

# TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

## ABOGACÍA



## EL CARÁCTER ACCESORIO DE LA FIANZA

Romina Ivana Ramallo Ponce

2017

## *Agradecimientos*

*Es un orgullo y una gran felicidad para mí saber que hoy logré uno de mis sueños más grandes: ser abogada; que el esfuerzo que hice cada año al fin tuvo su recompensa. Un sueño que fue compartido con mi marido y mis hijas, quienes estuvieron a mi lado siempre, no me dejaron bajar los brazos y siempre me dieron una palabra de aliento para seguir adelante.*

*Otro agradecimiento va dirigido al resto de mi familia, sostén en la lucha cotidiana y quienes me ayudaron a no rendirme.*

*También quiero dar un agradecimiento especial a mis tíos Hugo y Pompi que creyeron en mí y fueron un pilar importante para poder alcanzar hoy mi título de grado, tan deseado por mí...*

*No quiero dejar pasar el recuerdo de una persona esencial en mi vida, quien me apuntaló en cada paso que fui dando. Hoy no lo tengo junto a mí, pero siempre soñó con verme recibida de abogada, haciendo lo que me gusta. GRACIAS PAPÁ*

## Índice

Introducción.....	7
Planteamiento tentativo de la hipótesis de trabajo.....	8
<b>Capítulo I: Definiciones y conceptos generales</b>	
<b>1. Contrato de Fianza</b>	
1.1 Concepto.....	10
1.2. Caracteres.....	10
1.3 Elementos Esenciales.....	11
1.4 Garantías reales y personales.....	12
1.5 Partes contractuales: acreedor y fiador.....	13
1.6 Clases de fianza.....	14
1.7 Extensión de la fianza.....	17
1.8 Efectos	
1.8.1 Entre fiador y acreedor.....	18
1.8.2 Entre fiador y deudor.....	18
1.8.3 Derechos previos al pago .....	18
1.8.4 Derechos posteriores al pago efectuado por el fiador .....	20
1.8.5 Efectos entre los cofiadores .....	20
1.9 Carácter accesorio de la fianza .....	21
1.9.1 Casos de obligaciones y derechos accesorios .....	21
1.9.2 Principios que rigen la fianza como obligación accesoria	
1.9.2.1 Principio de dependencia .....	22
1.9.2.2 Nulidad .....	22
1.9.2.3 Principio de identidad. Limites .....	24
<b>2. Contrato de Locación</b>	
2.1 Concepto .....	25
2.2 Caracteres .....	25

2.3 Naturaleza jurídica del derecho del locatario .....	26
2.4 Objeto y destino .....	26
2.5 Efectos de la locación	
2.5.1 Obligaciones del locador .....	29
2.5.2 Obligaciones de locatario .....	30
2.5.3 Régimen de mejoras .....	31
<b>Capítulo II: El derecho a la propiedad privada: derecho humano. Protección</b>	
<b>3. Derecho a la propiedad</b>	
3.1 El derecho de propiedad como un derecho humano.....	33
3.1.2 El derecho de propiedad en los instrumentos intl. de derechos humanos.....	34
3.1.3 La importancia fundamental del derecho a la propiedad.....	35
3.2 La fianza en el contrato de locación inmobiliaria	
3.2.1 Origen de la problemática.....	37
3.3 Análisis de los cambios en el contrato de locación y en el de fianza	
3.3.1 Evolución legislativa. La legislación de emergencia.....	38
3.3.2 La atenuación de las prórrogas. Leyes 17368 y 17607.....	39
3.3.3 Ley de Locaciones Urbanas. Ley 23091.....	40
3.3.4 Regulación en el Código Civil y Comercial. Ley 26994.....	43
3.3.5 Derecho Comparado. Plazo Máximo.....	46
3.3.6 Intentos de superar el plazo máximo por vía jurisprudencial .....	47
3.4 Cambios en la regulación del contrato de fianza.....	47
3.4.1 La Esponsio.....	48
3.4.2 La Fidepromissio.....	49
3.4.3 La Fideiussio.....	49
3.5 Fianza y negocios de garantía.....	50
3.6 Concepto de Fianza. Modificaciones.....	50

### **Capítulo III: Responsabilidad del fiador vencido el contrato de locación.**

#### **4. Extinción de la fianza y la locación en el Código Civil y Comercial**

4.1. Conclusión de la locación .....	52
4.1.1 Casos de resolución del contrato imputables al locador o locatario.....	54
4.1.2 Efectos de la extinción de la locación .....	55
4.1.3 Derecho de Retención .....	56
4.2 Extinción de la fianza.....	57
4.2.1 Otro modo extintivo de la fianza: novación.....	58
4.2.2 Evicción .....	59

#### **5. Extensión de la fianza en el contrato de locación inmobiliaria. Legislación**

5.1 Antecedentes legislativos.....	59
5.2 Incorporación del art. 1582 bis del Código Civil .....	59
5.2.1 Estructura y carácter de la norma.....	60
5.3 Cesación automática de la obligación del fiador .....	61
5.4 Necesidad del consentimiento expreso del fiador para obligarse en las renovaciones y prórrogas ... ..	62
5.5 Nulidad de las cláusulas de extensión anticipada de la fianza .....	62

#### **6. Antecedentes doctrinarios**

6.1 Término del contrato de locación .....	63
6.2 Las prórrogas o renovación del contrato .....	65
6.2.1 La modificación del precio.....	66
6.2.2 Nulidad de la cláusula que anticipadamente extiende la fianza .....	67
6.3 La extensión de la responsabilidad del fiador en el CCC.....	68

### **Capítulo IV: Extensión de la responsabilidad. Aplicabilidad**

#### **7. Aplicabilidad**

7.1 La reconducción en el Código Civil.....	70
7.2 Los problemas superados .....	71

7.2 El sistema del Código Civil .....	71
8. Requisitos de la continuación de la locación .....	72
8.1 Las causas especiales: prórroga del plazo de pago. Diferencias con la inacción del acreedor .....	73
8.2 Remedios contra la inacción de acreedor .....	73
8.3 La prórroga .....	74
8.3.1 La tradición francesa .....	74
8.3.2 Nuestro sistema .....	75
8.3.3 La doctrina del art. 2046 CC .....	76
9. Jurisprudencia .....	76
10. La continuación de la locación en el Código Civil y Comercial. Jurisprudencia	79
11. Responsabilidad del fiador hasta la devolución de la cosa .....	81
12. Cesión y Sublocación .....	83
<b>Conclusión</b> .....	86
<b>Bibliografía</b> .....	94

## INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que se plantea consiste en determinar si el fiador, garante de la obligación que surge del contrato de locación inmobiliaria, debe responder por los alquileres y demás gastos posteriores al vencimiento del contrato de locación suscripto y en qué medida.

Atento a la problemática señalada, es preciso poner de relieve en primer término que en la jurisprudencia argentina hay soluciones dispares. Así en los autos caratulados “González, Arístides c/ Tello, Rodolfo Carlos y otro” el actor promovió juicio ejecutivo por cobro de alquileres contra Rodolfo Carlos Tello, en su carácter de locador y Virginia Paula Fascetto, como fiadora. La fiadora garantizaba el cumplimiento de las obligaciones, por el tiempo que dure la ocupación. Vencido el plazo, el locador continuó en la locación, prorrogándose tácitamente el contrato. Se deja de abonar el monto de alquiler y se demanda al locatario y fiador el cobro. La fiadora opone excepciones al cobro del mismo. En este caso, la Corte Suprema de Justicia hace lugar al reclamo de la fiadora, no correspondiendo que se le cobre por haber vencido el plazo de locación.

Sin embargo, en otro fallo. “Anaya de Diacinti, Elda c/ Gamboa Eduardo y otros. Cobro de alquileres”, la C.S.J.N. consideró que el garante debía responder por los cánones locativos devengados con posterioridad al vencimiento del contrato, ya que antes de la finalización del contrato de locación, el locador y el fiador habían celebrado un convenio, por el cual el locador manifestaba su voluntad de no arrendar nuevamente el inmueble a la locataria incumplidora y el garante se hacía responsable de la restitución del bien en tiempo y forma.

Considerando esta apertura de criterios en causas como las mencionadas es que se ha generado el interés por indagar en las restantes fuentes jurídicas como lo son la doctrina y la legislación como también profundizar en los fundamentos dados por los decisorios jurisdiccionales para arribar a tal conclusión. Y es por tanto que la investigación que se formula pretende indagar en los argumentos o sustentos normativos y doctrinarios si hoy, luego de la sanción del Código Civil y Comercial el fiador debe responder por obligaciones contraídas luego de extinguido el contrato suscripto.

La conveniencia de mi investigación es esclarecer los puntos grises o poco claros que presenta la extensión de la responsabilidad del fiador vencido el contrato de locación., echar luz sobre dicha problemática. La relevancia social que presenta este tema es dar

certeza jurídica a los potenciales fiadores, logrando así una adecuada tutela de su persona y patrimonio. Por consiguiente, colaboraría con la dinámica de las relaciones comerciales. También permitiría colaborar con la función interpretativa del juez ante futuras controversias que puedan surgir.

Como objetivo general de mi trabajo, busco determinar el alcance de la responsabilidad del fiador por la recepción de pagos vencido el contrato de locación suscripto entre las partes y discernir si existe conflicto de intereses entre el art. 1218 Código Civil y Comercial último párrafo y el art. 1225 2do párrafo Código Civil y Comercial.

Dentro de los objetivos específicos, intento determinar el concepto de fianza; explicar derechos y deberes del fiador; analizar las causales de extinción del dicho contrato. Determinar los requisitos de la continuidad del contrato de locación y su relación con la fianza.

Otro objetivo esencial consiste en precisar el alcance del art. 1218 último párrafo Código Civil y Comercial y el contenido del art 1225 segundo párrafo Código Civil con las posturas doctrinarias relevantes. Analizar jurisprudencia concordante y reseñar la evolución legislativa de la responsabilidad del fiador vencido el contrato de locación.

### **Planteamiento tentativo de la hipótesis de trabajo**

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta en el art. 1225 la postura del derogado art 1582 bis. Del mismo surge claramente que la fianza caduca al momento de vencer el plazo convencional del contrato, requiriéndose el consentimiento expreso del fiador para la prórroga o renovación del contrato concluido. Con relación a la recepción de pagos posteriores al vencimiento de la locación hay varias razones para entender que el fiador no respondería, si no prestó consentimiento expreso. También hay calificadas razones para entender que no habría conflicto de intereses entre los artículos 1218 y 1225 Código Civil y Comercial

Para demostrar esto es que en el siguiente trabajo responderemos los siguientes interrogantes: ¿Cuáles serían las características esenciales y los requisitos formales que presentan la figura de la fianza y el contrato de locación? ¿Qué antecedentes legislativos nacionales existen en nuestro país? ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la regulación tal cual está planteada en el texto normativo? ¿Hay vaguedad terminológica en el último

párrafo del art. 1218 Código Civil y Comercial? ¿La recepción de pagos vencido el contrato de locación implica renovación o prórroga del contrato concluido?

## CAPÍTULO I

### Definiciones y conceptos generales

En este capítulo voy a caracterizar a los contratos de fianza y locación, detallando concepto, caracteres, objeto, efectos, etc. de ambos contratos. Finalizando el capítulo hago hincapié en el carácter accesorio de la fianza.

#### Contrato de Fianza

##### 1.1 Concepto

Código Civil y Comercial (Art 1574): “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”.

Se trata de una relación jurídica que tiene sus contornos triangulares. Dos de sus vértices están constituidos por las partes contratantes (fiador y acreedor); el tercero se ubica en la persona del deudor, quien, aunque no es parte en el negocio, resulta interesado en él, lo que explica que, estadísticamente; la fianza suele contratarse a instancias del deudor (López de Zavalía,1995)

El fiador contrae una obligación accesorio, según lo establece el art. 856 CCC cuya existencia dependerá de otro vínculo obligacional, es decir de una obligación principal que será la que celebraron el acreedor (parte del contrato de fianza) y el deudor.

##### 1.2 Caracteres

El contrato de fianza es:

- a) Consensual: el contrato de fianza quedará perfeccionado por el mero consentimiento de las partes y, en consecuencia, producirá sus efectos propios a partir de aquel momento.
- b) Formal: el art. 1579 del CCC, establece que el contrato de fianza debe convenirse por escrito. En el caso, se trata de una formalidad ad probationem, puesto que es exigida como un medio de prueba de su celebración (art. 969 del CCC).
- c) Gratuito: como expresa la doctrina mayoritaria, la fianza es gratuita por cuanto el fiador asegura a la otra parte una ventaja que resulta independiente de toda prestación del

acreedor. Algunos autores, como López de Zavalía (1995) consideran que, si el contrato asegurara al fiador alguna remuneración por el servicio de garantía prestado al acreedor, no sería fianza sino un seguro de caución. En idéntico sentido, la circunstancia de que el deudor pague alguna retribución al fiador para que éste celebre el contrato, no modifica el carácter gratuito de la fianza, puesto que, aquél resulta ajeno al negocio, el cual se celebra entre el fiador y el acreedor.

d) Unilateral: el contrato de fianza produce obligaciones sólo para el fiador, pues la única obligación que nace del negocio es la de responder ante el acreedor por el eventual incumplimiento del deudor principal. No contradice lo expuesto, la existencia de deberes secundarios a cargo del acreedor, por cuanto técnicamente no son obligaciones.

e) Accesorio: este carácter se desprende de la propia definición del contrato de fianza, como así también del art. 1575 del CCC. La accesoriedad es con relación a la obligación principal que le sirve de causa, e incluso persiste en el caso del fiador principal pagador (art. 1591 del CCC). Garrido y Zago (1988) enseñan que este carácter es esencial a los fines de su individualización y caracterización.

f) Subsidiariedad: refiere puntualmente al modo en que debe proceder el fiador frente al pago. Como se dijo, éste responderá luego que el acreedor agote todos los bienes del deudor. López de Zavalía (1995) señala que la subsidiariedad no desaparece cuando la fianza es solidaria. En este caso, no habrá entonces el beneficio de excusión, pero será preciso que el acreedor requiera previamente al deudor (art. 1590 del CCC).

### 1.3 Elementos esenciales

**Consentimiento:** como contrato consensual, se requerirá para su perfeccionamiento el consentimiento del acreedor y del fiador, exclusivamente. El deudor, titular de la obligación principal, es tercero ajeno al negocio contractual y, por tanto, no se exigirá su consentimiento.

**Objeto:** la propia definición del contrato se desprende que las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer pueden ser objeto de la fianza. Cuando la obligación a afianzar es de entregar cosa cierta, o algún hecho que sólo el deudor puede cumplir, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inexecución. Frente a estos últimos supuestos, el fiador tiene la facultad, no la obligación, de entregar la cosa de que se trate, pero si se encuentra imposibilitado de hacerlo por la naturaleza propia de la prestación,

cumplirá con su obligación satisfaciendo los daños ocasionados por el incumplimiento del deudor principal.

Conforme el art. 1575 del CCC, la obligación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, puesto que si fuese superior se reducirá a los límites de la obligación principal. La disposición citada encuentra su razón de ser en el carácter accesorio del contrato de fianza.

Con relación al tipo de obligaciones que pueden ser afianzadas, el art. 1577 del CCC establece que toda obligación, sea actual o futura, puede ser afianzada, incluso, añade las obligaciones del fiador pueden ser objeto del contrato de fianza. En este sentido, la norma dispone que el que afianza a un fiador gozará del beneficio de excusión respecto de éste y del deudor principal (art. 1585 del CCC).

En el caso de que se afiance una obligación futura, el contrato de fianza deberá tener un objeto determinado o determinable mediante un procedimiento estipulado por las partes al efecto, aun cuando la ventaja futura sea incierta y su cifra indeterminada.

**Causa:** en el contrato de fianza, la causa-fin objetiva consiste en asegurar el cumplimiento de obligaciones. Es decir, satisfacer una prestación ante el eventual incumplimiento del deudor principal. Ello no excluye otras finalidades que pueden incluso coexistir con la garantía que el fiador otorga en favor del acreedor. Por su parte, el ánimo de liberalidad del fiador tiene la función de los motivos relevantes, puesto que el móvil del fiador se hallará en la relación mantenida con el deudor.

**Forma:** al desarrollar los caracteres, anticipamos que la fianza es un contrato formal, por cuanto la forma ha sido determinada por la ley como formalidad ad probationem. En efecto, el Código Civil y Comercial dispone que la fianza deberá celebrarse por escrito a los fines de acreditar su celebración (art. 969 del CCC).

**Prueba:** el contrato de fianza podrá ser acreditado por cualquier medio probatorio, aplicándose a tal fin las reglas generales sobre prueba previstas en el Código Civil y Comercial.

#### **1.4 Garantías reales y personales**

Personales: son aquellas que afectan el patrimonio de una persona, aunque no determinados bienes individuales de ese patrimonio. La fianza es la garantía personal por excelencia

Reales: son aquellas que afectan determinados bienes y dan lugar a la constitución de derechos reales de garantía como la prenda e hipoteca.

### **1.5 Partes contractuales: acreedor y fiador. Capacidad.**

Las partes que lo conforman son el acreedor, de la obligación principal, y el fiador. La persona del deudor principal es ajena a este contrato, por lo que su aceptación no tiene relevancia.

Para afianzar obligaciones, las partes deben tener capacidad de ejercicio y de derecho. Deben ser capaces de ejercicio; por lo tanto, deben tener más de 18 años, según el art. 24 del Cód. Civil y Comercial. Con respecto a las personas emancipadas, deberá recordarse que, por disposición del art. 28 del Código Civil y Comercial se estipula lo siguiente: “La persona emancipada, no puede, ni con autorización judicial (...) afianzar obligaciones”. Aquellos que sean menores de edad y han recibido un título habilitante para el ejercicio de una profesión «pueden ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tienen la administración y disposición de los bienes que adquieren con el producto de su profesión», (art. 30 del Código Civil y Comercial.)

También deberá tenerse en cuenta la capacidad general de una persona, porque se presume que sus limitaciones son de carácter excepcional, y que tanto para personas con capacidad restringida e inhabilitados, la sentencia será la que defina su aptitud.

La incapacidad para contratar se encuentra regida en los supuestos establecidos en los arts. 1000 a 1002 Cód. Civil y Comercial, que se refieren a la imposibilidad de pedir reembolso por la parte capaz que haya celebrado el contrato, salvo enriquecimiento; imposibilidad de contratar para aquellos que están impedidos para hacerlo conforme disposiciones legales y la enumeración de inhabilidades especiales (funcionarios, jueces, abogados, entre otros).

La única regla que trata la capacidad en materia de fianza es la del art. 1576, que establece lo siguiente: «El fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor».

Independientemente de que el fiador conozca la incapacidad que aqueja al deudor principal, no puede excusar su responsabilidad. Aquí hay una alteración del principio, por el cual la obligación accesoria sigue la suerte de su principal. El contrato del fiador es un contrato individual y sólo puede ser pedida la nulidad por el incapaz, en el principal, pero nunca por el fiador que ha asumido dicha obligación de pago.

En el Código Civil y Comercial comentado de Lorenzetti (2015) se expresa que se entiende que el tipo de incapacidad debe ser de hecho y no de derecho. Y, asimismo, sigue el temperamento adoptado en el Código anterior, pero en el caso, es inoperante que conozca o no la incapacidad del obligado principal.

De más queda por decir que el fiador ha asumido su propio contrato, en el cual la figura del deudor principal no tiene relevancia.

### **1.6 Clases de Fianza**

Históricamente, la doctrina clasifica a la fianza en:

- a) convencional, legal y judicial
- b) simple, solidaria y principal pagador

Fianza convencional, legal y judicial

- a) Fianza convencional: es la que nace como consecuencia del acuerdo celebrado entre las partes, es decir, de su libre voluntad. Por el contrario, López de Zavalía (1995) entiende que no es convencional porque se concrete en un contrato de fianza, sino porque la necesidad de presentar fiador proviene de un contrato celebrado entre el acreedor y el deudor. En efecto: el deudor, por contrato con el acreedor, puede obligarse a proveer fiador, es decir, a presentar un fiador. Ese contrato previo, en el que el deudor es parte, no es un contrato de fianza; es un contrato innominado.

No compartimos el criterio expuesto por López de Zavalía (1995), porque si bien la fianza se realiza a pedido del deudor que la necesita para celebrar un contrato, lo cierto es que siempre será constituida por el contrato celebrado entre el acreedor y el fiador. (Centanaro, 2015)

- b) Fianza legal: es la prescrita por la ley. En esos casos, la propia ley dispone que el deudor presente fiador. Los casos de fianza legal se encuentran diseminados en las distintas leyes. Un buen ejemplo de ello lo proporciona el art. 2139 del CCC sobre la fianza que debe prestar el usufructuario.

- c) Fianza judicial: son las ordenadas por un juez en virtud de una norma que lo faculta a establecerla. La obligación de prestarla recién surge cuando el juez la requiera dentro de un proceso judicial. Se puede encontrar este tipo de fianza en los códigos de procedimiento, a fin de garantizar los posibles perjuicios que la medida ordenada en el proceso pueda ocasionar a una de las partes litigantes.

Fianza simple, solidaria y fianza como principal pagador

a) Fianza simple: constituye el principio general, pues cuando alguien se obliga como fiador, sin otra aclaración, la fianza es simple. Es decir, si las partes no señalan el tipo de fianza que han celebrado, se entiende que se ha instituido una fianza simple. En esta clase, el fiador goza de los llamados beneficios de excusión y de división, que son sus notas distintivas y la diferencia de la fianza solidaria y el fiador principal pagador.

