hasta el momento de la entrega de la llaves o hasta la desocupación efectiva del bien alquilado, debe entenderse de que la garantía cubre más allá del término pactado todo el tiempo que necesita el locador para lograr por la vía judicial la desocupación del inmueble, pues en efecto es perfectamente posible que vencido el contrato ,el locatario resista el desalojo y en tal caso es justo que el fiador responda por ese tiempo que el dueño no tuvo la posesión del bien”.(Borda,2005, p.604).

Otro autor que adhiere a esta postura es el Dr. Rey que explica:

La fianza es una obligación accesoria aceptada por el acreedor, la problemática actual demuestra que en los hechos, el fiador se obliga como principal pagador liso y llano y que suele identificarse con el instituto de fianza solidaria con el de obligación solidaria. Pero ello no es así. Ya que la fianza solidaria está sujeta a las reglas de la fianza simple, esto se da porque la fianza conserva su carácter accesorio. Se lo considera un contrato, en principio a título gratuito, motivado generalmente por vínculos de sangre, simpatía o piedad hacia el beneficiario. Por este motivo, las convenciones deben ser interpretadas en forma restrictiva y con criterio benevolente, hacia la persona del garante. Por ello la responsabilidad del fiador está limitada al precio y al tiempo pactado en el

contrato de locación, sobre todo en los casos de prórroga legal (Rey, 1990, pág.4).

3.7-Conclusion parcial de antes de la reforma

En este capítulo se analizó en primer lugar la extensión de la fianza en general, como aquella figura que brinda garantizar todo tipo de negocios jurídicos, se investigó que tipos de obligaciones se pueden afianzar con la novedad de la incorporación del artículo 1578 al código civil y comercial que permite garantizar obligaciones futuras e indeterminadas, cumpliendo ciertos requisitos que la ley prescribe, los cuales fueron analizados oportunamente en el punto 2.3 y 3.2 de este capítulo. También se investigó sobre el *quantum* de la obligación que asume en este caso el fiador y el alcance que la ley le permite al acreedor a la hora de ejercer su derecho.

También se realizó una suerte de revisionismo histórico con respecto al tema, se exploró los diferentes proyectos legislativos que trataron la materia en cuestión, que va desde el año 1936 hasta el año 1998 evidenciando el tiempo transcurrido y la falta de consenso a la hora de resolver el tema. Es importante hacer hincapié en el tiempo que tiene el problema de la investigación, dejando en evidencia una deuda en lo que atañe a la seguridad jurídica que debe brindar un sistema codificado como el nuestro

Otro tema aparte, son las posturas doctrinarias respecto al problema planteado, en donde podemos destacar por un lado al Dr. Borda entre otros, que defiende la posición en la que el fiador solo responde hasta la finalización temporal del contrato salvo la no restitución del bien alquilado y por otro lado se tiene a la postura contraria, asumida en este caso por el Dr. Spota entre otros, que señalan que el fiador que asume con la figura de principal pagador, es en realidad un codeudor más, no importando la vigencia temporal del convenio ya que este es igual que el deudor principal.

En el próximo capítulo la investigación se enfoca en la reforma del año 2002 al código civil de Vélez Sarsfield con la incorporación del artículo 1582 bis. Esta reforma busca brindar una solución definitiva al tema en cuestión, será tarea de la investigación llegar a la conclusión si tal reforma generó el resultado que se esperaba.

CAPÍTULO 4

Reforma del código civil de Vélez Sarsfield en el año 2002

4.1-Introducción

En este capítulo entramos de lleno en la génesis de nuestro problema, con la posible solución que trajo la reforma del código de Vélez en el año 2002, aunque se puede adelantar que cierta parte de la doctrina afirma que esta reforma no alcanza a cubrir todas las aristas que tiene el tema en cuestión. Como primera medida, la investigación analizara el impacto que tuvo la reforma del año 2002, con la incorporación del artículo 1582 bis con la ley 25628, con respectivas consecuencias legales, que en teoría vendría a saldar aquellas disputas doctrinarias que se analizaron en el capítulo anterior, más precisamente en el punto 3.6.

4.2-Inclusión del artículo 1582 bis en el código de Vélez

En el año 2002 se introduce al código de Vélez a través de la ley 25628, la incorporación del art. 1582 bis que prescribe:

La obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble alquilado. Se exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita del contrato de locación, una vez concluido éste. Será nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original.

Esta reforma trajo inevitablemente consecuencias jurídicas, que recogieron diferentes interpretaciones, que para algunos juristas que pregonaron la liberación del fiador una vez terminado el plazo contractual, el artículo citado fue la solución definitiva. La contracara de dicha reforma estuvo en manos de la corriente que utiliza la figura del principal pagador, que según la misma el artículo 2005 del código de Vélez mantenía su vigencia porque no fue removida en dicha enmienda, con la consecuencia que el fiador que asume bajo esta figura se pone a la misma altura que el deudor principal, transformándose según el citado artículo en un codeudor solidario que se rige por el régimen de obligaciones solidarias.

En el próximo punto de la investigación, la tarea será profundizar las consecuencias jurídicas que trajo dicha introducción.

4.3- Consecuencias de dicha introducción en el ámbito contractual

Las consecuencias de dicha introducción pueden ser resumidas de una manera impecable por los Dres. Enrique Luis Abatí e Ival Roca:

1) Veda a la extensión anticipada de la fianza en los contratos locativos:

El flamante 1582 bis del Código Civil, viene a prohibir una práctica común en los contratos de locación, cual es comprometer al fiador, por todo el plazo contractual, más las prórrogas legales o convencionales. Por el art. 1582, las fianzas o cauciones de la locación o sublocación, obligan a los que las prestaron, no sólo al pago de los alquileres o rentas, sino a todas las demás obligaciones del contrato, cuando convencionalmente no se la limitó sólo al pago de los alquileres o rentas, pero nada dice sobre la extensión en el tiempo.

2) Extensión de la fianza ante la ir restitución del inmueble:

El artículo incorporado (1582 bis) sí extiende, ahora en forma expresa, la obligación subsidiaria del fiador, cuando la propiedad inmueble no es restituida a su debido tiempo al locador, sea al fenecimiento del plazo o ante la rescisión del locador, por alguna causal imputable al locatario.

3) Consentimiento del fiador ante cada acto de prorrogación del plazo:

La reforma del art. 1582 bis establece que el fiador deberá prestar por acto expreso su consentimiento, ante cada renovación o prórroga, tácita o expresa contrato locativo y nunca antes de concluido. Por ello, serán nulas las estipulaciones que liberen al locador de obtener el consentimiento del fiador, ante cada nuevo acto prorrogado del plazo, inclusive habrán de incluirse aquellos que prevén la “tácita reconducción”, aunque sí se extendería la fianza, en los que se incluyan “opción de prórroga”, en favor del locatario.

4) Clases de fianza cuya extensión se limita :

El tercer apartado del art. 1582 bis, tacha de nulidad a cualesquiera disposiciones anticipadas que explayen la fianza. Se incluyen los supuestos de fianza “simple”, fiador “solidario” (sin los beneficios de excusión y división), como “codeudor” (concorre con los otros deudores) o fiador “principal pagador”. (Abatí, Roca, 2005, pág. 506).