Beneficio de excusión: el art. 1583 del CCC establece que: "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". En virtud de este beneficio, el acreedor debe ejecutar todos los bienes del deudor principal, para luego poder requerir, en caso de no obtener la cancelación total de su crédito, el cumplimiento del fiador.

Es una clara consecuencia de la subsidiariedad de la fianza. Como señala el profesor Rodríguez (2005) "constituye una excepción dilatoria de naturaleza sustancial, por lo que requiere la invocación del fiador". El presente beneficio, al no ser un instituto de orden público, será disponible por las partes.

En efecto, el Código enumera una serie de supuesto en los cuales su aplicación resulta improcedente por voluntad de las partes, a saber: a) cuando el fiador ha renunciado expresamente a éste (v. art. 1584 inc. d del CCC); b) cuando la fianza fuese solidaria (art. 1590 del CCC); c) cuando el fiador se obligó como principal pagador (art. 1591 del CCC). Asimismo, existen otros supuestos en los cuales el fiador no podrá invocar este beneficio (art. 1584 del CCC), verbigracia: a) cuando el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra; b) cuando el deudor principal no puede ser demandado judicialmente en el territorio nacional o carece de bienes en la República; c) cuando la fianza es judicial.

Ahora bien, como excepción dilatoria, el beneficio de excusión deberá incoarse al contestar la demanda. No obstante, podrá plantearse posteriormente si el deudor adquiriese bienes durante el proceso judicial o luego de contestar la demanda. Por último, opuesta esta defensa, el acreedor deberá excutir los bienes del deudor y sólo ejecutar el saldo impago contra el fiador, si es que existiese.

Beneficio de división: en los casos de cofiadores, el art. 1589 del CCC establece que cada uno de ellos responderá por la cuota a la que se han obligado, no pudiendo el acreedor exigirles más de lo que corresponda. Si nada se ha estipulado con relación a la cuota que se deba, todos responderán por partes iguales. Tal como acontece con el beneficio de

excusión, no funciona de pleno derecho sino a requerimiento del fiador interesado, que será aquél a quien el acreedor le quiera cobrar un monto mayor al que se encuentra obligado a cancelar. El presente beneficio, al no ser un instituto de orden público, será disponible por las partes, y, en consecuencia, la norma faculta al fiador a su renuncia.

En el marco reseñado, corresponde señalar, en cuanto a la insolvencia en que pudiera recaer alguno de los cofiadores, que el Código Civil (ley 340) asimila la situación de los cofiadores a la de los deudores de obligaciones simplemente mancomunadas y divisibles (art. 2024 in fine); en cambio, el Código Civil y Comercial (ley 26.994), al tratar el beneficio de división establecido en el art. 1589 del CCC, dispone especialmente que la porción correspondiente al insolvente será soportada por los restantes fiadores (art. 1595 CCC), apartándose así del régimen general contenido en los arts. 825, 826 y 808 del CCC, en ese orden, donde los codeudores no responden por la insolvencia de los restantes.

En suma, de lo expuesto se desprende con meridiana claridad que los efectos en ambos regímenes serían disímiles.

b) Fianza solidaria: la regla general es que la fianza es simple, puesto que la solidaridad no se presume. De acuerdo con el art. 1590 del CCC, la fianza podrá ser solidaria cuando así se convenga expresamente o cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión. Solidaridad de fuente convencional: la estipulación contractual debe ser clara, puesto que en caso de duda se considerará que las partes han celebrado una fianza simple.

Renuncia al beneficio de excusión: éste es un modo indirecto de solidaridad, conforme al artículo citado precedentemente. La fianza solidaria no engendra una obligación solidaria del fiador para con el deudor. Sin hacer mayores aclaraciones, debemos mencionar que la fianza es una obligación accesoria y subsidiaria, establecida como garantía de la obligación principal; y, por el contrario, la obligación solidaria es directa y principal respecto de todos los obligados. Por su parte, las obligaciones solidarias tienen su origen en una causa única, circunstancia que no acontece en la fianza solidaria, en cuanto las obligaciones, tanto del deudor principal como del fiador, nacen de fuentes disímiles.

c) Fianza como 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. Para que exista esta figura, deberá pactarse expresamente; siendo la cláusula de interpretación restrictiva, dado que en caso de duda se entenderá que no ha contratado con estos alcances. En

esta clase de fianza, se pierda la subsidiariedad, pero se mantiene la accesoriedad, que constituye la característica distintiva de cualquier tipo de fianza.

### **1.7 Extensión de la fianza**

Art. 1580 CCC” 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”

La norma prevé la posibilidad de pactar en contrario a ella. Es decir, que el fiador puede, si así lo pacta, garantizar solamente la obligación principal excluyendo de la garantía los accesorios y los gastos que demande su cobro.

Si la obligación afianzada es de dar dinero, los accesorios de la obligación son los intereses moratorios en caso de mora del deudor (art. 768 CCC). El art. 1580 CCC 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 CCC 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. (Lombardi, 2015)

En cuanto a la “razonabilidad” de los gastos demandados para obtener el cobro creemos que respecto a las costas judiciales no hay controversia posible, pues están aprobadas en la liquidación aprobada por el juez, quien también regula los honorarios de los profesionales intervinientes. En el caso de los gastos extrajudiciales, estos comprenderán las cartas documentos para intimar al pago, los gastos de mediación, como así también los honorarios de los profesionales intervinientes en este proceso. (Lombardi, 2015)

## **1.8 Efectos**

### **1.8.1 Entre fiador y acreedor**

Obligaciones del fiador: el fiador desempeña el papel de garante del deudor principal. Si éste no cumple, el deberá hacerlo. Por cumplimiento debe entenderse hacer efectiva la obligación en el modo, lugar y tiempo convenidos.

La obligación del fiador tiene carácter accesorio y subsidiario, por esta razón cuenta con los siguientes recursos:

- a- Podrá exigir al acreedor que sólo dirija su pretensión en su contra una vez que se haya excutido los bienes del deudor. Si estos bienes sólo alcanzan para un pago parcial, podrá, entonces, el acreedor demandar al fiador, pero sólo por el saldo
- b- Si los fiadores son varios, sólo está obligado a pagar su parte, ya que responde por la cuota a la que se ha obligado. Si no hay nada convenido, se entienden que responden por partes iguales. Esto se denomina “principio de división” y es un beneficio renunciable por los fiadores. No opera de pleno derecho y el fiador interesado debe oponerlo cuando se le reclame más de lo que le corresponde.
- c- A diferencia del beneficio de excusión puede ser interpuesto en cualquier estado del pleito
- d- Puede oponer todas las defensas y excepciones propias y las que podría oponer el deudor principal, aunque éste las haya renunciado. (art. 1583,1587 y 1589 CCC)

### **1.8.2 Efectos entre fiador y deudor**

La relación jurídica entre el fiador y el deudor nace como consecuencia del cumplimiento de la obligación principal por parte del fiador. Cuando el fiador paga o cumple con su prestación podrá subrogarse en los derechos del acreedor y exigir del deudor principal el reintegro de lo que ha abonado o entregado, más sus intereses (art. 1592 del CCC). No obstante, la ley otorga al fiador —previo a la cancelación de su obligación— determinados derechos frente al deudor. A continuación, examinaremos cada uno de los escenarios descriptos.

### **1.8.3 Derechos previos al pago**

Con antelación al pago de la deuda principal, el art. 1594 del CCC dispone que el fiador podrá solicitar el embargo de los bienes del deudor u otra garantía 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.

Claro está que el fiador podrá ejercer este derecho, únicamente si no ha dado cumplimiento de la obligación afianzada, puesto que de lo contrario se subrogaría en los derechos del acreedor para perseguir el cobro.

Examinemos, brevemente, cada uno de los supuestos señalados

- a) Si es judicialmente demandado al pago: verificada esa situación, sin necesidad de haber sido condenado, el fiador simple podrá hacer valer el beneficio de excusión o, en su defecto, embarga los bienes del deudor a fin de garantizarse el resarcimiento en caso de que abonase la deuda.
- b) Si vencida la obligación el deudor no la cumple: por la misma finalidad que se acaba de indicar, el fiador podrá tratar de asegurarse el resarcimiento para el hipotético caso de que deba abonar el importe de la obligación afianzada.
- c) Si el deudor se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace: encuentra su fundamento en el incumplimiento del deudor de la obligación a exonerarlo de responder vencido el término acordado a tal fin. A nuestro criterio, esta obligación tendrá virtualidad si obtuviese el consentimiento del acreedor, ya que el deudor deberá constituir otra garantía en favor de aquél.
- d) Si han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso: quedan comprendidas tanto obligaciones de duración o de ejecución continuada como de ejecución diferida. Para que el fiador pueda ejercer este derecho es necesario que la obligación no tenga un plazo fijo de duración para su cumplimiento y que la naturaleza de la obligación principal no esté sujeta a extinguirse en tiempo determinado.
- e) Si el deudor asume riesgos distintos a los propios del giro de sus negocios, disipa sus bienes o los da en seguridad de otras operaciones. Tiende a proteger al

fiador de la posible insolvencia del deudor y protegerlo contra operaciones que atenten con la integridad del patrimonio de éste.

f) Si el deudor pretende ausentarse del país sin dejar bienes suficientes para el pago de la deuda afianzada: la norma lo faculta a ejercer este derecho debido a la dificultad que debería afrontar para llevar adelante la acción contra el deudor tendiente a recuperar lo abonado y debido por aquél.

#### **1.8.4 Derechos posteriores al pago efectuado por el fiador**

El fiador que paga la deuda principal que el deudor originario no satisfizo, tendrá acción de repetición contra aquél a fin de obtener lo abonado, más su interés y, asimismo, reclamar los daños ocasionados como consecuencia del contrato de fianza celebrado (v. art. 1592 del CCC).

El fundamento de esta acción es el pago con subrogación (arts. 914 y 915, inc. a del CCC), lo que justifica que no sea necesaria la cesión del crédito del acreedor hacia el fiador para poder repetir. Por el mismo efecto subrogatorio, pasan al fiador reclamante todos los derechos y acciones del acreedor, como los accesorios del crédito (art. 918 del CCC).

En razón de ello, el fiador puede reclamar el reembolso de lo pagado más sus intereses y la indemnización de otros daños que hubiera sufrido (art. 1592 del CCC). Sobre este último punto, la regulación se aparta de la normativa del pago por subrogación y por una razón de equidad le acuerda esta acción para que pueda perseguir el resarcimiento de todo perjuicio patrimonial sobrevenido con motivo de la fianza.

La ley brinda determinadas soluciones para algunas hipótesis específicas que pueden presentarse en relación con la cuestión que estamos analizando. Entre ellas: a) el deudor puede oponer al fiador que paga sin su consentimiento todas las defensas que tenía contra el acreedor; y b) si el deudor ha pagado al acreedor antes de tener conocimiento del pago hecho por el fiador, éste sólo puede repetir contra el acreedor.

#### **1.8.5 Efectos entre los cofiadores**

El Código Civil y Comercial dispone, como regla general, que todos los cofiadores son coobligados mancomunados, de modo que cada uno de ellos afianza una parte de la deuda. Debido a ello, el cofiador que cumple la obligación accesoria en exceso de

la parte que le corresponde, queda subrogado en los derechos del acreedor contra los otros cofiadores (art. 1595 del CCC).

En el caso especial de que uno de ellos resultare insolvente, cada uno de los cofiadores está obligado no sólo a pagar su cuota parte sino también la proporcional a la porción insatisfecha por el insolvente (pérdida). De ese modo, el acreedor —o, por subrogación, el coobligado que hubiere pagado en exceso— tendrá derecho al cobro con esos mismos alcances. Lo expresado equivaldría a decir que existe solidaridad entre los cofiadores exclusivamente respecto de la porción correspondiente al coobligado insolvente que la ley denomina "pérdida"

### **1.9 Carácter accesorio de la fianza**

Artículo 856 CCC “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”

La obligación es principal cuando existe por sí misma, independientemente de cualquier otra vinculación obligatoria. La obligación y los derechos son accesorios, cuando dependen de otra obligación principal o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor.

El art. 856 CCC incluye tanto a las obligaciones accesorias como a los derechos accesorios. La interdependencia entre la principal y la accesorio constituye un ámbito de excepción, por lo cual, en caso de duda, se deberá estar al carácter principal de la obligación.

#### **1.9.1 Casos de obligaciones y derechos accesorios**

Hay obligaciones accesorias con relación al objeto: cuando se contraen para asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Es el caso de la cláusula penal.

Otras obligaciones son accesorias con relación a las personas: cuando para garantizar el cumplimiento de la prestación, al sujeto pasivo se le agrega un tercero en calidad de sujeto pasivo accesorio. Es el caso de la fianza, tema tratado en la presente tesis.

Los derechos accesorios que pueden ser constituidos por el propio deudor o por terceros, como en el caso de la prenda y de la hipoteca. (Renato Rabbi y Baldi Cabanillas, 2014)

## **1.9.2 Principios que rigen la fianza como obligación accesoria**

### **1.9.2.1 Principio de dependencia**

La fianza cumple una función económica de garantía. La obligación del fiador se explica porque apunta a garantizar otra obligación. (López de Zavalía, 1995)

Dicho principio surge del concepto de fianza (art. 1574 CCC)

El contrato de fianza constituye una garantía personal, por el cual el fiador se obliga a satisfacer la obligación contraída por el deudor, en el caso de que este no lo hiciera en el tiempo y modo convenidos con el acreedor (Lombardi. 2015).

La fianza es un contrato accesorio, que como tal sufre las vicisitudes del contrato principal al cual está subordinado. (Lombardi, 2015)

Y de allí las consecuencias que el mismo texto prevé: si la obligación principal nunca existió, o estaba ya extinguida al tiempo en que se otorgó la fianza, o derivaba de un contrato nulo, o que siendo solo anulable ya estaba anulado, la fianza es nula, y si la obligación principal deriva de un contrato anulable, la fianza es anulable. Estamos ante la aplicación de la regla "lo accesorio sigue la suerte de lo principal"

### **1.9.2.2 Nulidad**

Un contrato de fianza puede ser nulo o anulable por vía principal. Eso está fuera de discusión. De lo que aquí se trata es de la nulidad o anulabilidad por vía de consecuencia, debido a los vicios del negocio jurídico que es causa fuente de la -obligación principal. (López de Zavalía, 1995)

El art. 1994 Código Civil sólo menciona la nulidad y la anulabilidad. Anulable el negocio principal, es anulable la fianza; nulo el negocio principal, es nula la fianza.

Pero también hay otra clasificación de las nulidades que debe tenerse en cuenta: nulidad absoluta y nulidad relativa. Y ella interesa para saber quién puede invocar la nulidad o la anulabilidad. Si la nulidad es absoluta, el vicio del negocio principal podrá ser invocado

por el fiador, y entonces se cumplirá a la letra eso de que la nulidad o anulabilidad del negocio principal traerá el de la fianza. (López de Zavalía, 1995)

Pero si la nulidad es relativa, ¿podrá alegarla el fiador? En nuestro sistema, la respuesta es afirmativa (art.2022 CC).

Tan sólo que, a entender de López de Zavalía (1995) corresponde hacer un distingo:

a) Mientras el vicio que acarrea la nulidad relativa no haya sido superado, podrá alegar la nulidad cualquier fiador.

b) Confirmado el acto, podrán seguir alegando la nulidad, tanto el fiador simple como el solidario, pero no ya el fiador principal pagador.

La regla general según la cual la nulidad (o anulabilidad) de la obligación principal trae la nulidad (o anulabilidad) de la obligación del fiador, reconoce una excepción consagrada por el mismo art. 1994 CC "Pero si la causa de la nulidad fuese alguna incapacidad relativa al deudor, el fiador, aunque ignorase la incapacidad, será responsable como único deudor".

Dicho precepto se reproduce en el art. 1576 CCC:" Incapacidad del deudor. El fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor.

En el caso de que el fiador quisiera oponer al acreedor la incapacidad del deudor al momento de celebrar el contrato principal, la norma en estudio se lo veda explícitamente.

En primer lugar, el fiador no es parte en el contrato celebrado entre el acreedor y el deudor afianzado, por lo que el contrato de fianza es válido pues se celebró entre el acreedor y el fiador, ambos con capacidad para la celebración. Además, la ley le otorga solamente al incapaz la facultad de pedir la nulidad del contrato, el fiador no tiene legitimación para solicitarla. Observamos entonces que el contrato de fianza es un contrato accesorio a otro contrato principal, pero que sigue las vicisitudes de ese contrato principal; para que el contrato de fianza sea declarado nulo es necesario declarar la nulidad del contrato principal en primer término. La nulidad del contrato principal por causa de incapacidad para la celebración únicamente la puede solicitar la parte incapaz y ninguna otra. (Lombardi, 2015).

### 1.9.2.3 Principio de identidad. Límites

At 1575 CCC:” 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.”

La fianza es un contrato accesorio y subordinado al contrato principal que le da origen. En virtud de esa accesoriedad, el fiador solamente se obliga a satisfacer la prestación debida por el deudor o a una menor que ella, pues, en el caso de que la obligación del fiador fuese más onerosa que la del deudor principal, estaría desnaturalizada la fianza, convirtiéndose en una obligación principal. Es un límite cuantitativo del carácter accesorio del contrato de fianza.

El artículo en comentario alude a la posibilidad de que el fiador se obligue, mediante una fianza parcial, a garantizar solamente una parte de la obligación asumida por el deudor en el contrato principal. Así el fiador se obliga por menos y en caso de incumplimiento queda obligado hasta el monto afianzado o al porcentaje de deuda asumida según sea el caso.

Se suprimió el criterio interpretativo que disponía en el régimen anterior que en caso de duda sobre si el fiador se obligó a menos o por otro tanto de la obligación principal se presumía que se había obligado por la misma extensión que el deudor principal. Sobre esta pauta interpretativa habían recaído críticas que sostenían que la solución no armonizaba con el criterio pro libertate del derecho obligacional como así también que tampoco se adecuaba a las reglas hermenéuticas objetivas propias de los contratos predispuestos y de consumo en general aplicables a la fianza. (Hernández, Carlos en “Código Civil comentado, “Contratos Parte Especial II”; Lorenzetti, Rubinzal-Calzoni, Santa Fe, 2006, pág. 642; comentario al art. 1995.)

Apoyado en el principio de conservación de los actos jurídicos, el legislador dispone que, en el caso de inobservancia del límite dispuesto para la fianza, ésta no quedara inválida, sino reducida a la prestación asumida por el deudor principal.

El art. 1575 CCC también considera la posibilidad de que el fiador constituya, a su vez, garantías en cumplimiento de su obligación de afianzar al deudor principal. Estas garantías. pueden ser reales (hipotecas o prendas de bienes propios del fiador) o personales accesorias a la obligación del fiador, otorgadas por terceros (subfianza).

En el caso de las garantías reales, el fiador otorga un privilegio al acreedor del deudor afianzado respecto de cualquier otro acreedor propio. Hay que considerar que el fiador ya respondía con el bien otorgado como garantía real porque el mismo forma parte de su patrimonio. Tampoco hay que perder de vista que el fiador responde solamente por el monto de la obligación asumida por el deudor en el contrato principal.

## **2. Contrato de Locación**

### **2.1 Concepto**

Código Civil y Comercial (art. 1187): “Contrato de locación es aquel en el que una parte se obliga a entregar a otra el uso y goce temporario de una cosa (parte denominada locador), a cambio del pago, por la otra de un precio en dinero (parte denominada locatario)

El contrato se configura con:

- La obligación del locador de conceder el uso y goce de una cosa.  
Leiva Fernandez (2014) delimita el concepto de uso como el referido a la utilización de la cosa misma dada en locación, y el de goce como el aprovechamiento o disfrute de los frutos o productos ordinarios de la cosa  
En el contrato de locación el locatario reconoce la posesión en cabeza del locador, detentando el mismo una tenencia sobre la cosa locada.
- La temporalidad en la concesión del uso y goce de la cosa dada en locación.
- La existencia de un precio en dinero. El pago del precio de la locación es una obligación esencial a cargo del locatario. Se aplican en subsidio las reglas de la compraventa en materia de precio.

### **2.2 Caracteres**

- a- Bilateral: en tanto genera obligaciones recíprocas para ambas partes, la entrega del uso y goce de la cosa y el pago de un precio
- b- Consensual: queda perfeccionado con el consentimiento de las partes
- c- Conmutativo: las ventajas para los contratantes son ciertas, no dependen de un acontecimiento incierto

d- Tracto sucesivo: porque es un contrato que tiene una duración y cuyos efectos se cumplen en el transcurso del tiempo.

Con relación a la forma, sólo se requiere por escrito con carácter ad probationem, “sin registración alguna ni más requisito para su oponibilidad que la fecha cierta”. (Leiva Fernandez, 2014)

Cód. Civil y Comercial (art. 1188) prevé: “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 hecha por escrito. Esta regla también se aplica a sus prórrogas y modificaciones.”

### **2.3 Naturaleza jurídica del derecho del locatario**

El derecho de locatario es un derecho de fuente contractual, en tanto nace del contrato celebrado entre partes (locador-locatario) y es personal. Sin embargo, tiene algunas características de los derechos reales: por ejemplo, en el caso de enajenación de la cosa locada, la locación subsiste durante el tiempo convenido, aunque la cosa locada sea enajenada. Con esto me quiero referir, que de ser por ejemplo vendido el inmueble locado, se debe respetar el contrato de locación antes suscripto, por la máxima que establece que “nadie puede transmitir a otro un derecho más extenso del que tiene”. El locatario como tenedor, al ser turbado en su tenencia tiene acciones para mantener la misma.