Dicha introducción trajo como consecuencia que se plasmara en un marco legal lo que en tantos años cierta parte de la doctrina nacional pregonaba, entre ellos podemos citar al Dr. Borda:

El artículo 1582 bis del código de Vélez dispone que el fiador queda liberado de su responsabilidad cuando el locador y locatario han prorrogado tácita o expresamente o renovado el contrato a su vencimiento, sin contar con su nueva conformidad. La solución es de estricta justicia, pues el nuevo acuerdo de voluntades está prescindiendo de la voluntad del fiador y comprometiéndose en forma más amplia su patrimonio, al extender la duración de la obligación. (Borda, 2005, pág. 605).

Los efectos directos de dicha reforma fue introducir un marco legal al problema planteado y como consecuencia brindar certeza jurídica a los sujetos que realicen este tipo de negocios jurídicos, pero como la moneda tiene dos caras, están aquellos que señalan que la reforma no alcanza a cubrir todas las facetas del problema y mantienen sus argumentaciones en contra de dicha enmienda ofreciendo diferentes opiniones respecto al tema. En el siguiente punto analizaremos algunas posiciones de autores con respecto a dicha renovación.

4.4-Diferentes opiniones doctrinarias respecto a la reforma

En este punto reflejaremos las diferentes opiniones doctrinarias respecto de la reforma del código civil derogado de Vélez en el año 2002 con la introducción del art. 1582 bis a través de la ley 25628, que en principio fue creado con la intención de subsanar viejas disputas doctrinales. En el punto 3.6 de nuestra investigación señalábamos diferentes opiniones de varios autores, como la del Dr. Borda o la del Dr. Rey, por nombrar algunos cuya doctrina abogaba que el fiador solo era responsable hasta la finalización del contrato, salvo la no restitución del inmueble alquilado y que el congreso de la nación toma nota de esta postura doctrinaria e introduce el artículo mencionado.

Pero esta reforma trajo como consecuencia la crítica de cierta parte de la doctrina que se oponía a que el fiador quedaba libre cuando finalizaba el plazo contractual, cuando este asumía como principal pagador. Como postura contraria a la enmienda del año 2002 podemos señalar a la doctrina del Dr. Spota o la del Dr. Llerena entre otros que antes de la

reforma del código de Vélez en el año 2002 brindaban argumentos que tranquilamente podemos traer para objetar dicha reforma o complementar llegado el caso y que la investigación trato en el punto 3.6 de este trabajo.

Uno de los puntos más controvertidos de la reforma que se dio con la introducción del art. 1582 bis, fue el choque de normas que tuvo con el art. 2005 del código de Vélez que prescribe “Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios”.

El art.1582 bis en su último párrafo se opone rotundamente al artículo anterior citado y prescribe “Será nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original”. En este sentido podemos interpretar que en art. 2005 permitía que aquel garante que asumía la figura de principal pagador en un contrato de fianza era un codeudor solidario y ante una renovación de la garantía o una clausula anticipada que extienda la fianza era legal, porque el fiador se le aplicaría el régimen de los codeudores solidarios. El Dr. Spota en su trabajo indica:

De lo dicho se desprende que la fianza constituye una obligación accesoria, salvo cuando una persona se comprometiera en calidad de principal pagador; en este último caso será codeudor. La *obligatio* será considerada un vínculo obligatorio verdadero y propio, aunque de carácter accesorio, o bien como un caso de responsabilidad sin deuda. (Spota, 1983, p. 237).

Este autor brinda una explicación clara de que aquel que asume como principal pagador, es en realidad un codeudor solidario y no un fiador como lo trata el artículo que la reforma introduce. Con respecto a la naturaleza jurídica del principal pagador será objeto de estudio de la próxima unidad.

Otro autor al cual podemos citar para mostrar una postura contraria a la reforma del año 2002 es la del Dr. Escalante que brinda una completa mirada de la reforma, sobre todo en la última parte del primer párrafo del art. 1582 bis, el cual prescribe “salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble alquilado”; el Dr. Escalante señala:

¿Qué significa esto? Pues, consideramos que al término del contrato locativo cesa automáticamente la obligación del fiador, pero dicha obligación subsiste en tanto y en cuanto el locatario no restituya a su debido tiempo (tendría que haber expresado “prudencial”) el inmueble, de lo que surge que el fiador deberá estar sumamente alertado cuándo vence el contrato y que la devolución del inmueble se produzca dentro del término “prudencial”, porque de lo contrario la obligación subsiste. De lo que surge, que la norma en cuestión no subsana totalmente los problemas existentes en la materia. Es evidente que desconoce la realidad, ya que es muy difícil que un fiador, máxime si es amigo, pariente o allegado al locatario, procure la activación del desalojo, siempre y cuando se acuerde de ello. Han existido y existen numerosos fiadores que recién se acuerdan que han prestado una fianza locativa cuando les llega la primera cédula de notificación de la demanda entablada por el locador. Así las cosas, el agregado después de la palabra “salvo” pareciera que va a complicar las cosas antes que solucionarlas, lo que es un contrasentido axiológico y normativo. (Escalante, 2003, pág. 2)

El mismo autor señala en relación a las prórrogas o renovaciones ya sea de forma expresa o tácita que el artículo 1582 bis prescribía en su segundo párrafo:

En el segundo párrafo establece que las renovaciones o prórrogas expresas o tácitas de del contrato locativo, una vez concluido, requiere el consentimiento expreso del fiador para obligarse. Es decir, que requiere suscribir dicha conformidad, por lo que no vemos cómo ha de hacerse cuando la renovación o prórroga es tácita. Si se exige “consentimiento expreso” del fiador, éste deberá al menos exigir que se confeccione un nuevo contrato, o una cláusula adicional al contrato originario y en donde exprese su conformidad y suscriba el mismo. Podría, en términos hipotéticos, también remitir notificación fehaciente al locador si no se conforma por escrito la renovación o prórroga. (Escalante, 2003, pág. 2).

Este autor también señala los inconvenientes que trajo dicha reforma en materia probatoria:

La solución que trae el artículo, es referente a la prueba correspondiente, ya que corresponderá al locador acreditar que el fiador se obligó por tales prórrogas o renovaciones, lo que provoca en los hechos, la inversión en cierto sentido, de la carga de la prueba ya que hasta el momento, era el fiador quién debía acreditar e invocar de acuerdo a las constancias de autos, que no había sido anoticiado. (Escalante, 2003, pág. 2).

La última crítica que realiza el Dr. Escalante a la reforma introducida en el año 2002 fue en materia procesal, este jurista señala:

Por último, el artículo fulmina de nulidad toda cláusula en el contrato locativo original, que extienda la obligación del fiador más allá de su fecha de vencimiento, ya sea fiador simple, fiador solidario como codeudor o principal pagador, debiéndose tener en claro, al respecto, lo previsto en la excepción que establece el primer párrafo. Es claro que hubiera sido conveniente que ésta reforma producida hubiese abarcado otras cuestiones claves que constantemente se pueden observar en los contratos locativos (por ej., la legitimación del fiador para iniciar pretensión desalojista al locatario) y una reformulación profunda respecto de la fianza ya que es innegable que cada vez existen menos personas dispuestas a obligarse como tales por la rigurosidad de los contratos sobre locaciones por lo que el locatario debe deambular pidiendo de favor, que alguien afiance para poder acceder a una vivienda.(Escalante, 2003, pág. 3).