### **2.4 Objeto y Destino**

Código Civil y Comercial (art. 1192) establece el principio general: "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". Esto es, para que pueda ser objeto del contrato de locación, la cosa debe existir o, si es futura, sujeta a la condición suspensiva de que llegue a existir, cargando, en este caso y salvo pacto en contrario, el locador con el riesgo de que la cosa exista en el tiempo y condiciones estipuladas (conf. art. 1131, por remisión a las reglas de la compraventa contenida en el art. 1187).

Además, la cosa objeto del contrato debe ser determinada (en cuyo caso se aplicarán las reglas concernientes a las obligaciones de dar cosas ciertas) o, si bien

indeterminada, determinable (caso en que se aplicarán las reglas de las obligaciones de género, debiendo el deudor elegir una cosa de calidad media (art. 762 Código Civil y Comercial). Por ello, la indeterminación siempre es, en rigor, relativa: no es necesario especificar la individualidad de la cosa, pero sí, al menos, qué tipo o género de cosa pretende locarse (por ejemplo, no podría locarse un animal, pero sí un caballo de carrera). Además, como consecuencia de lo expuesto, también debe concluirse en que no pueden ser objeto del contrato de locación las cosas consumibles (salvo que se hubiese pactado un uso anormal de ellas que no implique agotarlas; por ejemplo, entregar un vino muy raro para su exposición) puesto que su uso (característica del contrato de locación) conllevaría su extinción.

Por aplicación de los arts. 1187 CCC (2º párrafo) y 1132 CCC (venta de la cosa ajena), tampoco presenta inconvenientes la locación de la cosa ajena, puesto que la legitimación para disponer del uso y goce no coincide, necesariamente, con la de titularidad dominial; así, podría realizar un contrato de locación, por ejemplo, el propio locatario (supuesto de la sublocación, que veremos más adelante). Por último, el art. 1192 sienta la regla de que, salvo pacto en contrario, el contrato de locación también comprende los frutos y productos ordinarios de la cosa locada.

Si el objeto del contrato lo constituyen bienes del dominio público y el locador es "...una persona de derecho público..." (esto es, tanto la administración centralizada en cualquier de sus instancias —nacional, provincial o municipal— como descentralizada y entidades autárquicas (arts. 1193 y 146 CCC), el contrato quedará regido por las normas pertinentes del derecho administrativo, salvo en aquellos puntos no previstos y respecto de los cuales podrá acudir, en forma subsidiaria, al Código Civil y Comercial. Esta disposición incide fundamentalmente en la competencia: si se trata del Estado como locador, deberá intervenir el fuero contencioso administrativo, mientras que, si lo hiciese como locatario, en principio, deberían entender los tribunales ordinarios con competencia civil.

Los tres artículos siguientes regulan lo concerniente al destino o finalidad de la locación, dato característico y fundamental para la correcta interpretación funcional de la figura. En efecto, la determinación del destino de la cosa reviste sustancial importancia en el marco del contrato de locación puesto que, por ejemplo, la desviación respecto del destino fijado hace nacer la facultad del locador de dar por

extinguido el contrato y reclamar los daños y perjuicios correspondientes (arts. 1205 y 1219, inc. a). El principio general está establecido en el art. 1194 CCC: "El locatario debe dar a la cosa locada el destino acordado en el contrato". En defecto de convención expresa, las posibilidades están determinadas del siguiente modo: a) el destino que la cosa tenía al momento de locarse; b) el destino que se da a cosas análogas en el lugar donde ella se encontrase; y c) el destino que correspondiese a su naturaleza. Obviamente, la disposición presupone, según lo establece el art 1014 CCC, la causa lícita del contrato de locación.

Superado ello, la preeminencia al respecto la tiene la autonomía de la voluntad de las partes en relación con el destino fijado en el contrato (al que puede denominarse destino subjetivo). Ante la falta de una disposición expresa sobre ese punto, cobran relevancia los supuestos supletoriamente establecidos por la norma: esto es, el destino objetivo, en tanto se relaciona con la naturaleza de la cosa objeto del contrato (LORENZETTI). En este marco y de acuerdo con la regulación específica de este contrato, cobra especial relevancia lo atinente al destino habitacional; en efecto, el Código Civil y Comercial ha prestado particular atención a esta finalidad del contrato de locación de cosas.

Por ello es por lo que, (art. 1194 CCC) establece que, si el destino es mixto (es decir, si un inmueble se alquila para realizar una explotación comercial y, además, como vivienda), deberán aplicarse las normas correspondientes al destino habitacional (arts. 1196 y 1222 CCC); esto es lo que se conoce como tutela habitacional.

Así, a través de la primera, se proscribe la posibilidad de que se requiera al locatario: a) el pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes; b) depósitos de garantía o exigencia asimilables, por cantidad mayor al tiempo del importe equivalente a un mes de alquiler por cada año de locación contratado (por ejemplo, si el plazo de la locación es de dos años, no puede exigirse como depósito en garantía un valor superior a dos meses de alquiler); y c) el pago de valor llave o equivalentes (en tanto estos conceptos sí resultan característicos de los contratos de locación con destino comercial). Esta normativa es de orden público y, por tanto, las partes no podrían dejarla de lado ni aún a través de un pacto expreso.

## 2.5 Efectos de la locación

### 2.5.1 Obligaciones del locador

- La entrega de 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” (Art. 1200 Código Civil y Comercial)
- Conservación de la cosa.  
El locador debe conservar la cosa locada 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, o en la de sus dependientes o en hecho de terceros o caso fortuito.  
Si al efectuar la reparación o innovación se interrumpe o turba el uso y goce convenido, el locatario tiene derecho a que se reduzca el cañón temporariamente en proporción a la gravedad de la turbación o, según las características a resolver el contrato. (art. 55 Cód. Civil y Comercial)
- Pago de las mejoras:” El locador debe pagar las mejoras necesarias hechas por el locatario a la cosa locada, aunque no lo haya convenido, si el contrato se resuelve sin culpa del locatario, excepto que sea por destrucción de la cosa.” (art. 56 Cód. Civil y Comercial)
- La 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 locada, 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. (art. 1203 Cód. Civil y Comercial)
- La supresión de la falta de luminosidad del inmueble como vicio:” la pérdida de luminosidad del inmueble urbano por construcciones en las fincas vecinas no autoriza al locatario a solicitar la reducción de precio ni a resolver el contrato, excepto que medie dolo del locador.” (Leiva Fernandez,2014)  
El art 1605 del Código Civil de Vélez Sarfield consideraba vicio redhibitorio que el inmueble se vuelva oscuro por edificarse en predio lindero, esto era lógico porque la actividad productiva cesaba con la caída del sol, ya que no había luz eléctrica. Hoy ese planteo no es adecuado, ni tampoco considerarlo vicio

redhibitorio, ya que el defecto no se origina en la cosa objeto del contrato, sino en otra causa ajena cual es la construcción lindera inexistente al momento de contratar la locación. (Leiva Fernandez, 2014, p. 63)

### **2.5.2 Obligaciones del locatario**

- Prohibición de variar el destino: “el locatario puede usar y gozar de la cosa, conforme a derecho y exclusivamente para el destino correspondiente” (art. 1205 Cód. Civil y Comercial). No puede variarlo, aunque ello no cause perjuicio al locador.
- Conservación de la cosa en buen estado: 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. (art. 1206 Cód. Civil y Comercial)
- Reparaciones a la cosa:

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 dando aviso previo. (art. 1207 Cód. Civil y Comercial)

- Responsabilidad por el incendio de la cosa: En caso de destrucción de la cosa por incendio no originado en caso fortuito, también responde el locatario. En este sentido hubo un cambio de opinión, el art. 1572 del derogado Código Civil presumía *iuris tantum* que el incendio era un caso fortuito y ponía en cabeza del locador la carga de la prueba de lo contrario y la consiguiente responsabilidad del locatario, a quien le bastaba probar el incendio. Era una situación injusta y hacía falta adecuar la regla a las responsabilidades derivadas de la guarda de la cosa en cabeza del locatario. (Leiva Fernandez, 2014)
- Pago del 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” (art. 1208 Código Civil y

Comercial). A falta de convención, el pago debe ser hecho por anticipado: si la cosa es mueble, de contado y si es inmueble por periodo mensual

- Pago de las cargas y contribuciones por la actividad
- Obligación de 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 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. (art. 1210 Cód. Civil y Comercial)

### **2.5.3 Régimen de mejoras**

Brevemente, los arts. 1211 y 1212 CCC establecen el régimen, supletorio de la voluntad de las partes, en materia de mejoras, reemplazando el complejo y detallado sistema establecido en la legislación anterior. Como regla, el art. 1211 CCC estipula que el locatario podrá introducir las mejoras (sean ellas necesarias, útiles o suntuarias) que le permitan llevar adelante el uso y goce concedidos por el contrato. Ello es así, excepto que: a) existiese pacto expreso en contrario (como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes); b) las mejoras alterasen la substancia o la forma de la cosa locada (puesto que ello resulta una facultad del locador y no del locatario, mero tenedor); y c) hubiese sido interpelado a restituir la cosa por el locador.

Ahora bien, para reclamar por la realización de mejoras, la regla es que el locatario podrá hacerlo respecto de las necesarias, pero no en relación con las útiles ni suntuarias. Tal regla reconoce como excepción:

Art. 1202 CCC: “El locador debe pagar las mejoras necesarias hechas por el locatario a la cosa locada, aunque no lo haya convenido, si el contrato se resuelve sin culpa del locatario, excepto que sea por destrucción de la cosa”

Art. 1207 CCC: “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”

Si las partes hubiesen pactado la prohibición (general o particular) de introducir mejoras (art. 1212 CCC), se considerará que el incumplimiento de dicha prohibición importará violar la obligación de conservar la cosa en el estado en que se recibió (art. 1206CCC) por parte del locatario y, por tanto, autorizará al locador a extinguir, por resolución, la relación contractual (art. 1219, inc. b CCC).

Finalmente, en relación con las mejoras útiles o suntuarias cabe remitirse a lo establecido por el art. 1224 CCC “el locatario puede retirar la mejora útil o suntuaria al concluir la locación; pero no puede hacerlo si acordó que quede en beneficio de la cosa, si de la separación se sigue daño para ella, o separarla no le ocasiona provecho alguno. El locador puede adquirir la mejora hecha en violación a una prohibición contractual, pagando el mayor valor que adquirió la cosa”

## **CAPÍTULO II**

### **El derecho a la propiedad privada: derecho humano. Protección**

En un primer momento voy a tratar sobre el derecho a la propiedad como un derecho humano, que hace a la dignidad de la persona y a su posibilidad de realización, tratando los límites al mismo

En un segundo momento voy a hacer referencia a un medio de protección de la propiedad privada. Las personas, como titulares del derecho de dominio, en el contexto de este trabajo, sería un inmueble, pueden usar, gozar y disponer del mismo. En el ámbito de esas facultades puede locar el inmueble, y como medida de seguridad del pago del monto debido por el locatario, se constituye el contrato de fianza, como respaldo ante la insolvencia económica y otras vicisitudes que puedan surgir. Seguidamente, voy a relacionar ambos contratos anteriormente descritos.

### **3.Derecho a la propiedad**

#### **3.1 El derecho de propiedad como un derecho humano**

La categoría de derechos humanos se refiere a derechos que hacen a la dignidad de la persona, y cuyo respeto está íntimamente relacionado con la posibilidad de cada sujeto de poder realizar su plan de vida. Se trata de un núcleo vital de relaciones que no pueden ser alteradas legítimamente por un tercero.

El derecho de propiedad como derecho humano está conformado por dos aristas principales: la primera es ese grupo de cosas necesarias para el desarrollo del sujeto, mientras que la segunda es el producto de trabajo material e intelectual de la persona, es decir las cosas materiales e inmateriales que a partir de su interacción con el mundo externo son creadas o producidas.

Así, tener propiedad privada no es un fin en sí mismo, sino que es un elemento importante e insustituible para los individuos porque les es útil para lograr el desarrollo individual, convirtiendo al derecho de propiedad en un Derecho Humano.

Se ha dicho que “lo que el hombre es, lo que hace y lo que posee constituyen una unidad, de modo que una agresión contra sus pertenencias es una agresión contra su individualidad y su derecho a la vida.” (Pipes, Propiedad y libertad, 273)

El derecho de propiedad privada ofrece a los individuos la posibilidad de reconocer el esfuerzo propio, por sentirse responsable por los resultados que el esfuerzo procuró, da un sentido de dignidad y orgullo entender que son la capacidad y voluntad diaria de las personas las que les permiten obtener los medios para lograr la independencia y libertad personal, tal como lo expresaría Nicolás Avellaneda: “ La propiedad privada levanta la condición del hombre e imprime a su carácter la independencia que su vida asume, y como ha sido adquirida por el trabajo, que es un esfuerzo, y preparada por la economía, que es una precisión, le da la conciencia enérgica de sus facultades y de sus fuerzas. El propietario se reconoce dueño de su destino, porque ha luchado hasta realizar el sueño de su ambición y porque ha vencido” (Gregorio Badeni en “Reflexiones sobre la propiedad privada”, 901).

Hoy en día, el derecho a la propiedad privada se encuentra subordinada a los individuos, en el sentido que la propiedad dejó de ser el centro de la sociedad, dejó de ser el objetivo último de los sistemas jurídicos para transformarse en un medio para lograr el nuevo fin de los sistemas jurídicos que es la completitud de la persona, la posibilidad que cada ser humano logre desarrollar su propio proyecto de vida con las herramientas que la sociedad le provee. En una palabra, que las personas alcancen la felicidad. (Pipes, Propiedad y Libertad, página 64)

### **3.1.2 El derecho de propiedad en los instrumentos internacionales de derechos humanos**

“Toda persona tiene derecho a la propiedad, privada y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.” (artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Sin embargo, el derecho a la propiedad fue extremadamente controversial en muchos de los estados que redactaron la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

La controversia reflejaba la división ideológica de la Guerra Fría, entre los países democráticos y capitalistas, por un lado, y los Estados socialistas no democráticos, en el otro. Lamentablemente, las sospechas sobre la propiedad privada como un derecho humano fundamental persisten hasta hoy en día, en detrimento de la coherencia de los

derechos humanos como un concepto político que sirva de guía para la protección de las libertades fundamentales y de la prosperidad.

El primer borrador de la DUDH, preparado por el abogado canadiense (y socialista) John Humphrey (1973), priorizó la propiedad colectiva por sobre los derechos individuales de propiedad y se refirió únicamente al derecho a poseer “propiedad personal”. De acuerdo con el borrador de Humphrey, la posesión de empresas industriales, comerciales u otras de carácter lucrativo serían gobernadas por la legislación nacional – y el Estado podría regular la adquisición y uso de la propiedad privada. Esta fraseología fue inspirada y apoyada por países comunistas y latinoamericanos cuyas constituciones solo protegían la propiedad personal y dejaban al Estado en la libertad para regular los medios de producción.

Borradores posteriores, y la versión final, acomodaron las objeciones del Occidente. Pero mientras que los Estados Occidentales triunfaron en obtener una protección a la propiedad privada en la no legalmente vinculante DUDH, fracasaron en este esfuerzo cuando la Asamblea General adoptó el legalmente vinculante Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966. Una serie de subsiguientes convenciones internacionales “pilares” de derechos humanos, incluyeron cláusulas que prohíben la discriminación sobre la base de propiedad o en relación con la propiedad basándose en el sexo, religión, raza u otras categorías similares de una persona. Pero ninguna de estas convenciones incluye una legitimación independiente del derecho a la propiedad privada.

Inclusive la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), adoptada por las democracias liberales de Occidente en 1950, agregó el derecho a la propiedad (definido débilmente como el mero goce pacífico de posesiones) sólo como un protocolo adicional. La CEDH provee cierta protección contra la expropiación, pero le permite a los Estados un “margen de apreciación” sumamente amplio. Tanto la Convención Americana Sobre Derechos Humanos como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos protegen la propiedad privada, pero al igual que el caso con la CEDH, sus protecciones contra la expropiación y las confiscaciones regulatorias son débiles.

### **3.1.3 La importancia fundamental del derecho a la propiedad**

Este desarrollo es un rígido indicador de lo lejos que ha viajado el concepto de derechos humanos desde que los Estados Unidos se convirtió en el primer país fundado bajo la idea que todos los hombres poseen derechos inalienables.

La Declaración de Derechos de Virginia de 1776 (que inspiró la Carta de Derechos de EE. UU.) declaró la propiedad como un derecho inherente de todos los hombres, y el derecho a la propiedad es protegido por la Quinta Enmienda a la Constitución de EE. UU. Que el derecho a la propiedad fue considerado como una precondition para los derechos individuales queda claro en el ensayo de James Madison (1792) sobre la propiedad, en el que escribió: “El Gobierno ha sido instituido para proteger la propiedad de todo tipo; tanto aquella que subyace en los distintos derechos de los individuos, como aquella que el término particularmente expresa. Siendo éste el fin del gobierno, sólo ese es un gobierno justo, el que asegura imparcialmente a cada hombre, lo que es propio.”

Pero el énfasis en la propiedad como un derecho humano inalienable no fue exclusiva de los padres fundadores de Estados Unidos de aquel tiempo. La (primera) Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 expresa que “la propiedad es un derecho inviolable y sagrado.” La mayoría de las constituciones europeas de las democracias liberales incluyen cartas de derechos, frecuentemente inspiradas en las de Estados Unidos y Francia, que protegen el derecho a la propiedad privada.

Los fundadores americanos y los tempranos promotores europeos de la democracia liberal comprendieron que la protección legal de la propiedad privada contra la interferencia arbitraria crea una esfera de inviolabilidad que es necesaria para el goce de otras libertades, tal como la privacidad y las libertades de expresión, asociación, y religión. Si todos los hogares, medios de comunicación, organizaciones, e instituciones religiosas pertenecieran al Estado, el gobierno tendría la capacidad de controlar la mayor parte de las vidas de los ciudadanos, dirigir sus capacidades productivas, y silenciar la disidencia. En la medida que el entendimiento clásico del derecho a la propiedad incluye una obligación positiva, ésta se encuentra limitada a la adopción de un marco legal apropiado y a la protección contra las transgresiones de terceros. El derecho a la propiedad provee oportunidades y capacidad de acción, pero no garantiza resultados. No incluye una obligación positiva de “cumplir” con el derecho a la propiedad a través de la transferencia coercitiva de la propiedad de un individuo a otro. Tal obligación de derechos humanos haría en gran parte ilusoria la esfera de protección de la propiedad y socavaría, en lugar de fortalecer, la dignidad humana. Más allá, un deber positivo de cumplir con el derecho de propiedad haría la aplicación de este derecho algo completamente arbitrario e incompatible con los requisitos de claridad legal y previsibilidad, sobre los que depende el respeto al Estado de derecho. (Jacob Mchangama,2016).

## **3.2 La Fianza en el contrato de locación inmobiliaria.**

### **3.2.1 Origen de la problemática**

Ya desde el Derecho Romano, es una gran preocupación de los juristas agregar al crédito un plus que refuerce la seguridad de su cobro. El Derecho Romano, teniendo en miras esa premisa, reguló garantías personales tales como el "vindex de la manus injectio", los "vales", los "praedes", y los "adpromissores"; los que se comprometían accesoriamente con el promitente principal, para garantizar el riesgo de la insolvencia del deudor. Dentro de las garantías reales crearon la enajenación con pacto de fiducia, la prenda o pignus y la hipoteca. La clásica distinción entre garantías reales y personales se mantiene, y está dada por la circunstancia de que en las primeras existe una cosa específica, léase cosa en el sentido del artículo 2.311 del C.C, afectada al cobro del crédito garantido, mientras que en las personales es todo el patrimonio del fiador el que responde por la inejecución de las prestaciones. En la conciencia social, la garantía real por excelencia, esto es, la hipoteca no tiene las mismas connotaciones que la garantía personal más difundida: la fianza. La forma de otorgamiento de la primera, la indisponibilidad que acarrea, el costo de su constitución, así como lo expeditivo de la ejecución del bien gravado, llevan a la poca utilización de este contrato. Si a esto sumamos, el hecho de que esas ejecuciones han traído aparejadas la pérdida de la vivienda de numerosas familias, se comprenderá la reticencia hacia la misma. Por su parte, la fianza se impone como un medio casi imperceptible de obligarse por un tercero. Esta garantía permite la libre disponibilidad del patrimonio; es de simple y económica creación; se hace efectiva a través de un juicio ordinario con dilatados plazos procesales y amplio debate. Es por lo que el potencial fiador "por no hacer que se frustre la expectativa del futuro locatario, su familiar, pariente o amigo, accederá a someterse a la cláusula predispuesta (cláusula de estilo), asumiendo peligrosos riesgos, algunos ignorados por él, y esperanzado en que todo transcurra y termine bien" (Mambrin, Antonio E; Burini, Claudia A. *La fianza en el contrato de locación de cosas*, Ponencia presentada en el VII Encuentro de Abogados Civilistas, realizado en Rosario los días 24 y 25 de junio de 1.993. Publicado en Revista JURIS N° 150 p. 529)

### **3.3 Análisis de los cambios en el contrato locación.**

#### **3.3.1 Evolución Legislativa. La legislación de emergencia**

La intervención del Estado en el régimen de las locaciones urbanas tuvo una breve experiencia en 1921 a 1925, pero luego y a partir de 1943 (decreto 1580/43) se dictaron leyes llamadas de emergencia que se sucedieron en forma interrumpida unas a otras y que se caracterizaron por dos disposiciones esenciales: la prórroga de las locaciones, cualquiera fuera el término pactado por las partes y el congelamiento de los alquileres. (Risolia, 1947). La derogación de este sistema que se prolongó hasta el 30 de noviembre de 1979 hace innecesario entrar en el detalle de esta legislación.

Desde la implantación de las primeras leyes sobre locaciones se ha discutido la legitimidad de la intervención del Estado en los contratos en curso de ejecución, esta discusión puede considerarse superada por los hechos. Todos los países en que se ha hecho sentir el problema de la escasez de viviendas, han dictado leyes de prórroga y los tribunales han reconocido su legitimidad. También la Corte Suprema ha declarado la constitucionalidad de tales leyes, porque mientras el derecho de propiedad amparado por la Constitución no se vea afectado en sus atributos esenciales, hay que reconocer la validez de las leyes que lo reglamenten, particularmente cuando esa regulación se funda en imperiosas motivaciones de carácter económico-social.

Una cuestión es la legitimidad de la prórroga de las locaciones y otra su conveniencia. En 1943 comenzó a hacerse sentir la escasez de vivienda en los grandes centros urbanos, pues la guerra había acelerado el proceso de industrialización, y con ella el desplazamiento de la población rural a las ciudades, por lo que se dictó el citado decreto 1580. Esta legislación, caracterizada como imprudente e imprevisora, precipitó la crisis de la vivienda, porque como los propietarios no disponían ya de su propiedad y alquilar era un mal negocio, se paralizó la construcción al tiempo que el éxodo rural se aceleraba. Las prórrogas de los alquileres se fueron sucediendo unas a otras, consolidando la situación de los inquilinos, a la par que la inflación iba haciendo más irrisorios los alquileres y más injusta la situación de los dueños. Además, por otra parte, el Estado aumentaba las contribuciones y los gastos de mantenimiento crecían rápidamente, se dio con frecuencia el caso de que las rentas no cubrieran los gastos. (Cañón, Jorge, 2009)

Los resultados de esta (denominada por algunos “equivocada”) política legislativa quedaron a la vista, dado que se creó la desconfianza en el contrato de locación; ya nadie

o casi nadie construía para alquilar y los que lo hacían cobraban rentas gravosísimas, por ello la masa de la población, cuyos recursos les permitiría pagar un alquiler razonable, pero que carecen de medios para adquirir una vivienda, se hallaban en la imposibilidad de encontrar un techo. Los nuevos matrimonios recurrían a la pésima solución de vivir con la familia de algunos de los cónyuges o adquirían a costa de enormes sacrificios un minúsculo departamento en el que se mantenían incrustados a pesar de que la familia aumentara; allí la vida familiar se desenvolvía de manera inapropiada agravando las dificultades de la convivencia.

### **3.3.2 La atenuación de las prórrogas: Leyes 17.368 y 17.607**

Hacia 1968 se hacía sentir, desde años atrás, una constante presión para atenuar el régimen de prórroga de las locaciones urbanas, por lo pronto era evidente que dicha prórroga no tenía justificación alguna en el caso de inquilinos comerciantes e industriales. Tanto unos como otros trasladaban el importe de los alquileres a la mercadería, de tal modo que no era lógico ni justo que siguieran detentando un privilegio que perjudicaba gravemente a los propietarios y quitaba al comercio su necesaria movilidad y espíritu competitivo. Incrustados en sus locales al amparo de las prórrogas, los comerciantes se aferraban a la ganancia segura derivada del bajísimo alquiler, sin procurar el progreso resultante de una evolución conducida con capacidad. Ni siquiera existía la ventaja social de precios más bajos, pues era una comprobación constante que, existiendo dos comercios vecinos del mismo ramo, uno con el alquiler congelado y el otro fijado libremente, sin embargo, los precios de las mercaderías eran iguales, y la regulación se producía siempre al nivel más alto, pues los precios mayores atraen a los menores.

Pero, sobre todo, había una razón decisiva para concluir con la prórroga para el comercio y la industria; el único motivo que puede justificar ese régimen es una escasez de locales que impide el libre juego de la oferta y la demanda, permitiendo a los propietarios imponer el alquiler a su arbitrio. Dicha situación no existía en nuestro país en 1.967, por el contrario, los locales abundaban, de modo que la prórroga carecía de justificación seria.

La ley 17.607 puso término al sistema de prórroga para todos los locales de comercio, industria, profesiones liberales y cualquier otra actividad lucrativa, sólo se exceptuaron los garages, teatros y cinematógrafos, porque la escasez de locales para tales actividades justifica una solución intermedia. En esos casos, los locatarios tenían derecho a continuar en la locación siempre que se avinieran a pagar los precios que fijare el juez teniendo en

cuenta los valores actuales; en igual situación quedaron, por imperio de la ley 16739, los locales destinados a actividades civiles no lucrativas.

La ley 17368 liberó totalmente las nuevas locaciones, cualquiera sea su destino, aunque manteniendo las prórrogas para los contratos vigentes destinados a vivienda. La liberación de las nuevas locaciones era indispensable como incentivo del capitalista que construye para alquilar, de forma tal que el hecho de que los nuevos contratos estuvieran también amenazadas con su régimen de prórroga, descorazonaba a los inversores o bien los inducía a exigir en el primer contrato alquileres excesivos para ponerse a cubierto, por lo menos por algunos años, de los peligros de la prórroga. El inversionista, protegido por el Código Civil y seguro de que al término del contrato podría recuperar su propiedad, se sintió impulsado a volver a lo que era una de las inversiones más seguras y estimadas: construir para alquilar. En materia de vivienda se pueden seguir dos caminos: o bien el Estado lo afronta integral y exclusivamente, como ocurre en los países comunistas; o se cuenta con la colaboración de los capitales privados, en este último sistema está inserto nuestro país, y siendo así, descorazonar a los inversores es agravar ciertamente el problema. Después de la atenuación de las prórrogas como consecuencia de las leyes 17368 y 17607, un cambio de política legislativa motivó una vuelta al régimen de prórrogas (leyes 18880, 19405 y 20624); empero, en 1976, hubo un nuevo cambio, esta vez en el sentido de la liberación paulatina pero total de los alquileres. La ley 21342 estableció un régimen según el cual los alquileres se fueron liberando en distintos plazos tomando en cuenta la mayor actividad de los contratos, hasta que el 30 de noviembre de 1979 quedaron liberados todos. En su propósito de consolidar este régimen, el Estado da su garantía (art. 6º, ley 21342) a la libertad de contratación de las locaciones iniciadas o que se inicien a partir del primero de enero de 1974, lo que significa que, en caso de dictarse una nueva ley de prórroga, el Estado deberá indemnizar a los propietarios.

### **3.3.3 Ley de Locaciones Urbanas 23091**

El régimen de las locaciones urbanas no puede ser analizado exclusivamente bajo la óptica de la ley N° 23091, sancionada en 1984, a estas disposiciones deben añadirse otras que han sido sancionadas tanto por el gobierno nacional como por algunos gobiernos provinciales, que tienden a regular aspectos específicos de la locación o a clarificar su aplicación a los regímenes locales.

El contrato de locación es aquel por el cual una de las partes (llamada locador) se obliga a dar el uso y goce de una cosa a la otra (llamada locataria) a cambio del pago de un precio determinado en dinero (art. 1493, Código. Civil). Aunque discutible, entendemos que debe admitirse que hay contrato de locación cuando el pago se hace en especie determinable en dinero, pues no se advierte que haya cambiado el objeto contractual, que es el uso y goce de una cosa por un tercero. (Spota, 1954)

Se trata de un contrato bilateral, oneroso, consensual, típico, conmutativo, no formal y de ejecución continuada. En materia de locaciones urbanas la ley N° 23091 se limita a establecer que ella se aplica a las locaciones destinadas a la vivienda, al comercio o a la industria, está claro que se trata de locaciones de bienes inmuebles.

Entonces el interrogante que se plantea es si es aplicable a todos los inmuebles, siendo negativa la respuesta. No sólo quedan excluidos todos los contratos propiamente rurales (arrendamientos, aparcerías y contratos accidentales), regulados por la ley 13246 y las modificaciones introducidas por las leyes 21452 y 22298, sino también aquellos contratos que tienen por objeto un inmueble destinado a la vivienda, comercio o industria pero que no está ubicado dentro del ejido urbano. Este tema no es menor, porque si la locación es urbana deberán aplicarse preponderantemente las normas de la ley 23091. En cambio, si se trata del alquiler de un inmueble ubicado fuera de la zona urbana, aunque se destine a la vivienda, comercio o industria (como sería el caso de los almacenes de ramos generales ubicados en las zonas rurales), sólo queda regulado por el Código. (Zavalía, 1992)

Un tema singular está dado por las locaciones de bienes inmuebles pertenecientes al Estado, sea nacional, provincial o municipal. El Código Civil (art. 1502) establece que estos arrendamientos se regirán por las disposiciones del derecho administrativo y sólo subsidiariamente por el propio Código. Debe destacarse que las disposiciones de la ley N° 23091 alcanzan a los inmuebles que carezcan o pierdan en el futuro de autorización, permiso, habilitación o licencia para la explotación de hotel, residencial, pensión familiar u otro tipo de establecimiento asimilable, otorgada por la autoridad administrativa competente. El Proyecto de reforma mantiene la afirmación de que la obligación en cabeza del locatario es el pago de una suma de dinero (art. 1121), con lo que se ha perdido la oportunidad de permitir en forma expresa el pago en especie determinable en dinero. A lo largo de sus disposiciones se advierte claramente que la regulación que se propone pretende abarcar todos los tipos de locación que pueden existir según el objeto

contractual. Por último, se establece que los contratos que se rigen por las normas administrativas no son los que tienen como objeto contractual bienes del Estado (como lo establece el art. 1502 vigente) sino los que son celebrados por el poder público (art.1126)

El tiempo de la locación. La ley de locaciones urbanas establece plazos mínimos contractuales, lo cual significa que si se pactan plazos menores a los legales se considerará que el plazo contractual es el fijado por la ley. Así la norma diferencia entre inmuebles destinados a la vivienda e inmuebles destinados al comercio o a la industria, fijando el plazo mínimo de dos y tres años respectivamente (art. 2). Si la locación fuera mixta (es decir con ambos destinos) deberá entenderse que el plazo mínimo es de tres años (López de Zavalía, op. Cit., pág. 457) porque los plazos mínimos no son aplicables a las prórrogas de locación. (Cámara. Civ. Cap. Fed., Sala E, “Tekneian, Perla C/ Martins, Darío”, L.L. 1992-E-323)

Esta norma deroga implícitamente lo dispuesto en el Código Civil, el cual fija plazos mínimos menores para las mismas hipótesis: año y medio para inmuebles destinados a la vivienda y dos años para aquellos que tengan fines comerciales o industriales (art. 1507). Esta derogación, sin embargo, no es absoluta, porque, como se dijo precedentemente, los plazos del Código Civil son los que rigen para inmuebles, que tengan los destinos informados, pero que se encuentren fuera del ejido urbano. En cuanto al plazo máximo nada señala la ley de locaciones urbanas, por lo que debe aplicarse el plazo de diez años establecido en el art. 1505 del Código Civil. Esto significa que, si en el contrato se ha previsto una opción en favor del locatario para prorrogarlo, el plazo de dicha opción sumado al término original no puede superar los diez años. Esto, sin embargo, no obsta a que las partes, finalizado el contrato pactado en diez años, celebren una prórroga de dicho contrato.

Por último, debe abordarse que esta ley establece que en ciertos contratos puede pactarse un plazo inferior al mínimo legal (art. 2). Ellos son: a) Las contrataciones para sede de embajadas, consulados, organismos internacionales, personal diplomático, consular o de tales organismos; b) los contratos sobre viviendas con muebles que se alquilen con fines de turismo, en zonas aptas para este fin, y siempre que el plazo no supere los seis meses, pues si los supera, se presume que no hubo fin de turismo; c) los contratos sobre espacios destinados a la guarda de animales, vehículos y otros objetos, como así también los

contratos de garaje; d) las locaciones de puestos en mercados y ferias; y e) los contratos en los cuales el Estado (nacional, provincial o municipal) y los entes autárquicos revistan el carácter de inquilinos.

### **3.3.4 Regulación en el Código Civil y Comercial. Ley 26994**

El Código Civil y Comercial (CCC) se encuentra vigente en nuestro país desde el 1 de agosto del 2015. El mismo establece una serie de modificaciones a la legislación sobre alquileres. La nueva norma deroga la ley 23.091 que regía desde 1984 todo el tema de locaciones urbanas, pero muchos de sus artículos son receptados por el nuevo ordenamiento. En general no hay grandes modificaciones, pero sí algunas cuestiones que hay que tener en cuenta para celebrar nuevos contratos de locación.

El nuevo Código exige que los contratos de locación se hagan por escrito (art.1188 CCC) así como sus prórrogas y modificaciones. Esto ya lo exigía la ley anterior, lo cual era interpretado mayoritariamente como una solemnidad ad probationem, esto significa que la forma no hace a la eficacia del negocio sino a la posibilidad de su acreditación. La muerte o discapacidad, excepto pacto en contrario, no son causal de extinción del contrato, es decir, la locación se transmite a los herederos del locador o del locatario por causa de muerte. Asimismo, la locación subsiste por el tiempo pactado en el contrato, aunque el inmueble sea enajenado (art. 1189).

Si la cosa locada es inmueble, o parte material de un inmueble, destinado a la habitación, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, la locación puede ser continuada en las mismas condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quien lo habite y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento. El derecho del continuador de la locación prevalece sobre el heredero del locatario (art.1190).

Para celebrar contrato de locación por más de tres años, o cobrar alquileres anticipados por el mismo período, a través de un representante, se requiere facultad expresa (art.1191). La celebración del contrato de locación es considerada un acto de administración, por lo cual, locador y locatario, sólo requieren contar con dicha aptitud para que el contrato sea válido. Por excepción, podrá ser considerado un acto de disposición cuando se exceda de un determinado plazo, esto es, cuando se exceda los tres

años, para lo cual el representante requiere facultad expresa. Comprende tanto la facultad de celebrar el contrato de locación como de percibir pagos anticipados, entendiéndose tal, el que se efectúa antes de ser exigible.

La nueva norma incorpora una protección especial para las personas con discapacidades ya que es nula toda cláusula que impida el ingreso, o excluya del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble (art.1195). Obviamente en este caso la nulidad será parcial y sólo recaerá sobre la cláusula de exclusión. Otras de las modificaciones insertadas por el nuevo Código se encuentran referidas a los alquileres anticipados, a los meses entregados como depósito en garantía y a la prohibición del valor llave. Si el destino es habitacional no puede pedirse al locatario el pago anticipado mayor a un mes de alquiler; asimismo sólo se podrá pedir como garantía el depósito de un mes por cada año de contrato pactado y no podrá exigirse el pago del valor llave (art.1196); estas tres prohibiciones sólo rigen, reitero, para las locaciones habitacionales, no siendo por ende, aplicable a la locación con destino comercial, industrial o empresarial donde es costumbre exigir el pago del valor llave.

La reforma incorpora un artículo novedoso sobre la rescisión contractual, que establece que la pérdida de luminosidad del inmueble urbano por construcciones en las fincas vecinas no autorizan al locatario a solicitar la reducción del precio ni a resolver el contrato, excepto que medie dolo del locador (art.1204).

Otro punto importante de la reforma está dado por precio de la locación, el art.1187 del nuevo código remite supletoriamente a lo normado para la compraventa, con lo cual el precio puede ser determinado en una suma fija, puede dejarse su fijación al arbitrio de un tercero designado de común acuerdo, o puede ser fijado con referencia a otra cosa cierta. En cualquier caso, se entiende que hay precio válido si las partes previeron el procedimiento para determinarlo (art.1133). Con lo cual podemos decir que toda locación urbana podrá tener un precio fijo, y para fijarlo se podrá recurrir al procedimiento usado en la actualidad de fijar un valor total por el tiempo del contrato, incluyendo en el mismo los incrementos pretendidos y luego dividirlo en cuotas mensuales que pueden variar cada seis o doce meses. Ello es perfectamente legal en la medida que se regule un monto fijo como precio total del valor locativo. La segunda opción que da la ley es quizás la menos usual de designar de común acuerdo, antes o después del contrato, a un tercero que sea

quien fije el valor del alquiler (por ej. la tasación de dos o tres inmobiliarias), y se lo utiliza normalmente para las prórrogas contractuales. Si no se ponen de acuerdo será el juez quien fijará el valor del mismo. Y la última opción, quizás la más interesante, es fijar el precio del alquiler en base al valor de otra cosa cierta. Si bien sigue vigente la prohibición de la actualización de los alquileres en base a índices (ley 23.928/91 arts. 7 y 10), la nueva ley, permite fijar el precio del valor locativo en relación al precio de otra cosa cierta, por ejemplo, el valor del dólar u otra moneda extranjera, o al precio de la nafta, del ladrillo, del cemento, etc. Para el caso de fijarlo en relación al dólar, no corresponde obviamente hacerlo en relación al blue o marginal, ya que el mismo es ilegal y no existe en consecuencia una cotización oficial; con lo cual solamente podría hacerse en base al valor oficial, o se podría pactar expresamente al valor del contado con liquidación que es un tipo de cambio que surge de la compraventa de acciones o títulos de deuda, cuya legalidad fue ratificada por la Corte Suprema y por consiguiente tiene un valor oficial.

Por otra parte, continúa vigente en el nuevo Código la rescisión anticipada del contrato de locación por parte del locatario. El cambio de la nueva norma está en el preaviso que debe dar el inquilino, que antes debía darlo con una antelación de 60 días. Sin embargo, ese plazo no rige más, fue eliminado con la reforma, por lo que el inquilino puede irse, previa notificación fehaciente, sin la condición de un plazo de preaviso, abonando obviamente la indemnización pertinente. -

El nuevo Código mantiene la no aplicación de la tácita reconducción, con lo cual, vencido el término del contrato, si el locador continúa percibiendo el pago de alquileres del locatario, no significa que exista un nuevo contrato por el mínimo legal, sino solo que ambas partes prorrogan el contrato, hasta que cualquiera de las dos y mediante notificación fehaciente decida dar por concluida la locación. La continuación de la locación bajo sus mismos términos implica necesariamente el pago, cobro y otorgamiento de recibo de alquileres. Y quien paga, cobra, exige u otorga recibo lo hace en virtud de los deberes seguidos de la continuación de la locación que está en sus manos utilizar o no y no porque haya tácita reconducción. Si el monto de alquiler pagado luego de vencido el plazo contractual excede el anteriormente pagado, no corresponde asumir que hay un nuevo contrato (Leiva Fernández, 2015). Estas son las principales modificaciones y ratificaciones efectuadas por el nuevo Código Civil y Comercial a la legislación sobre alquileres. Como conclusión podemos decir que conforme a la opinión de la mayoría de

los doctrinarios todos los contratos firmados con anterioridad al 1 de agosto se rigen por la ley anterior por el respeto normativo a los derechos adquiridos y por lo normado por el art.7 del nuevo Código que establece que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a contratos en curso de ejecución.

### **3.3.5 Derecho Comparado. Plazo Máximo**

El Código Civil peruano establece un plazo máximo de duración de la locación, salvo que el bien pertenezca a entidades públicas o a incapaces, casos en los cuales el plazo de la locación no puede ser mayor a seis años (art. 1688). El Código venezolano lo fija en 15 años, salvo que se trate de casa-habitación en cuyo caso puede durar toda la vida del arrendatario, o de terrenos completamente incultos que pueden arrendarse hasta por 50 años bajo la condición de desmontarlos y cultivarlos (art 1580). El Código mexicano, establece en diez y veinte años según se trate de locación de inmuebles para habitación y comercio o industria, respectivamente. El Código uruguayo lo fija en 15 años salvo que tenga por objeto apoyar una presa o embalsar el agua, en cuyo caso se extiende a treinta años. (art 1782). El Código paraguayo lo fija en 5 años, salvo que se trate de inmuebles urbanos alquilados para levantar construcciones en el o rurales arrendados para realizar plantaciones que requieran largo tiempo para alcanzar resultados productivos, en cuyo caso el plazo máximo es de veinte años. (art 807). El Código alemán lo fija en 30 años o por toda la vida del arrendador o arrendatario. (art. 567). El Código brasileño (art. 565) admite cualquier plazo, pero los comentaristas, desde que regía el Código anterior, están de acuerdo en que sería inaceptable un arrendamiento perpetuo, que desnaturaliza el derecho de propiedad, según algunos, el plazo no puede exceder de treinta años. (Código Civil de Brasil, nota al art. 1200 del código derogado en el año 2002.)

Lo realmente relevante es establecer si es lógico que la locación deba tener un plazo máximo. ¿En defensa de qué interés? También, los últimos proyectos de reforma se inclinan en ese sentido: me refiero al Anteproyecto Lambías de 1954 en su art. 1225 mantuvo el plazo de diez años, pero lo amplió a veinte años en caso de tratarse de inmuebles destinados a una explotación industrial o comercial. Por su parte el Proyecto de Código Unificado de 1987 (art. 1505) para estos supuestos lo elevó a cincuenta años” (Leiva Fernández, “El arrendamiento (...)” T. II. p. 1363).

Por eso en el borrador elevado a la Comisión se propuso optar por eliminar el plazo máximo o ampliarlo como en el Proyecto de 1998. Se optó por lo segundo, que era una de las decisiones posibles.