Estos autores como tantos otros brindaron una postura contraria bastante lógica sobre el tema en cuestión, descubriendo las falencias que fueron provocadas por dicha reforma.

4.5-Conclusiones parciales del capítulo después de la reforma

Como conclusión de este capítulo se puede señalar claramente que la introducción del art.1582 bis con la ley 25628 al código civil de Vélez, que en un principio se creó con

la intención de brindar un marco jurídico al problema de esta investigación e inclinar la balanza hacia la postura doctrinaria que libera al fiador una vez concluido el contrato, no fue tan contundente como se esperaba.

Esto sucede porque en dicha reforma que introduce el artículo 1582 bis, deja un artículo que choca con dicha reforma, es el artículo 2005 del código velezano, el cual hemos tratado oportunamente el punto 4.4, que le permite al acreedor atacar el patrimonio del fiador aun cuando el contrato haya finalizado, porque según este artículo y una gran parte de la doctrina, afirma que el deudor que asume como principal pagador es un codeudor solidario, a la misma altura del deudor principal y deben regirse por la disposiciones de las obligaciones solidarias

Hubiese sido muy acertado que en la reforma del año 2002 se eliminara definitivamente el artículo 2005 y de esa manera solucionar los conflictos que esta norma generaba a dicha enmienda. Pero también hay que hacer un reparo en la redacción de dicho artículo que adolece de diferentes defectos que fueron explicados de forma impecable por el Dr. Escalante en el punto 4.4 de este capítulo. Por todo esto parece que el problema queda intacto con las mismas contradicciones que tenían antes de la reforma, con la consecuencia que todo sistema codificado quiere evitar, la inseguridad jurídica.

En el próximo capítulo se desarrollara la última reforma del código civil introducida en el año 2015 con la unificación del código civil y comercial, con la tarea de investigar si dicha reforma termina por resolver de una manera definitiva el problema de la investigación.

CAPÍTULO 5

Extensión de la fianza y la reforma del código civil y comercial

5.1-Introducción

En este capítulo y para cerrar nuestro trabajo de investigación sobre la extensión de la fianza en los contratos de locación, ocuparemos de investigar cómo se incorpora la extensión de la fianza en el código civil y comercial de la nación; si hubo cambios con respecto al código velezano al nivel normativo o de interpretación doctrinario, o si se mantuvo las diferentes disyuntivas respecto de la reforma anterior al código de Vélez del año 2002.

5.2-Extensión de la fianza en la reforma del código civil y comercial.

Con respecto al código civil y comercial, en lo que atañe específicamente a la extensión de la fianza en los contratos locativos, no hubo grandes cambios, se mantuvo el 1582 bis del código velezano que se lo incorpora al código civil y comercial como el art. 1225 el cual prescribe:

Caducidad de la fianza. Renovación: Las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del plazo de la locación, excepto la que derive de la no restitución en tiempo del inmueble alquilado. Se exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita, una vez vencido el plazo del contrato de locación. Es nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original.

Este artículo regula específicamente la caducidad de la fianza, mantiene la misma estructura y características que su predecesor, el artículo 1582 bis del código de Vélez. Varios autores brindan una opinión sobre la citada norma, entre ellos podemos destacar a la Dra. Amiel entre otros que desglosa en su obra al mencionado artículo y señala:

La norma solo contempla la fianza gratuita y onerosa pero no las garantías reales o los seguros de caución. En cuanto a los bienes comprendidos, el artículo habla de locaciones urbanas, sin realizar ningún tipo de distinción. Por ese motivo entiendo que incluye tanto a las locaciones urbanas, las rústicas, los contratos de locación y aparcería rurales que se rigen subsidiariamente por el código. También se incluyen a las sublocaciones. (Amiel, 2016, pág. 177).

La norma contiene en su primer párrafo una excepción a la caducidad automática de la fianza, la Dra. Amiel señala:

La fianza continua vigente, aun vencido el plazo contractual cuando el locatario no hubiese restituido el inmueble alquilado y en lo que refiere a esta obligación de restitución (y los accesorios que de ella deriven, como el pago de la cláusula penal por falta de restitución y los gastos causídicos). Esta solución resulta bastante lógica, la restitución del inmueble es una de las obligaciones nucleares a cargo del locatario. (Amiel, 2016, pág. 178).

También se puede agregar la opinión de los Dres. Herrera, Picasso y Caramelo que En su código comentado señalan en relación a esta excepción que marca el citado artículo:

No se extingue la fianza si la falta de restitución del inmueble en su debido tiempo es producto del incumplimiento del locatario, si así se hubiera pactado. Es decir, la situación excepcional que se explica porque no se configura un caso de prórroga o anuencia del locador. En la ocupación del inmueble más allá de la vigencia original. (Herrera, Picasso, Caramelo, 2015, pág. 610).

En el segundo párrafo del artículo hace referencia a la necesidad expresa del fiador en la prórroga o en la renovación en un nuevo contrato de locación y al respecto la Dra. Amiel señala:

Este requisito tiende a proteger al fiador frente a los pactos o acuerdo expresos o tácitos entre las partes. La norma distingue dos situaciones, la primera se da cuando el locador y locatario acuerdan expresamente o tácitamente la prórroga del contrato. Recordemos que habrá prórroga cuando se conserven los términos esenciales del contrato original y solo se pacte una prolongación del pacto anteriormente previsto. En esta situación, el artículo 1582 bis (ahora reproducido por el actual 1225 del código civil y comercial) establecía que el resultaba indistinto que la prórroga se formula expresa o tácitamente, en ambos casos el fiador debía

manifestar su voluntad de obligarse durante este nuevo plazo acordado. (Amiel, 2016 pág. 179).

La misma autora señala sobre la situación que se da cuando hay una renovación del contrato original y que consecuencia jurídica acarrea esta situación:

En el supuesto previsto de la renovación, aquí no se mantienen los términos originales del contrato. Se trata de un nuevo contrato en que las partes pueden pactar nuevas cláusulas conforme a sus intereses y respecto del cual comienza a regir un nuevo plazo mínimo. Se aplica a este supuesto la misma solución que en el caso anterior; el fiador deberá obligarse expresamente en caso de que se desee garantizar las obligaciones del deudor. (Amiel, 2016, pág. 180).

Para agregar a la opinión de la doctora Amiel, los Dres. Herrera, Picasso y Caramelo ofrecen su visión sobre el tema y señalan:

Si las partes del contrato de locación prorrogaran expresa o tácitamente la vigencia del contrato, o lo renovarían, la norma indica que será necesario el consentimiento expreso del fiador para que quede obligado por el nuevo periodo contractual. Vale resaltar que la exigencia del carácter “expreso” debe interpretarse como “hecho por escrito”, aun en el supuesto de que la prórroga sea tácita. (Herrera, Picasso, Caramelo, 2015, pág. 610).