### **3.3.6 Intentos de superar el plazo máximo por vía jurisprudencial**

Durante la vigencia del Código Civil se planteó la inconstitucionalidad del plazo máximo del referido artículo 1505 que, por regla, no prosperaron en razón que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó su postura sobre la constitucionalidad del plazo máximo legal vertida en el año 1924 en la causa promovida por Manuel Cornú c. José Ronco (Fallos 142:68) y anteriormente al hacer suyo el dictamen del Procurador General Suplente Horacio Rodríguez Larreta, al dictaminar en Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto, acerca del mismo tema pero respecto de las leyes 11.156 y 11.157. Es que todos los derechos tienen límites, sería lo mismo pretender que el usufructo trascienda la duración de una vida, o que la inscripción hipotecaria tenga cien años etc. La igualdad ante la ley es conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. No obstante, quedó firme el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 15/09/2004, Segura S. A. Inmobiliaria y Financiera International Hotel Development S. A. (Conf. Leiva Fernández, “El plazo máximo de la locación y la Constitución Nacional”) que no fue recurrido, con lo que se evitó la instancia ante la Corte Suprema. En el fallo “Segura S. A. Inmobiliaria y Financiera International Hotel Development S. A.” el tribunal se refiere al derecho a trabajar y ejercer industria lícita, garantizado en el artículo 14 de la Constitución Nacional, sin embargo, lo garantizado: “es la actividad negocial, no el medio instrumental para realizarla. Máxime si es posible realizar el mismo negocio a través de otras figuras jurídicas, como el usufructo, o recurriendo a diversos contratos asociativos, o celebrando un leasing con pacto de retroventa (art. 1366 del Código Civil). Figuras jurídicas que podrían haberse utilizado exclusivamente, o combinadas, como podría haber sido la constitución del derecho real de usufructo limitado a los 20 años previstos para el caso que el usufructuario sea una persona jurídica (art. 2920 del Código Civil) seguido de un contrato de locación con plazo suspensivo a la fecha del cese del usufructo” (Spota - Leiva Fernández, V, 1201. p. 286).

### **3.4 Cambios en la regulación del contrato de fianza**

La típica figura de la fianza ha ido evolucionando, y de su carácter subsidiario se ha ido pasando a otras formas derivativas en que la obligación del garante es conjunta con la del

deudor principal. Así, “a la fianza simple ha sucedido la solidaria y a ésta la garantía del principal pagador” (Lafaille, 1928, pg. 1928)

Para el Derecho Romano la fianza era un contrato formal mediante el cual una persona (fiador) se obliga a pagar la deuda de otro (fiado), en caso de que este último no cumpla con su deber. Este contrato era de carácter accesorio y requería una obligación válida que la sustentara. Mediante la fianza se garantiza cualquier obligación, incluso natural o futura. Normalmente, el fiador se obligaba a la misma prestación por su fiado. La fianza se podía establecer por menos de la prestación principal pero nunca por más.

La fianza romana surgió de la estipulación, y de acuerdo con el verbo utilizado en la interrogación y en la respuesta, daba lugar a una sponsio, una fidepromisio o una fidiussio. (Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Ed. Porrúa. México. 1982. Pag 334)

### **3.4.1 La Sponsio**

La Sponsio requería el empleo del verbo spondere. Los garantes sólo podían ser cives, quienes se obligaban por medio de la siguiente fórmula: *Idem dare spondes? Spondeo: (te comprometes a dar lo mismo: me comprometo)*. Se contraían dos obligaciones verbis. Eran intransmisibles.

La responsabilidad de estos esponsos es la siguiente: son deudores, pues se obligan a cumplir la misma prestación que el fiado. Son deudores accesorios y no podían prometer más que el deudor principal y como resultaban mandatarios del deudor principal, podían dirigirse contra este si habían pagado al acreedor que los había requerido. Cuando el mandato no había sido sancionado, el recurso citado se cumplía por la Ley Publilia (daba derecho al uso de la manus inectio (acción de la ley por aprehensión corporal).

El pago hecho por uno de los garantes liberaba a los demás. Después se sancionaron una serie de leyes que regularon la situación de estos garantes, legislación que también se aplicó a los fidepromissores. Estas leyes eran:

- La lex opuleia, dio a aquel entre los varios sponsors o fidepromissores que hubiese pagado, una acción contra los otros para repetir de cada uno de ellos la parte que habría tenido que cubrir si la obligación se hubiese dividido

- La lex furia de sponsu, dividió la deuda entre todos los cofiadores, existentes en el momento del vencimiento de la obligación, y limitó su obligación a dos años
- La lex Ciceria, impuso al acreedor el deber de declarar el importe total de la deuda y el número de garantes.
- La lex Cornelia, limitaba la responsabilidad de cada fiador respecto de un mismo acreedor, hasta la suma de 20.000 sestercios al año.

### 3.4.2 La Fidepromissio

Al caer en desuso la sponsio, le sucedió la Fidepromissio que podía ser usada por los peregrinos, empleando el verbo fidepromitto, ejemplo: ¿Idem dari fidepromittis?: fidepromitto. (empeñas tu palabra para lo mismo: la empeño)

Los fidepromissores estaban sujetos a las mismas reglas que los esponsores.

### 3.4.3 La Fideiussio

En el Derecho Justiniano solo quedó la Fideiussio. Los fideiussores o fiadores podían ser ciudadanos o extranjeros.

La obligación del fideiussor se caracterizaba:

- por ser una obligación accesoria, iba siempre unida a una principal
- se empleaba no sólo en las obligaciones verbis, sino que se extendía a una obligación futura
- debe tener el mismo objeto que la obligación principal, por eso el fiador no podía prometer más que el deudor principal, ni en condiciones más onerosas.
- podía prometer menos, es decir garantizar sólo parte de la deuda
- la obligación del fiador era transmisible a los herederos.

La situación del fiador se reguló de manera más justa en el Derecho Imperial. Adriano fue el que concedió en el caso de varios fideiussores el “beneficium divisiones”, por él, el fiador requerido de pago en juicio podía exigir al acreedor que dividiese su acción entre los varios cofiadores presentes y solventes.

Justiniano introdujo el beneficium excussionis (beneficio de excusión), por medio del cual, el cofiador perseguido por su acreedor podía exigir que éste procediera en primer

lugar contra el deudor principal. Cuando el fiador pagaba, tenía derecho a que le fuera cedida la acción que correspondía al acreedor contra el deudor.

Finalmente, la fianza no se establecía únicamente por la stipulatio, sino que también se formaba por el mandato cualificado o mandatam pecuniae credendae y por el constitutum debiti alieni (constituto de deuda ajena). (Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Ed. Porrúa. México.1982. Pag 336).

### **3.5 Fianza y negocios de garantía**

La regulación del contrato de fianza en el Código Civil y Comercial introduce importantes modificaciones que son reveladoras de la atención constante que merece esta figura en el tráfico comercial:

a) se unifica el régimen de la fianza civil y el de la comercial, estableciéndose un régimen único en el que, salvo pacto en contrario, el fiador cuenta con la posibilidad de oponer los beneficios de excusión y división (Argeri, Saúl, L.L. 1979-A, pág. 877)

b) se tipifican los supuestos de fianzas generales admitiendo que se puedan garantizar obligaciones futuras o indeterminadas, fijándose un monto máximo de la garantía (art. 1578) y una vigencia de su alcance que no puede superar los cinco años;

c) el fiador tiene derecho al mantenimiento del plazo de la obligación originaria, aunque el deudor se haya presentado en concurso preventivo o se haya declarado su quiebra, salvo pacto en contrario (art. 1586);

d) se establece en forma expresa que el acuerdo preventivo homologado que logre el deudor no extingue la fianza, no implicando novación a su respecto (art. 1597).

### **3.6 El concepto de fianza. Modificaciones.**

En el Cod. Civil y Comercial (art.1574) se establece el concepto de fianza indicándose que “Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento”.\_Se incorpora como elemento de la definición la necesidad de que medie incumplimiento del deudor principal para tornar exigible la responsabilidad del fiador. Pese a resultar implícitamente considerada,

la noción de “incumplimiento” del deudor principal no aparecía expresamente mencionada ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio. La referencia al incumplimiento del deudor principal centra ahora con mayor rigor conceptual la función económica de la fianza como negocio de garantía frente a la falta de ajuste del deudor garantizado al programa de conducta. La responsabilidad del fiador se producirá ante casos de estricto incumplimiento del deudor afianzado, como así también cuando se configura la más amplia situación de insolvencia del deudor dando lugar a su concurso preventivo o quiebra (art. 1584 inc. a; 1586 y 1597).

La definición coincide en esencia con la que adoptaba el Proyecto de Código Civil de 1998. En los Fundamentos que se acompañaron con el Proyecto de 1998 se reconocía que la definición también se basaba en la que adoptaba el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (Art.1405) en el que, como fundamento de una norma semejante, se sostenía: “El sistema previsto por la norma se inspira en la regla del art. 1373 del Anteproyecto de 1954, que propiciaba la supresión del principio que emanaba del art. 1991 del Código Civil. De modo que la prestación del fiador no debe necesariamente ser de la misma naturaleza que la del obligado principal”.

La regulación de la fianza en el Código Civil y Comercial se estructura como contrato celebrado entre acreedor y fiador. No se regulan específicamente aquellos supuestos que en el régimen anterior estaban dedicados a la fianza como acto unilateral. (art. 1987 Cod. Civil) Tan sólo se menciona a la fianza judicial en el art. 1584 inc. b. del C. C. y C.

## CAPÍTULO III

### **Responsabilidad del fiador vencido el contrato de locación.**

El interrogante que intento despejar durante el transcurso de esta tesis es: ¿El fiador debe responder por la recepción de pagos finalizado el contrato de locación? ¿Hay conflicto de intereses entre el art. 1218 último párrafo Código Civil y Comercial y el art. 1225, segundo párrafo Código Civil y Comercial? Para responder este interrogante inicio el capítulo detallando los modos de extinción del contrato de locación y fianza en el Código Civil y Comercial. En un segundo momento analizo la extensión de la responsabilidad del fiador: antecedentes doctrinarios, legislativos y la regulación actual de la temática.

### **4. Extinción de la fianza y la locación en el Código Civil y Comercial**

#### **4.1 Conclusión de la locación**

Modos de extinción de la locación en el Código Civil

- El cumplimiento de plazo convenido, o requerimiento previsto para el caso de continuación en la locación concluida

El nuevo art 1218 recibe la regla del derogado art 1622 Código Civil, en cuanto prohíbe la tacita reconducción y autoriza la continuación del contrato bajo sus mismos términos aun vencido el plazo contractual.

Del análisis surge una diferencia entre ambas normas y consiste en dilucidar quién es el legitimado para dar por concluida la locación luego de vencido el plazo contractual., pues el artículo derogado sólo legitima al locador y el actual 1218 pone en pie de igualdad a locador y locatario

- Resolución anticipada

Aun teniendo el contrato un plazo mínimo de duración, la ley le acuerda sólo al locatario la posibilidad de concluir anticipadamente el contrato.

Art 1221 establece las reglas para la resolución anticipada:

- a- Si la cosa locada es un inmueble y han transcurrido seis meses de contrato, el locatario debe notificar en forma fehaciente su decisión al locador.

Si hace uso de la opción en el primer año, debe abonar al locador, en concepto de indemnización, la suma equivalente a un mes y medio de alquiler y la de un mes si la opción se ejercita transcurrido dicho plazo.

- b- En los casos del artículo 1199 (excepciones al plazo mínimo legal) debiendo el locatario abonar el equivalente a dos meses de alquiler.

El sistema del Código Civil y Comercial ha simplificado notablemente la enumeración que realizaba el Código Civil respecto de los supuestos extintivos del contrato de locación. La regulación actual contempla, en el art. 1217, los siguientes supuestos especiales de extinción:

- a) el cumplimiento del plazo previsto contractualmente
- b) el requerimiento producido en virtud de lo dispuesto por el art. 1218
- c) la resolución anticipada regulada en el art. 1221.

En el primer caso, tratándose de un plazo determinado, cierto o incierto, deberá estarse al cumplimiento de ese plazo, al término del cual el locador podrá exigir la restitución de la cosa. Si el plazo fuese indeterminado, se deberá ocurrir ante el juez a los efectos de fijar el plazo correspondiente de acuerdo con el procedimiento más breve que prevea la regulación procesal (art. 871, inc. d. CCC). Por otra parte, si el plazo fuese tácito la locación quedará concluida para el momento en que, acorde con los usos y costumbres, la cosa locada debiera ser restituida (art. 887, inc. a CCC).

En el segundo caso, la norma hace referencia al supuesto anteriormente regulado por el art. 1622 del Código Civil. Conforme con ello, la continuación de la tenencia una vez vencido el plazo correspondiente no implica 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"; ante este requerimiento, pues, es que cabe dar por extinguido el contrato. Esta norma importa, en los hechos, no aplicar el régimen de la mora automática a la obligación de restituir la cosa objeto del contrato de locación.

Respecto del tercer caso, el art. 1221 CCC regula una serie de supuestos en los cuales el locatario (y sólo él), podrá resolver anticipadamente el contrato de locación. Así, recogiendo los términos del art. 8° de la ahora derogada ley 23.091, el locatario podrá, cuando la cosa locada fuese un inmueble (cualquiera fuese el destino) y hubiesen transcurrido seis meses de contrato, resolver anticipadamente el contrato previa notificación, en forma fehaciente, al locador. La norma no establece, en este caso, la

antelación con la que el locatario deberá notificar su decisión al locador. Por lo demás, si hace uso de esta opción durante el primer año de vigencia del contrato, deberá abonar al locador, en concepto de indemnización, una suma equivalente a un mes y medio de alquiler al momento de desocupar el inmueble. Si la decisión se adopta una vez transcurrido ese lapso, deberá abonar una suma equivalente a un mes de alquiler. Por otro lado, para todos los casos de excepción al plazo mínimo legal de dos años (art. 1199), la norma mencionada faculta también al locatario a solicitar la resolución anticipada del contrato con la única condición de abonar el equivalente a dos meses de alquiler al locador. En este caso, no se requiere ni la notificación al locador ni que hubiesen transcurrido seis meses de contrato. Según entendemos, pese a que el artículo en cuestión nada prescriba al respecto, se trataría de una norma de orden público, inderogable por voluntad de las partes, por lo que no sería válida la cláusula por la cual el locador pretendiera impedir el ejercicio de dicha facultad al locatario.

#### **4.1.1 Casos de resolución del contrato imputables al locador o al locatario**

Resolución imputable al locatario.

El locador puede resolver el contrato:

- Por cambio del destino o uso irregular en los términos del art. 1205
- Por falta de conservación de la cosa locada, o su abandono sin dejar quien haga sus veces
- Por falta de pago de la prestación dineraria convenida durante dos periodos consecutivos (art. 1219 Cód. Civil y Comercial)

Resolución imputable al locador.

El locatario puede resolver el contrato si el locador incumple:

- La obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido
- La garantía de evicción o la de vicios redhibitorios. (art. 1220 Cód. Civil y Comercial)

#### **4.1.2 Efectos de la extinción de la locación**

En primer lugar, y siguiendo lo dispuesto por el art. 5° de la ley 23.091 durante su vigencia, el art. 1222 CCC impone al locador, en los casos de locación de inmuebles con destino habitacional y con carácter previo a la demanda por desalojo por falta de pago de alquileres, intimar fehacientemente al locatario por la suma adeudada otorgándole un plazo que no podrá ser inferior a diez días corridos desde la recepción del requerimiento para cumplir con su obligación. A esos efectos, deberá consignar un lugar de pago. Se trata de una norma con efectos tuitivos que tiende a ultimar las previsiones para evitar el desalojo en los supuestos de locaciones destinadas a vivienda.

En segundo lugar, el Código Civil y Comercial regula, en su art. 1223, los alcances y el procedimiento para llevar a cabo el desalojo del inmueble locado una vez extinguida la relación contractual. Así, luego de especificar que en ese momento debe restituirse la tenencia de la cosa locada (art. 1210 CCC), establece que cuando esa obligación resultase incumplida, no será aplicable el procedimiento de la cláusula resolutoria implícita (art. 1088) cuando pretendiese demandarse el desalojo por las siguientes causales: a) cumplimiento del plazo convenido contractualmente (art. 1217, inc. a); b) requerimiento de restitución por parte del locador una vez vencido el plazo convenido contractualmente (arts. 1217, inc. a y 1218); c) falta de pago del canon convenido durante dos períodos consecutivos (art. 1219, inc. c); y d) resolución anticipada por voluntad del locatario (art. 1221, inc. a y b).

Ello es así porque, en los tres primeros casos, el locador no podrá iniciar la acción judicial de desalojo sin intimar de cumplimiento al locatario; en el último, por cuanto, tratándose del ejercicio de una facultad discrecional puesta en cabeza del locatario (siempre que cumpla con la indemnización estipulada), no puede hablarse de incumplimiento de las obligaciones del locador y, por tanto, no aparece uno de los presupuestos de aplicación de la cláusula resolutoria implícita. Por último, el art. 1223 establece un plazo mínimo para la ejecución del lanzamiento, posterior a la sentencia de desalojo: éste no podrá ser inferior a diez días; deberán, por tanto, las legislaciones procesales, adaptarse a esta disposición.

En tercer lugar, el art. 1224 fija el destino de las mejoras útiles (aquellas que resultan provechosas para cualquier poseedor) o suntuarias (aquellas que fuesen de utilidad exclusivas de quien las introdujo); en este caso, el locatario podrá retirar cualquiera de

ellas al concluir la locación, salvo que: a) hubiese acordado que ellas quedarían en beneficio de la cosa locada; b) si de la separación de las mejoras se siguiese un daño para la cosa; y c) si separarlas no le proporcionase beneficio alguno.

Por su lado, el locador podría optar por conservar dichas mejoras (aun si hubiesen sido hechas en violación de lo previsto en el contrato, por no estar autorizadas) pagando el mayor valor (no lo efectivamente erogado) que, como consecuencia de ellas, adquirió la cosa locada.

En cuarto lugar, el actual Código Civil y Comercial reproduce, en el art. 1225, el art. 1582 bis del Código Civil (ley 25.628), referido a la extinción, junto con el contrato principal, de la fianza que se hubiese estipulado. En efecto, será nula toda cláusula inserta en el contrato por la cual se pretendiese extender la fianza (cualquiera fuese su tipo: simple, solidaria o como fiador principal pagador) más allá de los términos del contrato de locación original. Por lo tanto, las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del plazo de la locación, excepto aquellas ocasionadas por la falta de restitución en término por parte del locatario; de acuerdo con ello, para que el fiador pueda ser obligado más allá de los términos originales del contrato de locación, deberá haber prestado nuevamente su consentimiento en la renovación o prórroga del contrato. Cabe aclarar que esta norma es de contenido imperativo para las partes y que su ámbito de aplicación se reduce a los contratos de locación de inmuebles, sin distinción de destino.

#### **4.1.3 Derecho de Retención**

En quinto y último lugar, el art. 1226 concede al locatario la posibilidad de ejercer un derecho de retención que lo faculta, de ese modo, a percibir los frutos naturales que la cosa produjese para compensar, por ejemplo, lo debido por el locador en concepto de mejoras introducidas en la cosa locada. Debemos recordar que, en función de lo normado por los arts. 2587 y siguientes del CCC, "Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa".

De modo tal que el derecho de retención lo ejercerá el locatario sobre la cosa locada que debe restituir. Asimismo, toda vez que el art. 1226 no establece ninguna otra especificación al respecto, debe aplicarse el régimen general aludido (arts. 2587 y siguientes) y, por tanto, el derecho de retención no incluirá la facultad de usar la cosa (art.

2591, inc. a): es que, en rigor, se ha extinguido la obligación de usar la cosa locada y, como contrapartida, también la de pagar el canon locativo. No resulta exigible, por el contrario, la notificación establecida por el art. 2590 in fine, puesto que la percepción de los frutos (supuesto que activa la necesidad de dar aviso al deudor) es la exclusiva finalidad que se persigue con el ejercicio del derecho de retención en este especial supuesto.

#### **4.2 Extinción de la fianza**

Se dedican en el Código Civil y Comercial los arts. 1596 y 1597 para regular la cuestión de la extinción de la fianza. Se sigue en sus soluciones las previsiones del Proyecto de Código Civil de 1998.

La fianza se extingue, conforme el art. 1596 del CCC, por diversas causas, a saber:

a) 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: la fianza se extinguirá cuando la subrogación en los derechos del acreedor se hubiere hecho imposible por una conducta culpable de éste. Para que la imposibilidad produzca la extinción de la fianza se requerirá que cause un perjuicio al fiador de magnitud. Este artículo contempla el caso en que el acreedor perdiese, por negligencia o mala fe, las garantías o privilegios con los que contaba al momento de celebrarse el contrato. La fianza se extinguirá en la misma proporción que la garantía cuya subrogación se hace imposible. La norma sanciona al acreedor negligente o de mala fe, extinguiendo la fianza.

b) Si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador: la prórroga del plazo estipulado en el contrato, sin el asentimiento del fiador importa una alteración de la obligación afianzada, que es susceptible de ocasionar perjuicios al fiador, como por ejemplo el riesgo que el deudor cayera en insolvencia. El fiador sigue en la creencia de que el afianzamiento tiene el plazo convenido inicialmente.

c) Si transcurren cinco años desde el otorgamiento de la fianza general en garantía de obligaciones futuras y éstas no han nacido: la finalidad que el apartado observa es limitar

la responsabilidad del fiador y concluir la cautividad que la incertidumbre engendra y prolonga en el tiempo.

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: procura una actuación diligente del acreedor y evitar su inacción, a fin de excutir los bienes del deudor principal y, así, impedir su insolvencia. Borda (1995) explica que debe haber una negligencia evidente y no una mera demora razonable por parte del acreedor.

#### **4.2.1 Otro modo extintivo de la fianza: novación**

La novación de la obligación principal extingue las obligaciones accesorias que de ella dependan, como ser las garantías personales (contrato de fianza). El dispositivo constituye una derivación lógica de las consecuencias jurídicas que en general la ley le asigna a la novación. Claro resulta, que el codificador no ha querido que la fianza pase a la nueva obligación, sin que el fiador preste su asentimiento y que ese efecto no dependa de la voluntad del acreedor. (Centanaro,2015)

Art 1597 CCC. “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.”