En su último párrafo, el artículo 1225 contiene la nulidad de la disposición anticipada de extensión de la fianza, la cual anula toda posibilidad que las partes dispongan de antemano una cláusula que permita prever una renovación sin el consentimiento expreso del fiador, en relación al tema la Dra. Amiel señala:

Estamos en presencia de un supuesto de nulidad y no de anulabilidad, ya que la misma surge patente del acto sin necesidad de investigación alguna. Además, dentro del universo de las nulidades se trata de un caso de nulidad relativa, dado que tiende a proteger los intereses de un particular, en este caso el fiador, pudiendo este confirmar posteriormente el acto. (Amiel, 2016, pág. 182)

Una visión no muy distinta de la Dra. Amiel es la de los Dres. Herrera, Picasso y Caramelo que en su código comentado ofrecen una interpretación un poco más rígida en relación a la anterior y señalan:

La regla general descrita por el artículo 1225 es imperativa y no puede ser descartada por acuerdo de partes. La indisponibilidad en este sentido se desprende del párrafo final del artículo analizado al declarar la nulidad de la disposición anticipada que extienda la fianza del contrato original. Obviamente, nada impedirá posteriormente, acaecida la extensión del plazo original, que el fiador asuma voluntariamente a su cargo las obligaciones sobrevinientes del locatario, ya que en ese supuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad no se encontrará condicionado, como en la situación descrita en el párrafo introductorio. Lo que pretende evitar la norma es una renuncia a la aplicación de la regla general que, como tal, por ser anticipada, será considerada nula. (Herrera, Picasso, Caramelo, 2015, pág. 611).

Está claro que en la reforma del año 2015, el artículo 1225 del código civil y comercial conserva el espíritu de su predecesor, el art. 1582 bis del código velezano, dejando intacta las diferentes disputas doctrinarias que tenía la reforma del año 2002 y manteniendo el choque de normas que dio inicio a esta investigación, se hace referencia al enfrentamiento entre el artículo 1225 y el 1591 del mismo digesto. Hubiese sido un acierto derogar dicho artículo en esta reforma y de esta manera ofrecer un panorama un poco más claro sobre la materia. A continuación se analizara la figura del principal pagador y cuál fue la naturaleza de la creación de dicho instituto legal.

5.3-El artículo 1591 y qué se entiende por principal pagador en el código civil y comercial

La tarea de la investigación en este caso será la de analizar el art.1591 del código civil y comercial de la nación, sus fuentes y sus respectivas consecuencias legales, que

permitirá examinar la posición del fiador cuando este ingresa a un contrato de fianza como principal pagador. El artículo que examinamos prescribe:

Principal pagador. Quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias.

A prima facie este artículo trae como consecuencia el inevitable choque con otra norma que se menciona anteriormente, el art. 1225 del código civil y comercial que en su tercer párrafo prescribe “Es nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria tanto como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original”, que justamente se topa con la figura del principal pagador del art. 1591 del código civil y comercial.

Como primera medida será buscar de donde surge esta figura legal, su verdadera naturaleza jurídica y el fin del codificador de incorporarla a su texto normativo. Para esta tarea se busca ir a la raíz de su predecesor, el art. 2005 del código de Vélez, cuya fuente la podemos encontrar en la nota al pie del código velezano; el mismo hace referencia a los maestros juristas franceses Troplong y Aubry et Rau, que señalan que cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones de los codeudores solidarios.

A esto le podemos agregar la visión de un jurista que engloba la perspectiva de los tantos juristas que hemos trabajado, el Dr. Spota, acérrimo defensor del régimen del codeudor solidario y que brinda su opinión con respecto al tema y señala “Cuando se hace referencia al principal pagador, nos encontramos ante un vínculo de carácter principal. Ese es el significado de la frase principal pagador, como si fuera el mismo obligado” (Spota, 1983 pág. 237).

En este caso hemos hecho referencia a la naturaleza jurídica del principal pagador, por la cual demostramos que la intención de Vélez Sarsfield en el art 2005 era dejar en claro que el fiador es sin duda un codeudor solidario y se le aplican el régimen de las obligaciones solidarias formando un frente común en el cual el acreedor puede cobrar a aquel que más le convenga, a la misma altura del deudor principal.

Con la creación del código civil y comercial de la nación el art. 1591 varios autores señalan que el fiador que asume con la figura de principal es un codeudor solidario que se pone a la misma altura que el deudor principal, entre ellos podemos citar a los Dres. Rivera, Medina que en su código comentado brindan una opinión acertada en relación a la figura del principal pagador:

Es dable destacar que ya no estamos en presencia del fiador solidario, que no es deudor directo de la obligación puesto que su relación con el acreedor sigue siendo accesoria; aquí nos encontramos frente a quien asume el carácter de codeudor solidario por virtud de una relación jurídica directa con el acreedor, aunque la asume con el propósito de garantía de la deuda con otro. La esencia jurídica del contrato que origina la solidaridad típica y pasiva no es la atinente al contrato de fianza. El principal pagador no asume una obligación accesoria y subsidiaria, sino una obligación con otros codeudores, sin que trasunte a lo externo la diversidad de intereses, en el caso de que éstos existan. Las consecuencias más importantes que generan esta modalidad son las siguientes: (i) la nulidad parcial de la deuda principal, como no libera al codeudor solidario, tampoco libera al fiador principal pagador; (ii) el fiador principal pagador debe cumplir su obligación aunque ella se hubiera tornado de cumplimiento imposible para su deudor afianzado, porque así ocurre con el deudor solidario; y (iii) el fiador principal pagador carece del derecho a obtener el "embargo de bienes del deudor u otras garantías" en los supuestos contemplados por el art. 1594 del Código Civil y Comercial. (Rivera, Medina, 2014, pág. 841)

También podemos citar a los Dres. Herrera, Picasso y Caramelo que en su código comentado ofrecen una opinión muy parecida a la anterior y señalan:

La diferencia entre fiador solidario y principal pagador, es que el primero está sujeto a la regulación del contrato de fianza solidaria. En el caso de principal pagador, la relación jurídica entre el acreedor y el fiador es idéntica a la que el acreedor tiene con el deudor principal, es decir el principal pagador es codeudor solidario, no reviste el carácter de fiador aunque ese haya sido su propósito al contratar. (Herrera, Picasso, Caramelo, 2015, pág. 302).

Esto le permite a la doctrina que ven al fiador principal pagador, una vez vencido el plazo contractual no ver la restricción que ordena el art. 1225 del código civil y comercial de la nación; que en su segundo y tercer párrafo anula toda cláusula de prórroga tacita sin la anuencia del fiador o aquella cláusula anticipada que extienda el plazo original ya sea en la figura de fiador simple o la de principal pagador que es la que denota mayor importancia para esta investigación.

Con la unificación del código civil y comercial en el año 2015 se dejó pasar la posibilidad de aclarar el problema en cuestión, simplemente no incorporando el art. 1591 a dicho cuerpo legal y evitar discusiones tanto doctrinales, como jurisprudenciales.

5.4-Problemas Irresueltos.