Por ello, despoja de todo valor la reserva que hiciere el acreedor de conservar sus derechos frente al fiador (Rodríguez,2015). En este contexto el art. 1597 del CCC, presenta una excepción a la regla de la novación, por cuanto dispone que, aun cuando el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador, la fianza se tendrá por extinguida. Cabe mencionar que la novación, como de extinción de las obligaciones, faculta al acreedor a impedir la conclusión de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva expresa de su parte (art. 940 del CCC).

En el segundo párrafo del art. 1597 CCC se contempla el caso de una novación concursal de base legal, es decir, que el efecto novatorio proviene del artículo 55 de la ley 24.522 que establece: “En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”. Por lo expuesto,

no hay contradicción alguna entre el primero y el segundo párrafo del artículo interpretado, pues como ya hemos visto, la novación en el primer párrafo es una decisión voluntaria, en cambio la novación concursal es impuesta por ley.

#### **4.2.2 Evicción**

Art 1598 CCC “La evicción de lo que el acreedor ha recibido en pago del deudor, no hace renacer la fianza. “

El art. 1598 CCC es un complemento del anterior y se refiere al caso de la novación producida por la entrega de bienes en pago al acreedor. La norma indica una causa de extinción de la fianza por vía de consecuencia. Es el caso de la aceptación del acreedor de recibir bienes en pago de su crédito. En este caso la extinción es definitiva y la fianza no puede renacer en el supuesto de evicción de los bienes recibidos. (Centanaro, 2015)

### **5. Extensión de la fianza en el contrato de locación inmobiliaria. Legislación**

#### **5.1 Antecedentes Legislativos**

Extensión de la fianza: En un primer momento, el Código Civil (art. 1582) establecía “Las fianzas o cauciones de la locación o sublocación, obliga 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 hubiera limitado expresamente al pago de los alquileres o rentas.”

En otras palabras, si el contrato no contenía una limitación expresa de la fianza, la responsabilidad del fiador era amplia y cubría todas las obligaciones del locatario.

#### **5.2 Incorporación del artículo 1582 bis del Código Civil**

La ley 25.628 establece: “Art 1: Incorpórese como art 1582 bis Cod. Civil, el siguiente: “La obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación salvo la que derive de la no restitución del inmueble locado” 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 deudor o principal pagador, del contrato de locación original”.

La Cámara de Diputados aprobó el proyecto, siendo la fecha de sanción el 31 de julio de 2002. El Poder Ejecutivo promulgó la ley el 22 de agosto de 2002 mediante el decreto 1546/02. Entre los fundamentos del proyecto del señor diputado Néstor Rostan, que fue el antecedente directo de la reforma manifestó: " El presente proyecto tiene la finalidad de resguardar el patrimonio de aquellos ciudadanos que de buena fe colocan el peligro su peculio cuando otorgan fianza en los contratos de locación y en él se incluyen cláusulas donde se los constituye en codeudor solidario liso y llano principal pagador hasta la restitución del inmueble".

La motivación para consagrar la norma se basó en: a) la diversificación de la jurisprudencia y b) la inequidad de las partes que llevo a legislar en la materia. El proyecto establece que con éste se intenta resguardar la situación de los garantes otorgando un trato más justo y equitativo de los obligados al pago, que de buena fe ponen en riesgo su patrimonio (hasta a veces su vivienda) limitando su responsabilidad al plazo original del contrato. Además, con esta restricción se favorece al mercado de la locación ya que las personas comenzaran a otorgar fianzas al encontrar un resguardo legislativo.

### **5.2.1 Estructura y carácter de la norma**

El art 1582 bis incorporado al Código Civil, aborda el tratamiento del tema de la duración de la fianza en el contrato de locación, y de su propio texto se denota que el tema regulado es "prohibición de la extensión de la fianza". La disposición regulada en tres párrafos puede ser dividida en dos núcleos normativos diferentes:

- En los dos primeros párrafos que establecen el régimen normativo de duración de la responsabilidad del fiador en el contrato de locación, régimen que se conforma con las siguientes soluciones:

a) Regla general de la extinción ipso iure de la responsabilidad; b) criterio excepcional de subsistencia por no restitución del inmueble; c) necesidad de conformidad expresa del fiador para extender su responsabilidad por las prórrogas.

- Prohibición de incorporación de cláusulas que extiendan anticipadamente la garantía más allá del término original.

Respecto del carácter de la norma se advierte que los proyectos contenían la mención como de orden público, que finalmente fue suprimida del texto aprobado. No obstante, atento al carácter imperativo de la norma, debe analizarse si la disposición se sustenta igualmente en valoraciones de orden público.

En el caso del art 1582 bis emergen de los fundamentos del proyecto suficientes elementos para conocer que la disposición ostenta carácter de orden público económico de protección, en orden a la tutela y el funcionamiento regular de las garantías en el mercado locativo. Se trataría de una limitación establecida con carácter imperativo, ordenada a tutelar el orden social de ciertas manifestaciones de la autonomía privada consideradas nocivas para el ordenamiento. Se prohíben en suma programas negociales que no se ajusten a la regulación efectuada por la norma.

### **5.3 Cesación automática de la obligación del fiador**

La principal consecuencia de la solución legislativa es la cesación automática de la garantía con la finalización del término contractual previsto. La norma pone fin a la responsabilidad del fiador por obligaciones posteriores a la finalización del contrato. Lo que se establece en definitiva es una limitación temporal de la responsabilidad del fiador.

Como consecuencia de esta limitación a la responsabilidad del fiador, ninguna de las responsabilidades que con posterioridad puedan surgir por la conducta del locatario será posible trasladarlas al fiador. Por lo tanto, extinguido el contrato, no es factible trasladar al garante las deudas provenientes de alquileres, impuestos o reparaciones que puedan proceder del deterioro culpable o inculpable de la cosa, posteriores al vencimiento del plazo contractual. La limitación es definitiva en relación con las partes.

No requiere comunicación y opera por el sólo vencimiento del término contractual originariamente previsto. Sin embargo, si el locatario no entrega el inmueble en la fecha prevista en el contrato, la fianza abarca el resarcimiento de los daños y perjuicios

ocasionados al locador por la demora en la entrega. Así como los daños a la propiedad que se constaten en el momento de recibirse el inmueble y las costas judiciales que se devengaren.

#### **5.4 Necesidad de consentimiento expreso del fiador para obligarse en las renovaciones y prórrogas.**

El segundo párrafo de la disposición (Art. 1582 bis) bajo análisis condiciona la posibilidad de extensión temporal de la fianza, más allá del término del contrato original, a la expresa manifestación del consentimiento del fiador-garante, en consecuencia, o el garante presta su consentimiento expreso, o el contrato debe culminar con la finalización del término originalmente previsto.

#### **5.5 Nulidad de las cláusulas de extensión anticipada de la fianza.**

La prohibición de que el garante exprese su consentimiento anticipadamente toma en cuenta dos razones: la primera, es que el legislador ha considerado que el mantenimiento de la responsabilidad del fiador luego de la finalización del término original es una situación anómala que expone al garante a prácticas abusivas. Y segundo, en importante medida, el contrato de locación se celebra a través del esquema de adhesión a cláusulas dispuestas por la parte locadora, lo que posibilitaría que la finalidad tuitiva respecto del garante resulte desvirtuada si se admiten cláusulas que extienden su responsabilidad anticipadamente.

En conclusión, el imponerle al fiador la extensión de su fianza, fuera del plazo originario y bajo nuevas modalidades sin su intervención y menos consentimiento, iba mucho más allá de lo que un “buen hombre de negocios” podía suponer al tiempo de prestar su garantía y esto se transformó en grandes abusos de locatarios contra fiadores incautos, que creían afianzar sólo por el plazo contractual originario y por el tiempo en que el inquilino, obligado a restituir, pudiera resistirse a devolver la finca locada y no por más. Bien entendido el art 1582 bis, no desprotege al locador, sino que obliga indefectiblemente a las partes a definir la situación al vencimiento del término del contrato, trasladando claramente al locatario la carga de conseguir una nueva

manifestación de la voluntad del fiador, si es que aspira a la permanencia en el inmueble locado.

## **6. Antecedentes doctrinarios**

Con relación al tema debatido hay diferentes opiniones doctrinarias que llevaron a cambios legislativos, lo que se tradujo en una tutela más satisfactoria para el garante o fiador. Antes del año 2002, momento en que se incorpora el art 1582 bis, doctrinarios debatían la extensión de la responsabilidad del fiador.

### **6.1 Término del contrato de locación y fianza: hasta que momento continúa obligado el fiador**

Con gran frecuencia, luego de vencido el término del contrato originario, las partes lo continúan por acuerdo expreso o tácito o por disposición de la ley. Si el contrato establece simplemente la fianza, sin más agregado, no hay duda de que las obligaciones del fiador concluyen al término del contrato originario, por más que luego las partes lo prorroguen. Pero lo habitual es que el fiador se obligue como principal pagador “hasta la desocupación de la cosa o “hasta la entrega de las llaves”. Suponiendo que las partes prorroguen la vigencia de la locación, ¿continúa obligado el fiador hasta la desocupación efectiva de la cosa o, por el contrario, sus obligaciones acaban al concluir el término del contrato originario? Esta cuestión ha dado lugar a un largo debate en nuestra doctrina y ha motivado decisiones contradictorias de los tribunales

A continuación, detallo las teorías:

- “La obligación del fiador continúa hasta la efectiva desocupación de la cosa” (Salvat, 1957, p.250). Se aduce en favor de esta solución:
  - a) Como en esta materia rige el principio de la libertad contractual, debe respetarse la voluntad de las partes, claramente expresada al acordarse en el contrato que la fianza se mantiene hasta la desocupación y entrega de las llaves
  - b) El que se obliga como principal pagador asume las mismas obligaciones del inquilino, vale decir, se coloca como deudor directo. En este sentido se han pronunciado numerosos fallos: C. Civil 1° Cap., 1/12/1933, J.A.t 44, p.531; C. Civil 2° Cap., 8/4/1932. J.A. t 37, p. 1938. Han adherido algunos autores: SALVAT, nota

en J.A, t. 65 p 121; DASSEN en J.A. t 47, p 958 (aunque con la reserva que la solución le parece mala.

- La Cámara Civil de la Capital se ha pronunciado en el sentido de que, si la obligación del fiador se ha extendido hasta la desocupación del inmueble, ella subsiste hasta el término de la ocupación, pero cesa si se hace un nuevo contrato entre locador y locatario, lo que ocurre si éste acepta un aumento de los alquileres. (Borda, 1995, p.155). La razón es simple: si hay un nuevo contrato, se produce una novación que extingue los efectos del contrato anterior. (Borda, Alejandro, nota en L.L, 1995); (Rey, nota en L.L. 1990)

La solución no varía porque el fiador se haya obligado como principal pagador, pues la relación sigue siendo de fianza. Se enrolan en esta postura: C. Civil Cap., Sala C, 23/4/1992, E.D, t, 146, p 467 y autores antes citados como Borda, Rey

- De acuerdo con una tercera opinión, “Las obligaciones del fiador sólo se extienden 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 esta decisión son:

- a) El fiador sólo ha entendido obligarse por el término pactado en el contrato; es inadmisibles pretender que su responsabilidad se extienda a un nuevo contrato como es el que resulta del acuerdo en el cual se prolonga la duración primitivamente pactada
- b) La cláusula por la cual el fiador se obliga hasta el momento de la entrega de las llaves o de la efectiva desocupación, debe entenderse en el sentido 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 es posible que vencido el contrato, el locatario resista el desalojo y en tal caso es justo que el fiador responda por los alquileres durante todo ese tiempo en que aquel se mantuvo sin derecho en la posesión de la cosa. Interpretar de otro modo la cláusula según la cual la garantía dura hasta el momento de la desocupación llevaría a tener que admitir que el fiador es responsable aún en el caso de que locador y locatario firmen un nuevo contrato con un aumento considerable del alquiler, lo que es inadmisibles porque es imponer al fiador más obligaciones que las que el asumió
- c) La continuación de la locación de conformidad con Cod. Civil (art. 1622) debe entenderse entre locador y locatario y no respecto del fiador,

- d) La solución del caso no varía porque el fiador se obligue como principal pagador, ya que esa obligación está referida siempre al contrato cuyo término de duración está fijado en el mismo instrumento; más allá de ese término, cesa el carácter de principal pagador
- e) La fianza en los contratos de locación se presta por ineludibles obligaciones de amistad o parentesco y no es justo ni razonable hacer pesar sobre él más obligaciones que las que ha contraído. Se inclinan por esta solución: (Rey, nota en L.L, 1990), (Borda, Alejandro, La fianza en el contrato de locación, 1994)

Esta divergencia doctrinaria y jurisprudencial quedó superada por la sanción de la ley 25628 que incorporo el art 1582 bis Código Civil, el que dispone que” 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 de inmueble locado. 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”

La solución legal es coincidente con la tercera postura. Además, se desprende de ella, que el locador debe tener un papel activo si quiere resguardar su derecho contra el fiador, lo que lo obliga a intimar a su locatario a devolver la cosa antes de la finalización del contrato.

## **6.2 Las prórrogas o renovación del contrato**

El art. 1582 bis del Código Civil disponía que el fiador quedaba 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 conformidad. La solución es justa pues el nuevo acuerdo de voluntades está prescindiendo de la voluntad del fiador y comprometiendo en forma más amplia su patrimonio, al extender la duración de la obligación.

El VII Encuentro de abogados civilistas (Rosario, 1993) sostuvo que:

- La alteración del precio de la locación o la extensión del plazo, aún en el supuesto del art. 1622 Código Civil dan lugar a la extinción de la fianza, salvo que el codeudor haya manifestado su conformidad (mayoría)

- La obligación del fiador cesa cuando, habiendo vencido el plazo de la locación, ésta continúa en los términos del art. 1622 Cód. Civil o el contrato ha sido prorrogado por el locador y locatario. (unanimidad)

Voy a transcribir el art. 1622 del derogado Código Civil así se comprenden las reflexiones de la doctrina en ese momento: “Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, no se juzgará que hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación concluida, y bajo sus mismos términos, hasta que el locador pida la devolución de la cosa; y podrá pedirla en cualquier tiempo, sea cual fuere el que el arrendatario hubiese continuado en el uso y goce de la cosa.”.

La implementación del art. 1582 bis significa una reacción contra la jurisprudencia que no advertía el carácter novatorio de toda prórroga contractual. Es importante señalar que la obligación asumida por el fiador fue por un cierto tiempo y no puede extenderse sin contar con la conformidad del propio fiador. Es inadmisibles que éste se vea obligado a responder por un plazo más extenso del que se obligó en contra de su voluntad, pues, en verdad, si con posterioridad al vencimiento del contrato hubo un nuevo acuerdo entre locador y locatario, sin intervención del fiador, sus efectos le resultan inoponibles. (Leiva Fernández, La fianza en la locación, L.L, 2002).

### **6.2.1 La modificación del precio**

Si bien la nueva norma, art. 1582 bis, no contempla de manera expresa la hipótesis de la modificación del precio de la locación, la solución no puede variar: el fiador debe ser liberado cuando locador y locatario han modificado el contrato y agravado las obligaciones afianzadas. El fiador sólo continuará deudor de las obligaciones anteriores al acuerdo entre locador y locatario (Lorenzetti, Tratado de los Contratos, t. II, p 394). El tema es importante pues la modificación del precio de la locación puede acordarse sin instrumentar un nuevo contrato y provoca siempre la novación de la obligación original. En efecto, las leyes de arrendamientos rurales y de locaciones urbanas admiten que, omitida la forma escrita, los contratos podrán ser probados si existe un principio de prueba por escrito. (arts. 40 ley 13246 y 1º ley 23091) (López de Zavalía, Teoría de los contratos, t3, Parte Especial, p. 548). El art. 1191 Código Civil establece que los contratos que tengan una forma determinada por la ley se juzgaran probados, entre otros casos, cuando

hubiese un principio de prueba por escrito en los contratos que puedan hacerse por instrumento privado. El art. 1192 considera principio de prueba por escrito a cualquier documento público o privado que emane del adversario o de su causante y que hiciera verosímil el hecho litigioso. Queda claro, entonces que la forma escrita queda reducida a un simple medio de prueba. Ni siquiera es una forma ad probationem pues ésta tiene como característica esencial la imposibilidad de probar la existencia del contrato de otra forma que no sea la especialmente establecida (Mosset Iturraspe, Contratos, p. 265), como ocurre con el contrato de fianza, que si es negado en juicio sólo puede ser probado si fue hecho por escrito. (art. 2006).

Por lo tanto, si las partes han alterado el precio de la locación (para lo cual no es necesario que se redacte un nuevo contrato pues basta que exista un principio de prueba por escrito o un principio de ejecución), han modificado un elemento esencial del contrato celebrado y no hay duda de que implica una obligación diferente con relación al primitivo contrato. Esa alteración es querida por las partes, lo que demuestra la intención de novar. (C. Civil Cap., Sala C, 16/8/1994).

### **6.2.2 Nulidad de la cláusula que anticipadamente extiende la fianza**

El art. 1582 bis declara la nulidad de toda cláusula que, en el contrato de locación original, admita que la fianza se extienda más allá del vencimiento contractual. Se trata de una cláusula nula, de nulidad relativa, pues el interés comprometido es sólo el del fiador. (Leiva Fernandez, La fianza en la locación, L.L t.2002). La ley ha previsto que la extinción de la fianza por el mero vencimiento del plazo contractual era insuficiente para proteger debidamente al fiador. En efecto, si la norma se hubiera agotado en ello, habría cabido la posibilidad que el fiador renunciara a ese derecho admitiendo en forma expresa que su responsabilidad se extendiera hasta la efectiva entrega de la cosa al locador. Esto es lo que ocurre en el régimen peruano, que, por un lado, dispone que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el asentimiento del fiador extingue la fianza, pero, por otro lado, admite el asentimiento anticipado. Con esta norma se impide tal ardid. Ahora, para que el fiador continúe obligado, será necesario convenirlo en forma expresa y con posterioridad al vencimiento contractual. (Leiva Fernandez, 2002).

### 6.3 La extensión de la responsabilidad del fiador en el CCC

Tomando como eje las discusiones doctrinarias anteriormente detalladas, la ley 26994 que da vida al Código Civil y Comercial de la Nación, recepta la postura detallada con la incorporación del art. 1582 bis.

El Código Civil y Comercial de la Nación sigue la misma línea de pensamiento. A saber (art. 1225): “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 locado. 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”.

La fianza caduca al momento de vencer el plazo convencional del contrato. Si las partes del contrato de locación deciden renovarlo o prorrogarlo en forma expresa o tácita, o continuarlo en los términos del art. 1218 debe requerir el consentimiento expreso de parte del fiador para prorrogar la garantía. (Leiva Fernández ,2015).

. En efecto, será nula toda cláusula inserta en el contrato por la cual se pretendiese extender la fianza (cualquiera fuese su tipo: simple, solidaria o como fiador principal pagador) más allá de los términos del contrato de locación original. Por lo tanto, las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del plazo de la locación, excepto aquellas ocasionadas por la falta de restitución en término por parte del locatario. De acuerdo con ello, para que el fiador pueda ser obligado más allá de los términos originales del contrato de locación, deberá haber prestado nuevamente su consentimiento en la renovación o prórroga del contrato. Cabe aclarar que esta norma es de contenido imperativo para las partes y que su ámbito de aplicación se reduce a los contratos de locación de inmuebles, sin distinción de destino.

El art. 1218 Código Civil y Comercial recibe la regla del derogado Código Civil (art. 1622), en cuanto prohíbe la tácita reconducción y autoriza la continuidad del mismo bajo los mismos términos aún vencido el plazo contractual. El art. 1218 Código Civil y Comercial innova con relación al legitimado para dar por concluida la locación luego de

vencido el plazo contractual, poniendo en igualdad de condiciones a locador y locatario para comunicar la voluntad de concluir el contrato locativo.

## CAPÍTULO IV

### Extensión de la responsabilidad. Aplicabilidad

En este capítulo voy a profundizar la extensión de la responsabilidad del fiador en torno a su aplicabilidad. Para ello trato la diferencia entre tácita reconducción y continuación de la locación concluida, indicando cual es el sistema elegido por nuestro CCC. También analizo la diferencia entre inacción del acreedor y prórroga de la locación concluida. Por último, hago referencia a la Cesión de la Locación y la Sublocación.

#### 7. Aplicabilidad

##### 7.1 La reconducción en el Código de Vélez Sarfield

Según el art. 1622 CC: "Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, no se juzgará que hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación concluida y bajo sus mismos términos, hasta que el locador pida la devolución de la cosa; y podrá pedirla en cualquier tiempo, sea cual fuere el que el arrendatario hubiese continuado en el uso y goce de la cosa".

La clara terminología romana distingue entre el "reconducir" y el "relocar". En ambos casos hay una nueva locación, diferenciándose en esto: la reconducción es una nueva locación con el mismo locatario, en tanto que la relocación es una nueva locación con otro locatario.

Lo que aquí nos interesa es la reconducción: el hecho de que el locatario (conductor) tome nuevamente (reconduzca) la misma cosa en locación.

Cabe distinguir entre la reconducción expresa y la tácita:

- a) De la expresa no se preocupa la doctrina, entra dentro de las posibilidades de la autonomía privada (art. 1197 CC). No ofrece reales problemas. Se caracteriza porque el nuevo contrato de locación sigue al anterior sin que se produzca una solución de continuidad en el uso o goce.

El nuevo contrato de locación puede reproducir las mismas cláusulas del anterior, o tener cláusulas distintas. Si no obsta a llamar "reconducción" a ambas hipótesis, permite también, reservar ese nombre para la primera, aludiendo a la segunda con el de "renovación".