En este punto se busca a detallar otros problemas que quedaron sin resolver como en el año 2002 y que bien podemos trasladar al código civil y comercial de la nación recientemente puesto en vigencia en el año 2015. Con relación al tema el Dr. Kenny señala que los problemas que quedan sin resolver, tanto para el locador como para el fiador que asumen este tipo de obligaciones:

Si bien esta reforma legislativa, haciendo referencia a la del año 2002, que se trasladó al código civil y comercial de forma similar a la que tenía su predecesor; amengua la situación del fiador en cuanto a la temporalidad, porque esta queda extinguida por el solo vencimiento del plazo de la locación salvo la no restitución del bien inmueble, ha dejado otros problemas sin resolver y lo peor que sigue comprometiendo y agravando su situación patrimonial frente al locador. Quedan reavivadas así las discusiones doctrinales habidas sobre el cuidado, esfuerzo, y eficacia que debe poner el locador para iniciar y proseguir el proceso de desalojo, hasta su finalización y la obtención del reintegro del inmueble. Se aplica tanto en el caso del vencimiento del plazo locativo, cuanto también en todo los demás casos en que, vigente el contrato, pueda operarse la rescisión locativa derivada del incumplimiento de las obligaciones del inquilino, sea por falta de pago de los alquileres, por uso abusivo, cambio de destino, etc., y que configuran el denominado marco de causales culpables del desahucio. (Kenny, 2012, pág. 60)

El mismo jurista señala las consecuencias que también trae aparejado dicha reforma al que asume como fiador en esta clase de negocios jurídicos:

Y los perjuicios para el fiador que quedan configurados en estos casos cuando se opera la desidia del locador, al permanecer inactivo o con poca presteza para provocar la rescisión del contrato locativo. La inercia del locador, sea por despreocupación o bien por animo doloso, le permite a este contar igualmente con las seguridades que el otorga a su patrimonio, la situación de un fiador solvente. De ahí que, llegado el momento, el arrendador pueda dirigir su pretensión contra el garante, para el cobro de las indemnizaciones contractual del inquilino afianzado. (Kenny, 2012, pág. 61).

Esta crítica que realiza el Dr. Kenny recae tanto en la reforma del año 2002 como así también en la unificación del código civil y comercial del año 2015, que no tuvieron en cuenta los efectos negativos o insuficientes que tuvieron dichas enmiendas. También podemos citar al Dr. Escalante que en el punto 4.4 de la unidad anterior realiza una crítica bastante objetiva en lo que respecta a la redacción del texto normativo, la inversión de la carga probatoria o la situación del fiador que accede a este tipo de contrato, que bien puede traerse a la unificación del código civil y comercial en el año 2015, que como dijimos no realizó cambio alguno en lo que atañe a nuestra investigación. A continuación examinaremos diferentes posturas judiciales en lo que concierne a la extensión de la fianza en los contratos locativos.

5.5-Diferentes fallos con respecto al tema planteado.

Con respecto a la jurisprudencia podemos señalar fallos de diferentes tribunales, que cuyas sentencias no han conseguido brindar una solución que abarque un criterio unificador que brinde certeza a la hora de una disputa de este tipo, ya que son tan dispares las decisiones que hacen vislumbrar un camino al menos dificultoso.

Como analizamos en nuestro trabajo, hay dos posiciones bastantes contrarias en la investigación; por un lado tenemos aquella que sostiene que el fiador ante la realización de

un nuevo contrato, aunque sea tácito, una vez terminada la vigencia temporal del mismo en el cual se obligaba como fiador, lo exime de cualquier incumplimiento cometido por el deudor principal del contrato vencido o prorrogado sin la anuencia del fiador en cuestión, no obligara a este al resarcimiento.¹ Se puede citar el fallo “Esturillo, Pedro Román c/ Soria, Diego Alberto s/ cobro de pesos” de la ciudad de San Juan en el año 2013 que fue resuelto por la cámara letrada de esa ciudad, compuesta por los Sres. Jueces Rusansky de Bustos Canoy Alicia Tonelli de Medina los cuales señalan que el primer párrafo del art. 1582 bis del C.C. consagra la cesación de locación automática de la responsabilidad del fiador al vencimiento del plazo de locación.

De ahí que la formalización de un nuevo contrato, la prórroga del contrato originario o la continuación de la locación, producirán la liberación del fiador. La norma deja abierta la responsabilidad de éste más allá del vencimiento del plazo contractual si presta su consentimiento para obligarse a la renovación o prórroga del contrato de locación una vez concluido éste. Si los locadores y la locataria acordaron prorrogar el plazo de duración del contrato originario por un nuevo período de un año con opción a otro más, hallándose suscripto dicho instrumento únicamente por la locataria. No puede admitirse, en el caso particular, la salvedad prevista en la norma, dado que operado el vencimiento del término del contrato, lejos de desenvolverse con rapidez para recuperar la tenencia, el actor dispuso prorrogar el contrato, ampliando el término y acordando un nuevo precio de la locación sin la participación y el consentimiento del fiado

Podemos citar otro fallo que apoya la postura en la cual el fiador se libera y hace cesar automáticamente su responsabilidad una vez fenecido el plazo pactado por las partes,² porque igual que el fallo anterior aquí no interviene la voluntad del obligado accesoriamente a responder por el incumplimiento del deudor principal. Otro fallo en relación a la jurisprudencia planteada que se puede citar es “*Bernhardt, Claude de Betterle y otro c. Toledo, Claudia Cecilia*” que ocurrió en la ciudad de Córdoba en el año 2015, más precisamente en la cámara quinta de apelaciones en lo civil y comercial integrada por los Dres. Claudia Salazar, Joaquín Ferrer y Rafael Aranda. En detalle a los hechos se puede decir que un locador, que en este caso es el Sr Bernhardt, promovió ejecución de alquileres

¹CdePL San Juan “*Esturillo, Pedro Román c/ Soria, Diego Alberto s/ cobro de pesos*”. (2013)

²C.5ª en C.C. de Cba “*Bernhardt, Claude de Betterle y otro c. Toledo, Claudia Cecilia y otros – P.V.E. s/ alquileres – recurso de apelación*” (2015)

contra el locatario y solicitó la extensión de la condena al fiador que en este caso sería la Sra. Toledo, quien planteó excepción de inhabilidad de título por las deudas devengadas con posterioridad a la finalización del contrato. En primera instancia se admitió la defensa del fiador y se lo eximió de responder, la Cámara sin ninguna duda confirmó la decisión del tribunal inferior. La excepción de inhabilidad de título deducida por el fiador contra el reclamo de deudas posteriores a la conclusión de la locación resulta procedente si no consta que hubiere prestado el consentimiento expreso exigido en el art.1582 bis del Código Civil para obligarse por la supuesta prórroga del contrato de locación. Este fallo es anterior a la unificación del código, por no decir un mes antes de tal suceso, pero como se hecho referencia en el punto anterior de este capítulo, dicha reforma no produjo cambio alguno en el espíritu del artículo citado, ya que solo se cambia el número. Estos son algunos fallos que se puede citar en donde el fiador se libera una vez vencido el contrato principal

La otra cara de la moneda la podemos encontrar en aquella jurisprudencia que pone al fiador a la altura del deudor principal, esta corriente sostiene que el garante que asume una fianza como liso llano y principal pagador ocupa un lugar al lado del deudor principal y no es una mera figura accesoria como señala la primera postura, que se rige por la regla de la fianza simple o en todo caso solidaria.