- b) Es la tácita, la que despierta la atención de la doctrina y de la legislación.

De admitírsela, tiene de común con la expresa, el que, de hecho, no hay solución de continuidad en el uso o goce. Pero falta una declaración de voluntad expresa, común a ambas partes, en el sentido de concluir una nueva locación. Lo que existe, es el hecho de que el locatario continúa en el uso o goce de la cosa, y el locador no se opone...

¿Puede de allí extraerse que tácitamente las partes han concluido una nueva locación?

La historia y el Derecho comparado nos ofrecen ejemplos de variadas formas de responder al interrogante. Las legislaciones que contestan afirmativamente se encuentran ante un cúmulo de problemas. Nuestro Código contesta en sentido negativo.

## **7.2 Los problemas superados**

La admisión de la tácita reconducción presenta problemas de los que nuestro Código, al negarla, se desentiende:

a) Si se entiende que hay una declaración tácita común en el hecho de que el locatario continúe en el uso o goce de la cosa, sin oposición del locador, ¿cuánto deberá ser el tiempo que deberá transcurrir, en esa situación? Se advierte que no puede bastar con un instante, pues ello implicaría renunciar a un mínimo de elocuencia tácita. Vélez Sarsfield se hace eco de esta dificultad (nota al art. 1622 CC)

b) ¿Cuál será el tiempo de duración del nuevo contrato? Las variantes aquí son numerosas, y de algunas de ellas se hace eco la nota al art. 1622 CC

Por vía de ejemplo, si concluido un contrato de locación por tiempo determinado, se admite una reconducción, podemos imaginar que la reconducción sea por el mismo tiempo, o por otro distinto, o que sea por tiempo indeterminado.

## **7.3 El sistema del Código Civil**

Código Civil (art. 1622) no admite la tácita reconducción, pero con no admitirla no basta pues es necesario dar respuesta a este interrogante: ¿bajo qué reglas se juzga la situación que se opera cuando el locatario, concluida la locación, permanece en el uso o goce, sin oposición del locador?

El Código Civil contesta: hay continuación de la locación concluida, que transcurra en ese estatus, un instante, un día, o un mes, o un año, o mayor tiempo, no interesa: el estatus de continuación permanece.

En posición contraria Segovia (1894) considera que es reconducción por más que la ley rehúya el confesarlo. Razona que si el contrato continúa "no ha concluido; y si ha concluido y las obligaciones subsisten, es que hay un nuevo contrato tácito". La argumentación de Segovia, no por impactante, deja de ser rebatible: un contrato, por tácito que sea, supone declaraciones de voluntad provenientes de personas en estado de emitir las. La continuación ex art. 1622 se opera, aunque una o ambas partes no se encuentren en condiciones de exteriorizar una voluntad. Para la continuación no hace falta un pacto tácito; la locación anterior continúa por vía de inercia. (López de Zavalía, 1995).

### **8.Requisitos de la continuación de la locación**

Se ha señalado que constituyen presupuestos de la continuación los siguientes:

- a) Que se trate de locación a plazo fijo y vencido;
- b) Que el locatario permanezca en el uso y goce de la cosa locada;
- c) Que, luego del vencimiento, el locador haya consentido expresa o tácitamente esa ocupación".

En cuanto a los dos primeros presupuestos, coincidimos en que debe haber un plazo fijo y encontrarse éste vencido, y el locatario permanecer en el uso o goce. Estimamos, sí, conveniente, formular una aclaración respecto a lo que entendemos por "fijo". Nuestro Código distingue entre las locaciones término fijo, y sin él (arts.1609y1610 CC), clasificación que se verifica desde una perspectiva diferente a la que distingue las locaciones según sean o no por tiempo determinado. Es para las locaciones a término fijo que funciona adecuadamente el instituto de la continuación. Para las que no son a término fijo, hay plazos.

Art.1609. CC: "Acabado el tiempo de la locación, hecha a término fijo, por el vencimiento del plazo, si el locatario no restituye la cosa arrendada, el locador podrá desde luego demandarlo por la restitución con las pérdidas e intereses de la demora"

Art.1610 CC:" Si la locación no fuese a término fijo, el locador no podrá exigir al locatario la restitución de la cosa arrendada, sino después de los plazos siguientes:

1. Si la cosa fuese mueble, después de tres días de haberle intimado la cesación de la locación
2. Si fuese casa, departamento o pieza, establecimiento comercial o industrial, predio o predio rústico, después de tres meses contados del mismo modo.
3. Si fuese predio rústico en que existiese un establecimiento agrícola, después de un año

contado del mismo modo

4. Si fuese terreno en que no exista establecimiento comercial, industrial o agrícola, después de seis meses contados del mismo modo.”

### **8.1 Las causas especiales: prórroga del plazo del pago. Diferenciar de la inacción del acreedor**

"La prórroga del plazo del pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza" (art. 2046 CC). Se trata, aquí, del caso de prórroga, fenómeno distinto del de inacción del acreedor.

Corresponde distinguir conceptualmente entre inacción del acreedor y prórroga otorgada, porque tienen diferente régimen.

A. La inacción del acreedor consiste en que éste no se dirige contra el deudor principal reclamándole el pago. Es una conducta que puede asumir el acreedor y que no implica prórroga alguna, pues en cualquier momento puede cambiarla, pasando del estado de inactividad al de actividad; es una tolerancia cuya duración depende de la sola voluntad del acreedor. La prórroga, en cambio, implica un diferimiento que ata al acreedor pues, una vez concedida, el acreedor no podría desdecirse y pretender reclamar el pago antes de que venza el tiempo de prórroga acordado.

B. El art. 2046 CC no contempla el caso de inacción del acreedor, que queda asumido por otras disposiciones del Código que conviene recordar brevemente para la mejor comprensión del texto ahora en examen.

### **8.2 Los remedios contra la inacción**

La inacción del acreedor presenta sus riesgos para el fiador porque en el interín el deudor puede caer en estado de insolvencia.

a) El fiador puede ponerse a cubierto de ese riesgo por la vía del Art.2026 inc.2, que establece “El fiador puede pedir el embargo de los bienes del deudor, o la exoneración de la fianza, si vencida la deuda el deudor no pagase”, dirigiéndose contra el deudor. Pero debe tenerse presente que esta es una vía de la que sólo gozan los fiadores que disponen de acciones propias contra el deudor.

b) El fiador puede también ponerse a cubierto por la vía del art. 2015 CC que se dirige contra el acreedor requiriéndole que proceda contra el deudor.

Art. 2015 CC: “Aunque el fiador no sea reconvenido podrá requerir al acreedor desde que sea exigible la deuda para que proceda contra el deudor principal, y si el acreedor no lo

hiciera, el fiador no será responsable por la insolvencia del deudor sobrevinida durante el retardo”. Es una facultad que surge del contrato de fianza, pero que supone que el fiador goza del beneficio de excusión.

El fiador, en fin, sin necesidad de haber requerido expresamente al acreedor, queda protegido por el art. 2018, si después de haber opuesto el beneficio de excusión, entrara el acreedor en inacción y sobreviniera la insolvencia del deudor.

Art. 2018 CC: “Si el acreedor es omiso o negligente en la excusión, y el deudor cae entretanto en insolvencia, cesa la responsabilidad del fiador.

### **8.3 La prórroga**

Mientras los arts. 2026, inc. 2, 2015 y 2018 CC protegen al fiador ante el caso de inacción del acreedor, el art. 2046 lo hace contra el caso de prórroga, que implica, según hemos dicho, un diferimiento de la obligación que ata al acreedor.

Como el art. 2046 no distingue según que la prórroga haya sido acordada antes de que haya llegado la oportunidad del pago, o después del vencimiento de la obligación, abarca ambas hipótesis, a las que Vélez Sarsfield adscribe como consecuencia la extinción de la fianza, apartándose de la tradición francesa, y tomando la letra de García Goyena, aunque con una variante en el espíritu que precisaremos y que lo aproxima a Freitas.

Cabe observar, sí, que para el art. 2046 sub examen, no interesa que durante el tiempo de la prórroga el deudor haya caído en insolvencia. La insolvencia no forma parte de su supuesto de hecho. Integra, sí, el supuesto de hecho, el que no medie consentimiento del fiador.

#### **8.3.1 La tradición francesa**

Se pregunta sobre cuáles son los efectos de la prórroga del plazo del pago concedido por el acreedor si, en el ínterin, el deudor cae en insolvencia. Señala que este caso es distinto al de pago por dación de una cosa de la que luego el acreedor es evicto. En la dación en pago, durante el tiempo que va hasta la evicción, la fortuna del deudor puede comenzar a debilitarse, pero el fiador no podría tomar medidas precautorias que carecerían de sentido porque la obligación principal aparece extinguida. De allí que, en equidad, si luego la cosa dada en pago resulta evicta y el deudor en estado de insolvencia, debe tenerse al fiador por liberado, porque lo contrario implicaría perjudicarlo.

En la prórroga, en cambio, la deuda no aparece pagada, y el fiador tiene medios para obrar contra el deudor si advierte que su fortuna comienza a debilitarse. Concluye de allí que la

caución “no puede pretender que esta prórroga del término acordada al deudor le perjudica, puesto que, por el contrario, le aprovecha” (Pothier, *Obligations*, 406)

Los redactores del Código Napoleón se encontraron con esa tradición jurídica y dispusieron en el art. 2039 que "la simple prórroga del término, acordada por el acreedor al deudor principal, no libera a la caución, que puede, en este caso, perseguir al deudor para forzarlo al pago". El rígido principio "no libera" queda luego atenuado, al contrabalancearse con la facultad que tiene el fiador de forzar al pago, lo que ha hecho que se diga con razón que está en sus manos el tornar ilusoria la prórroga acordada por el acreedor, ya que para disfrutar de ella el deudor tendrá que negociarla con la caución, ofreciéndole, por ejemplo, una hipoteca en salvaguarda de su eventual derecho al reembolso.

### 8.3.2 Nuestro Sistema

Vélez Sarsfield se apartó de la doctrina francesa. Invocó la ley 10, tít. 18, libro III del Fuero Real de España, según la cual: "Si algún home fiare a otro por alguna cosa pagar, ó facer a plazo, é si ante del plazo, sin otorgamiento del fiador, alongare aquel plazo, el fiador non sea tenuto de la fiadura;...".

A. Esta ley, en su literalidad, sólo contempla la prórroga acordada con anterioridad al vencimiento de la obligación: "é si ante del plazo... alongare aquel plazo". Esa prórroga anterior queda, sin duda, abarcada por el art. 2046 CC. (López de Zavalía, 1995)

¿Quid de la prórroga acordada con posterioridad al vencimiento?

Antecedentes: García Goyena y Freitas

Proyecto de García Goyena (art. 1765): "La prórroga concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador extingue la fianza". Sin duda que en ese texto debemos detectar la fuente literal del art. 2046. Pero una cosa es la letra, y otra el espíritu. (López de Zavalía, 1995)

I. En nuestro sistema, es la prórroga más peligrosa de todas, puesto que, de poderse oponer al fiador, lo privaría de todos los remedios imaginables para ponerse a cubierto de una eventual insolvencia. No tendría la vía del art. 2026 CC, que supone que la deuda ha vencido, y por la misma razón, tampoco tendría las de los arts. 2015 CC y 2018 CC. No le quedaría ni siquiera el remedio "heroico" de pagar para dirigirse contra el deudor, porque igual tendría que esperar ante lo dispuesto por el art. 2031 CC

II. Los franceses evitan este inconveniente porque su art. 2039 admite que el fiador pueda perseguir al deudor.

En nuestro Código, el tema se plantea, en otros términos.

Código Civil (art. 812) establecía que una estipulación que concierna al tiempo modifica la obligación, pero no la extingue, por lo que, de aplicarse el art. 812, tendríamos que (a tenor del *accessorium sequitur principale*) modificaría la obligación del fiador, pero no la extinguiría. Pero el *accessorium sequitur principale* choca con la regla *fidejussio non extenditur*, pues ¿cómo sin el consentimiento del fiador se lo va a hacer responsable por una obligación que subsiste pero que aparece modificada? Se dirá que la prórroga favorece al fiador, especialmente cuando éste no goza del beneficio de excusión, ya que por el *accessorium sequitur principale* disfrutará también de ella, pero no cabe olvidar que puede perjudicarlo si sobreviene la insolvencia.

El art. 2046 CC corta por lo sano y, sin preocuparse de que advenga o no insolvencia, decide que el fiador quede liberado, es decir, trata a la prórroga concedida al deudor como si fuera novación de la obligación principal. Decimos "como si fuera" novación, porque en las relaciones deudor principal-acreedor la obligación subsiste.

### **8.3.3 La doctrina del art. 2046 Código Civil**

a) El art. 2046 no se aplica a la inacción del acreedor, sino a la prórroga otorgada por éste. Abarca tanto las prórrogas anteriores al vencimiento, como las posteriores. Existiendo prórroga, no interesa que sea a través de un plazo cierto o de uno incierto. No forma parte del supuesto de hecho del art. 2046 el que, durante la prórroga, el deudor caiga en insolvencia, pues la liberación del fiador se produce por la sola concesión de la prórroga "como si" hubiera habido una novación. (Salvat, *Fuentes*, N° 2111)

b) Contra lo que enseña un sector de la doctrina (Salvat, *Fuentes*, N°2112) entendemos que el art. 2046 puede ser invocado, no sólo por el fiador simple y el solidario, sino también por el fiador principal pagador. El texto habla de "la fianza" sin calificativo alguno, debiendo tenerse presente que una prórroga acordada al deudor por el acreedor implicaría la pretensión de modificar unilateralmente su contrato con el principal pagador.

## **9. Jurisprudencia**

A tenor de lo expuesto, voy a exponer fallos anteriores a la entrada del Código Civil y Comercial, en los cuales el fiador queda ligado al contrato de locación, una vez terminado el tiempo locativo.

En los autos caratulados “González, Arístides c/ Tello, Rodolfo Carlos y otro” el actor promovió juicio ejecutivo por cobro de alquileres contra Rodolfo Carlos Tello, en su carácter de locador y Virginia Paula Fascetto, como fiadora. La fiadora garantizaba el cumplimiento de las obligaciones, por el tiempo que dure la ocupación. Vencido el plazo, el locador continuó en la locación, prorrogándose tácitamente el contrato. Se deja de abonar el monto del alquiler y se demanda al locatario y fiador el cobro. La fiadora opone excepciones al cobro del mismo. En primera instancia se hace lugar al pedido de la codemandada. Se apela la sentencia y el tribunal de alzada revoca la decisión del juez de grado. Contra dicho fallo interpuso la codemandada recurso extraordinario federal, el que, contestado por la accionante, fue desestimado, dando lugar a la interposición de la presente queja. La C.S.J.N declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada.

De la lectura del caso puede extraerse un fragmento que explica el razonamiento seguido por los jueces para fundamentar su decisión:

Se advierte en consecuencia, que la Cámara omitió diferenciar que la obligación del fiador comprende solamente el pago de los alquileres, intereses y demás accesorios pactados en el contrato originario hasta la fecha de su vencimiento, en casos como el aquí considerado, en que conforme surge de las constancia de autos, no hubo negativa del locatario a restituir el inmueble locado -supuesto en el cual el fiador habría continuado obligado- sino una prórroga tácita convenida entre aquel y el locador, de la cual no participó la fiadora y que se prolongó por más de dos años. Aquí también, como en el antecedente citado, la circunstancia de tratarse de un deudor solidario o de haberse estipulado que respondería por el cumplimiento del contrato hasta tanto el locador devuelva el bien locado -cláusula decimotercera-, no puede derivar en la imposición de una nueva obligación, si no medió la intervención y el consentimiento del codeudor. (C.S.J.N., “González, Arístides c/ Tello, Rodolfo Carlos y otro” ,2003)

En el caso anteriormente transcrito no se condena al pago de los alquileres adeudados al fiador, ya que se entiende hubo una prórroga tácita del contrato convenida entre el locador y locatario, de la cual no participó el fiador.

En el siguiente caso, es un juicio de desalojo contra el locatario por la falta de pago de los alquileres pactados y su correspondiente extensión de la condena en costas a la fiadora. En primera instancia se condena al garante al pago de las costas, sentencia que es rechazada y se impugna llegando así a la Cámara de Apelaciones.

. Hidalgo María Ester c/ Olaechea Eduardo Alberto y Otros s/ Desalojo falta de pago" – Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires) – Sala I - 20/10/2011.

Contrato de Locación. Falta de pago de los alquileres pactados. Desalojo. Extensión de la condena en costas a la fiadora. Rechazo. Fianza extinguida por el vencimiento del término del contrato de locación original. Aplicación del art. 1582 bis del Código Civil. Orden público. Nulidad de la cláusula que extiende la fianza hasta el momento de la restitución del inmueble. Se revoca parcialmente la sentencia apelada. Corresponde exonerar de responsabilidad a la fiadora.

"Con la incorporación del art. 1582 bis al Código Civil se ha pretendido dar una solución legislativa - de carácter imperativo - al tema de la duración de la fianza en el contrato de locación. Como lo ha dicho este tribunal en anterior precedente, tal reforma se caracterizó - llamémoslo así - por la protección del garante, en cuanto ha intentado "resguardar su situación otorgando un trato más justo y equitativo de los obligados a pago que de buena fe ponen en riesgo su patrimonio hasta a veces su vivienda, limitando su responsabilidad al plazo original del contrato" (conf. esta Sala, causa N° 50683, del 12.07.07; con cita de Kemelmajer De Carlucci, Aída, art. reseñado).""El artículo 1582 bis del Código Civil dispone que "la obligación de 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 locado. Se exige consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación 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”. He de proponer al acuerdo declarar la nulidad parcial del contrato de referencia en lo relativo a la cláusula 14, y en cuanto allí se dispuso que la fianza "tendrá vigencia hasta el momento de la efectiva desocupación del inmueble con conformidad de la locadora" (art. 1039 del Cód. Civ.). Ello así en atención a que lo convenido violenta lo dispuesto por el artículo 1582 bis del Código Civil que precisamente, "no puede ser dejado de lado por los particulares en sus convenciones" (Valente Luis, art. cit. p. 65). Seguidamente, corresponderá revocar parcialmente la sentencia apelada, en cuanto entiendo que debe exonerarse a la fiadora de las costas del presente por la cesación del contrato de fianza que la ligaba a las partes (art. 1582 bis del C.P.C.C.)."

## **10. La continuación de la locación en el Código Civil y Comercial. Jurisprudencia**

El Código Civil y Comercial sigue los lineamientos del Código Civil con relación a la extensión de la responsabilidad del fiador, aseverando que no hay tácita reconducción, sino continuación de la locación concluida.

A continuación, transcribo el Art 1218 Cód. Civil y Comercial: “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. La recepción de pagos durante la continuación de la locación no altera lo dispuesto en el primer párrafo.

La permanencia en el bien alquilado luego de vencido el plazo pactado no implica la renovación automática del contrato.

A continuación, voy a explicar un caso de jurisprudencia en el que se trata la continuación de la locación, concluido el contrato, con la particularidad que en este caso hay recepción de pagos posteriores al vencimiento del contrato.

- En los autos caratulados “Baretto Moreno, Eduardo Agapito c/ Cejas del Valle, Teresita y otro s/ Desalojo por vencimiento del contrato, la demandada apeló la resolución de grado que hizo lugar al desalojo impetrado.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil explicó que, si vence el plazo convenido o el plazo mínimo legal en ausencia de convención, y el locatario continúa en tenencia de la cosa, no hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación en los mismos términos pactados, hasta que cualquiera de las partes de por concluido el contrato mediante comunicación fehaciente.

En su recurso, la apelante se agravia ante la falta de valoración de la prueba relativa al hecho de no haber acompañado oportunamente la documentación que avalara la prórroga del contrato de locación, sin considerar que el mismo se renovó tácitamente por haber continuado el pago de los arriendos devengados en los meses posteriores al vencimiento del contrato.

A su vez la recurrente, se agravia por la falta de consideración del estado de salud en que se encuentra, lo que hace presumir que se ha fallado sin tener en cuenta la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentra, destacando sus bajos ingresos y las dificultades que se le presentan para encontrar otra vivienda.

Las magistradas que componen la sala J consideraron que el recurrente “ha reconocido la existencia de contrato y el vencimiento del mismo, y si bien postuló una supuesta renovación del convenio, no aportó medio probatorio fehaciente que respaldara el aserto”, añadiendo a ello que “ningún elemento de prueba idóneo aportó para probar el presupuesto de hecho que contiene su afirmación: la voluntad del locador de reconducir el contrato en iguales condiciones a la de contrato extinguido”.

Los camaristas sostuvieron que “los recibos y demás documentación que acompañó al contestar la demanda no alcanzan para tener por demostrado que hubiera voluntad de novar, cuando no puede perderse de vista que, tanto los contratos de arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda como sus prórrogas y modificaciones deben formalizarse por escrito. (art. 1188 Cód. Civil y Comercial).

Las Dras. Beatriz Alicia Verón y Zulema Delia Wilde resaltaron que “antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, se ha resuelto que cuando las partes han concertado

por escrito el contrato original de locación, la circunstancia de no haber ocurrido al mismo medio para la presunta prórroga constituye una presunción adversa a quien la invoca”.

En la sentencia dictada el 25 de abril pasado, el tribunal explicó que” la permanencia en el bien alquilado, circunstancia en que respalda sus quejas, se sustenta en el art. 1218 del Código Civil y Comercial, que establece que no hay tácita reconducción de darse ese supuesto”, entendiéndose por “tácita reconducción”, la renovación automática del contrato en las mismas condiciones y por el mismo plazo a partir de una conducta inequívoca de las partes, y que, como tal, el Código no consagra.