Según esta corriente que aboga por la legalidad de la extensión de la fianza en los contratos locativos, el garante o fiador responde aun después de finalizada la vigencia temporal del contrato, utilizando el art. 1591 del código civil y comercial que prescribe, que aquel que se obligó como principal pagador responderá por la disposiciones aplicables a la de obligaciones solidarias y esto deja como consecuencia que el fiador se pone a la misma altura que el deudor principal o en este caso el locatario formando un frente común al cual el acreedor puede atacar a la hora del cobro de su deuda.³ Este fallo es de antes de reforma del año 2002, pero se cita porque brinda una visión de una parte de los jueces en donde el principal pagador está a la misma altura que el deudor principal, la sentencia tuvo lugar en la sala c de la cámara de apelaciones en los civil y comercial de la capital federal, en donde el actor en este caso el sr. Calvo Vidales contra el sr. Stefanini que apela una sentencia ante la referida cámara de una resolución contraria a sus intereses en primera

³ C N de Apelaciones C y C de Cap. Federal “*Calvo Vidales c/ Stefanini h. s/ ejecución de alquileres*”(1997)

instancia. La cámara acepta el recurso y determina que en este caso el fiador es responsable ante el acreedor, en este litigio la cámara argumento que si el fiador se constituyó en forma solidaria, lisa llana y como principal pagador de todas y cada una de las obligaciones contraídas por el locatario en el contrato de locación, hasta la entrega del inmueble, aun vencido el plazo de la locación, tal estipulación extiende los efectos de la fianza, sin limitaciones.

Otros fallos que reconocen que la obligación del fiador tiene carácter accesorio, pero aquel fiador que se comprometió como principal pagador liso y llano deberá responder por su fianza hasta que el deudor principal abandone el bien arrendado, no importando si hay una prórroga tacita del contrato⁴ que se ha vencido⁵. Este fallo es en la ciudad de Córdoba en el año 2007 y tiene la particularidad que fue resuelto por el TSJ de la provincia en un recurso de casación. En el mismo se encuentra el actor que en este caso es la Sra. María Pettinari contra la Sra. María Carballo, el problema central del juicio era si correspondía cobrar a la Sra. Carballo meses devengados que el deudor principal no abono. La demandada oponía su defensa en el artículo 1582 bis de ese entonces, ahora en el código civil y comercial el 1225, en donde su responsabilidad finaliza cuando el contrato principal fenecía. La actora por su parte argumenta que debía responder porque en ese contrato ella había asumido como liso, llano, principal pagador, y debía abonar el monto adeudado. El tribunal superior en ese momento conformado por los Dres. Dres. Armando Segundo Andruet (h), Domingo Juan Sesín y Carlos Francisco García Allocco, decidieron por unanimidad aceptar el recurso y sentenciar a favor de la actora. El fallo es bastante extenso pero vamos a citar un pasaje del mismo que hace referencia directa a nuestro problema, “El principal pagador no asume una obligación accesorio y subsidiaria, sino una obligación con otros codeudores, sin que trasunte a lo externo la diversidad de intereses, en el caso de que éstos existan”.

Otro fallo que vale la pena citar y que involucra una resolución del TSJ de la provincia de Córdoba, sobre un recurso de casación entre los Sres. Carlos Alberto Caruso e Isabel Passadore sociedad de hecho en carácter de actor, en contra del Sr. Luis Alberto Ghitti en carácter de demandado.

⁴ T.S.J. de la Pcia. de Cba. Sala civil y comercial. “Pettinari, María c/. Carballo, María y otro”(2007)

⁵ C. de apelaciones C y C de la 1 nominacion de la Ciudad de Cba “Carlos Alberto Caruso e Isabel Passadore sociedad de hecho c/ Ghitti Luis Alberto – desalojo – por vencimiento de término”(2014)

El debate en cuestión se centra en el alcance temporal de la fianza y la responsabilidad que le corresponde al fiador. En el año 2014 la cámara de apelaciones en lo civil y comercial de primera nominación de ciudad de Córdoba, integrada por los Dres. Guillermo P. B. Tinti, Leonardo C. González Zamar, y Julio Sánchez C. Torres, fechado el 29 de abril del mismo año, emito un fallo que condena a los Sres. Caruso y Passadore a pagar los montos adeudados, en carácter de fiador solidario, liso y llano y principal pagador. El tribunal argumento sobre la figura del principal pagador, que en ese momento estaba estipulado en el artículo 2005 del código de Vélez, hoy en día plasmado en el artículo 1591 del código civil y comercial. El condenado, en este caso los Sres. Caruso y Passadore, interpuso recurso de casación contra la sentencia emitida por la cámara civil y comercial.

El TSJ integrado por los Dres. María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin y M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, admitió el recurso de casación, que se recuerda que es el recurso que se interpone al TSJ cuando existe un agravio en la aplicación del derecho para algunas de las partes, y revoco la sentencia dictaminada por la cámara en el año 2015. El máximo tribunal de la ciudad de Córdoba argumento que el tribunal inferior se equivoca en aplicar el derecho, que no tuvo en cuenta el artículo 1225 del código civil y comercial que prohíbe expresamente toda cláusula que obligue al fiador ser responsable por un incumplimiento del deudor principal fuera del plazo contractual un vez restituido el bien alquilado.

5.6- Conclusión del capítulo.

Se ha tomado como referencia algunos de los fallos que a juicio de la investigación reproducen los diferentes criterios judiciales a la hora de resolver este problema, no es tarea de este trabajo recorrer todos los fallos judiciales, si no dejar en evidencia las notorias discrepancias que el tema genera y la consecuencia no deseada de crear una situación que perjudica a ambas partes, tanto para aquellos que son fiadores, que no saben hasta donde deben responder, como a aquel acreedor que tiene que cobrar su deuda y no sabe bien a quien pueden dirigirse.

Se puede decir que la reforma del código civil y comercial en el año 2015 no tuvo cambios significativos con respecto a la extensión de la fianza en los contratos locativos, se

mantuvo la estructura del código civil de Vélez Sarsfield con las disyuntivas que se ha desarrollado a lo largo de la investigación; y es más se agregaron otros problemas irresueltos que el código civil y comercial no tuvo en cuenta en la reforma, que hubiesen permitido un marco jurídico más certero a la hora de realizar este tipo de contratos.

Es tarea del estado y del congreso en especial, la de brindar un sistema codificado de normas claro, simple y sin contradicciones que provoquen constantes enfrentamientos entre aquellos que realizan este tipo de negocios que derivan inevitablemente en litigios judiciales. Ya todos saben la difícil situación que padecen los tribunales en todo el país con la falta de recursos y evitar este tipo de incoherencia mejoraría la calidad de nuestra justicia.

CAPÍTULO 6

Conclusiones finales de la extensión de la fianza

en los contratos locativos.

En el presente trabajo se ha tenido como propósito establecer cuáles son los supuestos y las condiciones para que el fiador deba responder una vez vencida la vigencia temporal del contrato de locación. Se examinaron los diferentes marcos legales que ofreció el código civil argentino sobre la extensión de la fianza locativa y se lo dividió en tres etapas, antes de la reforma del año 2002, después de dicha reforma y la unificación del código civil y comercial en el año 2015, como así también las diferentes posturas doctrinarias y las diferentes sentencias en lo que refiere al tema planteado.

Antes de la reforma del año 2002 no existía un marco legal que regulara dicho problema, quedaba en manos de diferentes posturas doctrinarias que desarrollaron el problema. Entre ellos podemos destacar al Dr. Spota que señala “Que la fianza perdura hasta la efectiva desocupación, aun cuando la ocupación se deba a un acuerdo tácito entre el locador y locatario” (Spota, 1983, pág.236), siempre y cuando el fiador asuma como principal pagador en el contrato locativo.