La mencionada Sala concluyó que “aún cuando el locador recibiera pagos en esa circunstancia de continuación, se interpretará como una situación no configurativa de tácita reconducción, sino como continuación de la locación con vigencia original ya concluida”, lo cual ”en modo alguno se modifica la situación descrita por el hecho de que el locador continúe percibiendo alquileres luego del vencimiento, ya que mientras dure la ocupación se mantiene la obligación de inquilino de pagar el canon locativo”.

Al rechazar los reclamos de la locataria demandada, los magistrados resolvieron que “si el locatario permanece en uso y goce de la cosa arrendada, se considera que continúa la locación concluida bajo los mismos términos, hasta que el locador pida la devolución de la cosa, o bien el locatario haga uso de la facultad que le otorga la norma, expresamente para dar fin a la locación.

Por último, la Sala J aclaró que” las dificultades que se presentan en la actualidad, en el mercado inmobiliario para acceder a la locación de una vivienda, ello no configura una oposición válida al progreso del derecho fundante de la pretensión del locador”, confirmando de este modo la decisión recurrida.

### **11. Responsabilidad del fiador hasta la devolución de la cosa.**

¿Qué alcance tiene la cláusula que responsabiliza al fiador hasta la efectiva devolución de la cosa? Esa previsión está destinada a proteger al locador contra las demoras ilegítimas en la restitución. Cuando el inquilino permanece en la cosa contra la voluntad del locador, y resulta necesario recurrir a la justicia para desalojarlo, el fiador solidario deberá responder por la conducta de su afianzado, y pagar al propietario todos los daños que se le ocasionen, tanto por la demora en la entrega de la cosa locada, como los deterioros causados a la cosa misma. En cambio, si concluido el plazo de la locación, el

locador concede una prórroga al inquilino, sea de manera tácita, como conducta benevolente que se limita a tolerar su permanencia y continuar cobrando los alquileres, sea de manera expresa por convenio que extienda por un tiempo más o menos largo la locación, las obligaciones del fiador habrán cesado, ya que sólo ha asumido la obligación por el tiempo contractual originariamente fijado. El propio Spota (1980) así lo reconoce cuando trata específicamente de la fianza. La solución estaba ya contenida en el Esbozo de Freitas, que en tantos aspectos ha servido de modelo a nuestro Código. Esbozo de Freitas. (Art. 1144.)- “La simple prorrogación del plazo del pago tampoco causa novación, pero, extinguirá la obligación de los fiadores y el derecho de hipoteca, anticresis o prenda sobre bienes de terceros, siempre que estos no hayan consentido expresamente la prorrogación”. También se toma un camino semejante en modificaciones introducidas modernamente a Códigos como el de Guatemala: Art. 1481 (art. 105 del decreto-ley N.º 218):” La prórroga del plazo de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las garantías constituidas sobre bienes que no sean del deudor, salvo que los fiadores o los dueños de las cosas dadas en garantía accedan expresamente a la prórroga.”

Por ello parece acertado lo dicho por un Tribunal de la Capital, cuando sostiene: "Si está reconocido que el fiador no firmó una cláusula de prórroga al finalizar el contrato originario, esa estipulación sin su intervención hace que quede desobligado (arts. 707, 2042, 2047 C.C.), y no obsta a esta circunstancia el que se haya obligado hasta la restitución de la cosa, ya que ello lo fue en la inteligencia de seguirla ocupando el locatario, en base al contrato afianzado y en los términos del art. 1622 C.C. Distinta, en cambio, es la situación cuando la ocupación se prolonga por imperio de un nuevo contrato en que no intervino.

Luego de la lectura de los fallos anteriormente descriptos, en relación con la extensión de la responsabilidad del fiador, podemos concluir que es necesario observar el comportamiento asumido por los locadores en relación con la restitución del inmueble, pues ello es lo que determinará si hay razones para apartarse del principio general sentado en el citado artículo 1582 bis en la responsabilidad de los fiadores ejecutados. El locador debe colocar en mora a su locatario, intimándolo a devolver la cosa. Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce, la locación concluida continuará hasta que el locador requiera la devolución de la cosa, pudiéndola pedir en cualquier tiempo; pero si el propietario no coloca a su inquilino en situación de retención indebida, la

locación continuará en sus mismos términos, aunque sin garantía. (Highton, Elena I., Código Civil y normas complementarias, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, T° 4-A, pág. 354, núm. 9).

## **12.Cesión y Sublocación**

En primer lugar, Código Civil (art. 1213) se establece que el locatario, salvo pacto expreso en contrario, podrá ceder su posición contractual "...en los términos previstos en los artículos 1636 y siguientes"; esto es, remitiendo a las normas que delinean una figura contractual particular en el actual sistema legal. En función de ello, prescribe que el incumplimiento de los requisitos allí previstos al respecto importará violar la prohibición de variar el destino de la cosa locada (art. 1205CCC) y, por tanto, autorizará al locador a resolver el contrato (art. 1219, inc. a) con más los daños y perjuicios que correspondieren.

Art. 1636 CCC: "En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión. Si la conformidad es previa a la cesión, ésta sólo tiene efectos una vez notificada a las partes, en la forma establecida para la notificación al deudor cedido"

Art. 1637 CCC: "Efectos. Desde la cesión o, en su caso, desde la notificación a otras partes, el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario..."

En segundo lugar, el art. 1214 CCC contempla la posibilidad de que el locatario dé en sublocación una parte de la cosa arrendada. A partir de estas definiciones, puede extraerse la diferencia entre ambos conceptos: mientras la cesión implica la transmisión de la posición contractual a través de una figura regulada expresamente y a la que el propio art. 1213 remite, la sublocación importa un nuevo contrato de locación celebrado entre locatario y sublocatario respecto de una parte de la cosa locada.

Ello es así dado que, según el mismo art. 1213 CCC "Se considera cesión a la sublocación de toda la cosa". El art. 1214 CCC fija las condiciones de la sublocación

a) ausencia de pacto en contrario en el contrato de locación

b) comunicar al locador, por medio fehaciente, la intención de sublocar, indicando el nombre y domicilio de la persona con quien se pretende contratar y el destino que el sublocatario le asignará a la cosa

c) ausencia de oposición expresa del locador (el silencio se entiende como conformidad con la sublocación propuesta), comunicada por medio fehaciente, dentro del término de diez días de notificado.

Si el locatario hubiese violado la expresa prohibición de sublocar contenida en el contrato o bien no hubiera seguido el procedimiento indicado, se considerará, como en el caso de la cesión de la posición contractual no autorizada, que se ha incumplido con la obligación de no variar el destino de la cosa locada y, por ende, quedará el locador facultado a solicitar la resolución del contrato con más los daños y perjuicios, si correspondieren. En este punto, cabe señalar que la prohibición contractual de ceder importa también la de sublocar y viceversa; esto significa que, prevista una de tales prohibiciones, se entiende implícita la otra.

En referencia a las relaciones que surgen entre sublocador y sublocatario, el art. 1215 CCC dispone que se regirán por las normas previstas en el contrato respectivo y las del capítulo referido a la locación de cosas. Se entiende implícita en ese acuerdo la cláusula de usar y gozar de la cosa sublocada sin transgredir los términos del contrato principal. Por último, el art. 1216 establece las acciones directas que caben entre locador y sublocatario, así como, viceversa, entre sublocatario y locador. Si bien configuran excepciones al principio de la naturaleza relativa de los contratos y las obligaciones que surgen de ellos, la norma estipula los límites y supuestos en los que pueden ejercerse.

De este modo, el locador podrá exigir directamente al sublocatario el pago de los alquileres adeudados (y de las demás obligaciones impuestas por la sublocación) hasta el monto que el último le debiera al locatario-sublocador; asimismo, el sublocatario podría también exigir al locador principal cumplir con las obligaciones que se derivan del contrato original (como, por ejemplo, la de conservar la cosa en buen estado).

Como derivación del principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la parte final del art. 1216 prescribe que "La conclusión de la locación determina la cesación del subarriendo...", por lo que este último nunca podría prever un plazo más

extenso que el contrato principal; ello es así, salvo el caso en que se produjese, por ejemplo, la confusión entre locador y locatario-sublocador.

## CONCLUSIÓN

Para dar un cierre al trabajo voy a dar una respuesta tentativa al problema planteado al iniciar el informe.

Como punto de partida, voy a hacer hincapié en el carácter accesorio de la fianza. El contrato de fianza constituye una garantía personal, por el cual el fiador se obliga a satisfacer la obligación contraída por el deudor, en el caso de que éste no lo hiciera en el tiempo y modo convenidos con el acreedor.

La fianza es un contrato accesorio, que como tal sufre las vicisitudes del contrato principal al cual está subordinado. Si la obligación principal nunca existió, o estaba ya extinguida al tiempo en que se otorgó la fianza, o derivaba de un contrato nulo, o que siendo sólo anulable ya estaba anulado, la fianza es nula, y si la obligación principal deriva de un contrato anulable, la fianza es anulable. Estamos ante la aplicación de la regla "lo accesorio sigue la suerte de lo principal"

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.

Como consecuencia de este carácter accesorio, la fianza caduca al momento de vencer el plazo convencional del contrato. Si las partes del contrato de locación deciden renovarlo o prorrogarlo en forma expresa o tácita, o continuarlo en los términos del art. 1218 debe requerir el consentimiento expreso de parte del fiador para prorrogar la garantía. (Leiva Fernández ,2015)

. En efecto, será nula toda cláusula inserta en el contrato por la cual se pretendiese extender la fianza (cualquiera fuese su tipo: simple, solidaria o como fiador principal pagador) más allá de los términos del contrato de locación original.

Es deber del juzgador indagar la verdadera intención de las partes expresada en el título constitutivo del acto jurídico y, atendiendo fundamentalmente a la naturaleza de la obligación contraída decidir si se está o no frente a una relación de fianza. La obligación del llamado "principal pagador" es, sin duda, un vínculo obligatorio eficaz y válido, pero

debe entenderse como una relación de contrato de fianza, accesoria, en consecuencia y reglada por las normas propias de ese instituto.

Un ejemplo puede resultar ilustrativo; sólo al inquilino se lo puede compeler a que restituya la cosa; en ningún caso hay posibilidad de reclamar de manera directa al "principal pagador", aunque se le haya dado ese nombre, la ejecución de esa prestación, puesto que él no tiene la cosa en su poder. Se podrá, sin duda, reclamarle la indemnización sustitutiva de daños y perjuicios, pero eso es lo propio de las obligaciones de un fiador solidario, pero no las de un codeudor solidario.

El modelo de regulación de la fianza en el CCC se corresponde con el de la fianza simple, en el que el fiador puede oponer los beneficios de excusión y división. También la fianza puede ser solidaria cuando, manteniendo su carácter accesorio de la obligación principal, el fiador carece de la posibilidad de oponer los mencionados beneficios de excusión y división. Ello ocurre cuando el deudor ha renunciado al beneficio de excusión o cuando así se la convenga (art. 1590).

Mantiene el CCC la disposición interpretativa que indica que 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 (art. 1591). La doctrina consideró que esta solución no permitía excluir que se apliquen a este supuesto del principal pagador algunas de las disposiciones de la fianza que ahora se ubican en la Sección de la extinción de la fianza. (Anaya, Jaime – Trigo Represas, Félix "El principal pagador en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial" L.L. 2006-A-1153.)

Esta realidad, que surge de la naturaleza misma de las relaciones que han nacido del contrato, impone, a nuestro criterio que debamos llegar a la conclusión que, en las locaciones de cosas, el llamado "principal pagador" es un fiador.

En relación con esta disposición se ha manifestado por Alejandro Borda una opinión adversa, considerando la categoría como confusa y poco útil dada la diversidad de figuras de garantía que se incluyen en el CC C. (Borda, Alejandro "La fianza principal pagador. Una figura confusa que debe suprimirse", L.L. 2012-F-835.)

En resumen, entiendo que en estos casos estamos frente a una fianza solidaria, y que la solidaridad añadida a esa caución, no le quita su carácter accesorio, quedando, tal cual lo dispone el Código Civil y Comercial (art. 1225) regida por las reglas de la simple fianza, salvo la privación del beneficio de excusión y en su caso, del de división. La prórroga expresa o tácita, convenida solamente entre locador e inquilino, extingue la obligación del fiador solidario, aunque haya recibido en el contrato la denominación de "principal pagador."

Como punto final, voy a responder las preguntas del problema planteado en este trabajo:

: ¿El fiador debe responder por la recepción de pagos finalizado el contrato de locación?

¿Hay conflicto de intereses entre el art. 1218 último párrafo Código Civil y Comercial y el art. 1225, segundo párrafo Código Civil y Comercial?

Para más claridad, voy a referirme a cada artículo así puede verse si hay conflicto de intereses entre ambos

El art. 1218 CCC:" 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".

El art. 1225 CCC: "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 locado. 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."

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta en el art. 1225 la postura del derogado art 1582 bis. Del mismo surge claramente que la fianza caduca al momento de vencer el plazo convencional del contrato, requiriéndose el consentimiento expreso del fiador para la prórroga o renovación del contrato concluido, hasta que cualquiera de las partes dé por concluido el contrato mediante comunicación fehaciente

Con relación a la recepción de pagos posteriores al vencimiento de la locación hay razones para entender que el fiador no respondería, si no prestó consentimiento expreso. También hay calificadas razones para entender que no hay conflicto de intereses entre los artículos 1218 y 1225 CCCN.

A continuación, detallo las razones que dan respuesta a la hipótesis planteada en mi trabajo final.

Conviene precisar que el Código Civil y Comercial sigue los lineamientos del Código Civil con relación a la extensión de la responsabilidad del fiador, aseverando que no hay tácita reconducción, sino continuación de la locación concluida. La permanencia en el bien alquilado luego de vencido el plazo pactado no implica la renovación automática del contrato.

La tácita reconducción se produce cuando hay una nueva locación con el mismo locatario, pero falta una declaración de voluntad expresa, común a ambas partes, en el sentido de concluir una nueva locación. Lo que existe, es el hecho de que el locatario continúa en el uso o goce de la cosa, y el locador no se opone...

¿Puede de allí extraerse que tácitamente las partes han concluido una nueva locación?

Nuestro Código rechaza la tácita reconducción, dando lugar a la continuación de la locación concluida.

Las características de la continuación de la locación son: a) que se trate de locación a plazo fijo y vencido b) que el locatario permanezca en el uso y goce de la cosa locada; c) que, luego del vencimiento, el locador haya consentido expresa o tácitamente esa ocupación". Se entiende que el que transcurra en ese estatus, un instante, un día, o un mes, o un año, o mayor tiempo, no interesa: el estatus de continuación permanece.

Es obligación de la parte locataria reintegrar el inmueble locado a la finalización del contrato. En caso de que el inquilino, con el consentimiento del propietario permanezca en el inmueble locado deberá efectuarse la prórroga del contrato respectivo, o un nuevo contrato, ya que, de no ser así, los fiadores de la parte locataria sólo responderán hasta la fecha fijada de finalización del contrato, según establece el artículo 1225 del C.C.C

Es decir que, si el contrato de locación estipula, por ejemplo, que en caso de prorrogarse el plazo contractual (sin haber sido notificado y prestado su conformidad el garante), los

garantes seguirán respondiendo hasta el reintegro del inmueble, dicha cláusula será NULA.

Siendo nulas las cláusulas que prorroguen automáticamente las fianzas, el fiador se desvincula de la relación contractual, aunque se haya pactado la prórroga tácita, y si no se pactó la misma, sólo responde por la obligación de restituir la cosa. Esta disposición es de orden público e inderogable por voluntad de las partes.

La obligación del fiador se limita al pago de los alquileres devengados y costas judiciales derivadas de la efectiva restitución, no se extiende a la falta de pago de gastos de conservación a cargo del locatario devengados con posterioridad a la fecha de cesa del contrato, ni tampoco a los perjuicios derivados de una sublocación celebrada con posterioridad.

Cuando el locador recibiera pagos en circunstancia de continuación, se interpretará como una situación no configurativa de tácita reconducción, sino como continuación de la locación con vigencia original ya concluida”, lo cual en modo alguno se modifica la situación descrita por el hecho de que el locador continúe percibiendo alquileres luego del vencimiento, ya que mientras dure la ocupación se mantiene la obligación de inquilino de pagar el canon locativo.

Cuando el inquilino permanece en la cosa contra la voluntad del locador, y resulta necesario recurrir a la justicia para desalojarlo, el fiador solidario deberá responder por la conducta de su afianzado, y pagar al propietario todos los daños que se le ocasionen, tanto por la demora en la entrega de la cosa locada, como los deterioros causados a la cosa misma. En cambio, si concluido el plazo de la locación, el locador concede una prórroga al inquilino, sea de manera tácita, como conducta benevolente que se limita a tolerar su permanencia y continuar cobrando los alquileres, sea de manera expresa por convenio que extienda por un tiempo más o menos largo la locación, las obligaciones del fiador habrán cesado, ya que sólo ha asumido la obligación por el tiempo contractual originariamente fijado.

"La prórroga del plazo del pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza" (art. 2046 CC).

Se trata, aquí, del caso de prórroga, fenómeno distinto del de inacción del acreedor.

Corresponde distinguir conceptualmente entre inacción del acreedor y prórroga otorgada, porque tienen diferente régimen. La inacción del acreedor consiste en que éste no se dirige contra el deudor principal reclamándole el pago. Es una conducta que puede asumir el acreedor y que no implica prórroga alguna, pues en cualquier momento puede cambiarla, pasando del estado de inactividad al de actividad; es una tolerancia cuya duración depende de la sola voluntad del acreedor. La prórroga, en cambio, implica un diferimiento que ata al acreedor pues, una vez concedida, el acreedor no podría desdecirse y pretender reclamar el pago antes de que venza el tiempo de prórroga acordado.

En la prórroga no se tiene en cuenta que en el interín haya caído en insolvencia el deudor, no así en la inacción del acreedor, que la tiene en cuenta.

Con estos artículos se intenta, no sólo proteger el interés del fiador, en cuanto puede conocer al momento de otorgar la fianza el tiempo de duración de la misma, sino que también asegura el pleno conocimiento de la existencia de una renovación del contrato original.

Es habitual que los contratantes, locador y locatario, una vez vencido el contrato decidan de común acuerdo, sin consentimiento del fiador, continuar la locación sin redactar un nuevo contrato. En ese caso, las condiciones pactadas en forma originaria pueden variar sustancialmente, obligando al fiador a responder con su patrimonio por la ejecución de alquileres por un monto mayor al que se obligó originariamente.

Finalizado el plazo contractual el locatario debe reintegrar el inmueble. En caso de no hacerlo, se deberá intimar la devolución del mismo, a los efectos de constituirlo en mora y asegurar que el fiador siga respondiendo ante este hecho.

En el supuesto que se preste conformidad a la continuidad del inquilino en la propiedad luego de finalizado el plazo contractual, de forma inmediata suscribir con el mismo y sus garantes, una prórroga, o un nuevo contrato con las mismas formalidades que el contrato original con el fin de asegurar, sobre todo, que ante cualquier incumplimiento contractual el locador continúa teniendo la cobertura de la fianza otorgada por el garante.

Es sumamente peligroso y puede hacer incurrir al administrador en mal desempeño de su función, con los correspondientes daños y perjuicios, consentir la ocupación del locatario en el inmueble locado tras la finalización del contrato.

Caso Práctico: Supongamos un contrato de alquiler suscrito con un inquilino con su correspondiente fianza. Supongamos también (ya que suele ocurrir muchas veces esto), que es un buen inquilino que está finalizando su tercer contrato (es decir hace 6 años que alquila el inmueble). En virtud de su buen comportamiento y la relación de confianza que tenemos con él luego de tanto tiempo, al vencimiento del contrato nos demoramos en la confección del nuevo contrato, y él continúa abonando el alquiler como todos los meses, (incluso a veces ya con un nuevo valor, que es el que se fija para el nuevo período). Seis meses después del vencimiento nos comunicamos con el locatario para firmar el nuevo contrato (que ya lleva tiempo ejecutándose). Al hacerlo, nos comunica que está de acuerdo pero que se quedó sin fiadores, (por la razón que fuera, muerte, venta del inmueble con el cual demostraba solvencia, etc.). Nosotros como administradores le comunicamos que sin fiadores el locador no va a suscribir el nuevo contrato, y él nos responde que no tiene fiadores y que tampoco se piensa ir del inmueble porque no tiene a donde ir. Estamos ante un verdadero conflicto, y lo peor, sólo el locatario responderá con su patrimonio ante el mismo. Ya que en caso de que intimemos al fiador poniéndolo al corriente de esta situación y solicitando se haga responsable del reintegro del inmueble y del incumplimiento contractual del locatario, seguramente éste (el fiador) invocando el artículo 1225 que acabamos de analizar nos comunicará que él respondía, solamente, hasta la finalización del plazo contractual original del contrato, y que carece de responsabilidad ante esta nueva situación planteada.

Finalmente, si bien no es obligatorio legalmente, es recomendable y de buena práctica en la administración de las locaciones notificar al locatario ante el vencimiento del contrato.

Si bien no es necesaria esta intimación a los efectos del juicio de desalojo por la causal “vencimiento del término” de la locación, tiene relevancia a los fines de colocar en mora al locatario para otros efectos; por ejemplo, para la pertinente reclamación por daños y perjuicios por retención indebida de la cosa, ya que en tal supuesto el correspondiente resarcimiento, correría desde la fecha de puesta en mora.

El locador debe colocar en mora a su locatario, intimándolo a devolver la cosa. Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce, la locación concluida continuará hasta que el