La doctrinaria opuesta a la anterior señala que el garante queda liberado de la fianza una vez terminado la vigencia temporal del contrato locativo, en esta doctrina podemos destacar la opinión del Dr. Borda que indica “Que el fiador solidario solo extiende su responsabilidad hasta el término del contrato originario, con más el tiempo razonable que necesita el locador para obtener el desalojo”. (Borda, 2005, pag.604). Este autor señala que no importa como el fiador asumió su garantía, si fue simple, solidaria o principal pagador, siempre queda liberado una vez finalizado el plazo contractual salvo la no restitución del inmueble

En el año 2002 como bien señalamos al principio este punto, se llevó a cabo la reforma del código civil de Vélez Sarsfield con la ley 25628 que introduce el art.1582 bis que ordena que el fiador quede liberado una vez finalizada la vigencia temporal del contrato salvo la no restitución del bien alquilado, no importando la condición que este asumió, sea simple, solidaria o principal pagador. Con esta reforma el código civil trato de subsanar el vacío legal que provoca la extensión de la fianza en los contratos locativos y brindar certeza jurídica a los sujetos que asuman este tipo de acuerdos legales.

Sin embargo, la reforma del año 2002 para cierta parte de la doctrina solo trajo más incertidumbre, exponiendo los defectos de dicha reforma, tal es el caso del Dr. Escalante

que en el 4.4 hemos tratado, o los problemas irresueltos que el Dr. Kenny señaló en el punto 5.4 de esta investigación. También es importante destacar el choque de normas que produjo dicha reforma, haciendo alusión al art. 2005 del código de Vélez que ordena que aquel que asumió como principal pagador debía ser considerado en la misma altura que el deudor principal y debe regirse por las disposiciones de las obligaciones solidarias.

En el año 2015 se unifica el código civil y comercial, pero en lo respecta a nuestra investigación sobre la extensión de la fianza, queda exactamente igual que en el código de Vélez, solo cambia el número de los artículos; el 1582 bis se transforma en el art. 1225 y el art. 2005 se transforma en el 1591 del código civil y comercial.

En dicha reforma se deja pasar una gran oportunidad para resolver el problema, ya sea con mejorar la redacción del art. 1225 del código civil y comercial, derogar el art. 1591 que provoca un choque de normas o en todo caso crear un artículo que abarque todos los aspectos en su conjunto y sea ecuánime con aquellos sujetos que participan en este tipo de negocios jurídicos, teniendo en cuenta cada situación particular de los mismos.

Es bien claro que la legislación como se plantea en la actualidad, proporciona tanto al fiador como al acreedor argumentos legales en caso de una contienda judicial.

Por una parte el fiador utilizara al art. 1225 del código civil y comercial para liberarse de la fianza y responderá solo hasta la finalización del plazo contractual, salvo la no restitución del bien inmueble. Pero aquí también el fiador puede argumentar ante la no restitución del bien, porque puede alegar que se trata de un acuerdo tácito entre el locador y el locatario, el cual no desea participar, por ende pidiendo su liberación. Esta situación se puede dar por la desidia del locador de intimar el abandono de la propiedad al locatario y en ese caso el fiador puede liberarse porque es el fiador quien debe realizar dicha diligencia.

Como contraparte tenemos al acreedor, que empleará la figura legal del liso, llano y principal pagador que es utilizado en la mayoría de los contratos de este tipo, que según el art 1591 del código civil y comercial, permite al acreedor atacar el patrimonio del fiador aun después de haber finalizado la vigencia temporal del contrato, porque dicho artículo pone al fiador en la misma línea que el deudor principal, o sea un codeudor solidario. Esto trae aparejado una situación de inseguridad jurídica para las partes, que a la hora de

contratar este tipo de negocios no disponen de una regulación legal clara, que le permitan conocer de antemano hasta donde deberá responder o cobrar según corresponda el caso.

Con la reforma del año 2015 el código civil y comercial dejó pasar una muy buena oportunidad para algunas inconsistencias que su predecesor tenía, tal es el caso de los artículos que se ha trabajado en esta investigación, se hace referencia a los artículos 1225 y 1591 que evidencian un choque de normas bastantes claro con respecto a la figura del principal pagador que este trabajo ha desarrollado en sus diferentes capítulos. También se puede destacar la mala redacción del artículo 1225, y un claro ejemplo es cuando el mencionado artículo en el final de su primer párrafo habla de “Salvo la no restitución del bien alquilado”. Esta oración debería suprimirse dejando en todo caso al fiador libre una vez finalizado el plazo de la locación o al menos cambiarla por la palabra prudencial, porque de otro modo el fiador tiene que estar atento a la finalización de dicho contrato, porque la obligación sigue existiendo. Lo cierto es que el fiador una vez que firma el contrato se olvida de dicho compromiso, y recién se vuelve a enterar cuando llega la cedula de notificación de los tribunales en el caso de un juicio. Se hace hincapié en esto porque aquel que acepta ser fiador, lo hace normalmente por una cuestión de amistad, sin ningún afán económico y obligarlo a estar supeditado a que no se olvide el vencimiento de la locación, trae como consecuencia que estas personas directamente no realicen ese tipo de operaciones.

En relación a este mismo artículo y con referencia a la renovación expresa que pide dicha norma, el fiador debe ante una renovación del contrato confirmar si quiere o no seguir siendo fiador. En sintonía con lo anterior, el fiador debe concurrir a cada renovación del contrato, un requisito que muchas personas no ven con agrado, más si viven en lugar alejado de donde se celebra el contrato, al igual que el requisito anterior, provoca un desaliento a este tipo de personas, que se repite lo hacen por un mero sentimiento de amistad. Tampoco el locador se encuentra exento a los defectos de la norma, sobre todo en materia de carga probatoria, en el cual debe ser el locador que pruebe que el fiador expreso claramente su aceptación, porque en caso contrario el fiador queda liberado de toda responsabilidad.

Hubiese sido mucho más acertado dejar a las partes, dentro de un marco de buena fe contractual, que celebren de acuerdo a las necesidades de cada caso en particular y si

surge un incidente que derive en un conflicto judicial, sea el juez quien resuelva de acuerdo a lo que las partes realmente quisieron. El juez en este caso solamente debería interpretar las intenciones de las partes con una mirada mucho más flexible y le permitiría no estar atado una norma rígida que regula este tipo de situaciones. Otra solución acertada hubiese sido directamente la supresión del artículo 1591, en la legislaciones comparadas como por ejemplo la de España este instituto ya fue derogado hace bastante. Esta modificación ofrecería una mayor certidumbre a la hora de realizar estas operaciones y dejaría al artículo 1225, aun con sus defectos, un panorama más claro para todos aquellos que operen con estos contratos.

En definitiva será tarea del legislador encontrar un mecanismo para lograr una solución que tenga en cuenta todas las aristas que genera esta situación en particular y brindar la tan anhelada certeza jurídica que es pretendida en un sistema codificado como el nuestro.

Pero se debe dejar bien en claro que en un futuro no muy lejano y por todo lo investigado, la figura del fiador podría desaparecer, ya sea por el riesgo que asume sin ninguna retribución a cambio o a las contradicciones legales que no brindan ninguna certeza jurídicas sobre el problema.

Es necesario que el estado intervenga de una manera más eficiente en, una opción sería crear un organismo estatal que permita a aquellas personas que no disponen de una garantía, poder arrendar un inmueble, buscando un mecanismo que permita a estos sujetos acceder a una vivienda, aunque sea en forma de alquiler. Hoy en día el acceso a la información crediticia es mucho más fácil, a través de estos medios disponible el estado puede saber si una persona tiene buenos o malos antecedentes financieros y de esa manera brindar garantía a aquellas personas que tienen una impecable conducta financiera, pero que muchas veces no disponen de una garantía para acceder a una vivienda.

También el estado puede de alguna manera incentivar a personas jurídicas del ámbito privado, como es el caso de los bancos, a que ofrezcan garantías a sus clientes a cambio del pago de un canon o cuota, que en caso de un incumplimiento el locador pueda satisfacer sus crédito, sería una suerte de fondo común para aquellos que son inquilinos, y ante una falta grave por parte del que pidió la garantía, no podrá acceder en un futura operación de alquiler acceder a otro respaldo de la misma entidad, salvo aquella situación en donde el

locatario pueda justificar el incumplimiento, tal es el caso de la pérdida de su trabajo o algún evento que le fuera exento a este último.

El estado por su parte podría brindar a aquellas entidades que realicen este tipo de avales, una exención impositiva u otro mecanismo que beneficiara a este tipo de empresas, como una manera de incentivar dichas prácticas con el objetivo que estas, puedan ofrecer a más personas este servicio.

Todo esto acompañado por una serie de normas mucho más clara y flexible que se pueda amoldar a cada caso en particular de una manera eficiente y que brinde certeza jurídica a aquellos que se involucran en este tipo de negocios. Otra manera de solucionar el tema de las garantías, que otra vez incluye al estado, es el acceso a la vivienda propia de una manera fácil y sencilla, con requisitos a los que pueda acceder la mayoría de la población. En la actualidad un alquiler promedio para una familia tipo no baja de los 5000 a 6000 pesos, sin contar en algunos casos los impuestos y las expensas que elevan ese monto, tranquilamente puede transformarse en una cuota hipotecaria que le permita a esa persona dejar de ser inquilino para ser propietario. Todo esto siempre recalca en la política que cada gobierno asume en relación al tema, está claro que sin esa voluntad por parte de quienes nos dirigen, va a ser imposible obtener algún resultado. Será hora de buscar por parte del estado una solución que satisfaga ese mandamiento entre otros, que prescribe la constitución en su artículo 14 bis, el acceso a todos a una vivienda digna.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Abatti Luis y Rocca Ignacio. (h) (2005). La ley 25.628 y el nuevo art. 1582 bis que limita prorrogar la fianza anticipadamente. Buenos Aires: Ed La ley .Tomo 62.
- Acuña Anzorena Salvat Raymundo (1952). Tratados de derechos civil. Buenos Aires: Ed. Tipográfica Argentina.
- Amiel Maria Cecilia. (2016) Locaciones inmobiliarias y proceso de desalojo. Buenos Aires: Ed. Euros Editores S.R.L.
- Borda Guillermo y Alejandro. (2005). Tratados de derecho civil. Buenos Aires: Ed Abeledo Perrot. Tomo 1
- Buteler Cáceres José (1998) Manual de derecho civil, parte general. Córdoba: Ed. Advocatus. 2 da Ed.
- Carlos A. Hernández, Mónica Fresneda Saieg. (2007). Límites a la responsabilidad del fiador en las fianzas abiertas. Buenos Aires: Boletín Zeus N 7192.
- Eco Humberto (1977) Como escribir una tesis en seis meses. Roma: Ed Gedisa.
- Escalante Hugo. (2003) art. 1582 bis del código civil el Dr. Hugo Escalante nos brinda algunas impresiones sobre el mismo. Recuperado de <http://hugobonifacioescalante.blogspot.com.ar/2011/04/art-1582-bis-del-codigo-civil-el-dr.html>.
- Guillermo Tinti (1998). El Abuso en los Contratos. Buenos Aires. Ed. Rodolfo Depalma

- Herrera Marisa, Picasso Sebastián, Caramelo Gustavo, (2015). Código civil y comercial de la nación comentado. (V.E.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 3 y 4 Ed. Infojus.
- Kenny Héctor (2012). Fianza. Buenos Aires: Ed Astrea Buenos Aires.
- Llerena Baldomero (1931). Concordancias y comentarios del código civil argentino. Buenos Aires: Ed. La facultad.
- Lorenzetti Ricardo (1999). Tratados de los contratos T.2. Buenos Aires: Ed. Rubinzal- Culzoni
- Machado José. (1928) Exposición y comentarios del código civil. Buenos Aires: Ed. Lajoune T 5.
- Olabuenaga José Luis Ruiz. (1996). Metodología de la investigación cualitativa. España: Ed Univ. De Deusto Bilbao.
- Rey Carlos Alberto (1990). La fianza dentro de los contratos de locación. Buenos Aires: Rev. La ley Nro160 pág. N 4.
- Rivera julio cesar, Medina Graciela, (2014). Nuevo código civil y comercial de la nación. Buenos Aires: Ed. La Ley, Tomo 2 y 4
- Spota Alberto (1983) Instituciones del derecho civil-contratos- Buenos Aires: Ed. De palma Buenos aires.
- Yuni José Alberto y Urbano Claudio Ariel. (2006). Técnicas para investigar. Buenos Aires: Ed. Brujas.

Jurisprudencia

- C N de Apelaciones C y C de Cap. Federal “*Calvo Vidales c/ Stefanini h. s/ ejecución de alquileres*” (1997)
- C. de apelaciones C y C de la 1ra nominación de la Ciudad de Cordobaa “*Carlos Alberto Caruso e Isabel Passadore sociedad de hecho c/ Ghitti Luis Alberto – desalojo – por vencimiento de término*” (2014).
- CAC y C San Nicolás BS AS “*Zubillaga julio Cesar c/ Bordón Silvia Mónica y otros/ cobro ejecutivo de alquileres*” (1997).

- CdePL San Juan “*Esturillo, Pedro Román c/ Soria, Diego Alberto s/ cobro de pesos*” (2013).
- CN de Apelaciones en lo C y Cap. Federal “*De mare, Antonio c/ Fernández, Jorge Adolfo s/ preparación de vía ejecutiva*” (2003)
- T.S.J. dela Pcia. De Cba. Sala civil y comercial. “*Pettinari, María c/. Carballo, María y otro*” (2007).

Legislación

- Anteproyecto del código civil del año 1954 (Llamado proyecto Llanvías).
- Código civil de la República Argentina (derogado).
- Código civil y comercial de la Republica argentina (vigente).
- Proyecto de código civil del año 1936.
- Proyecto de código civil unificado de 1998
- Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1897.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO
O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista (apellido/s y nombre/s completos)	Nelson Gerardo Luna
DNI (del autor-tesista)	27001495
Título y subtítulo (completos de la Tesis)	Extensión de la fianza en los contratos locativos
Correo electrónico (del autor-tesista)	Gerard_354@live.com.ar
Unidad Académica (donde se presentó la obra)	Universidad Siglo 21

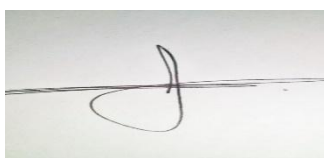
<p>Datos de edición:</p> <p>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</p>	<p>Córdoba, Ed. Nelson luna, 09/02/2017</p>

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Córdoba
25/01/2017



 Firma autor-tesista

Nelson Luna

 Aclaración autor-tesista

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que
la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado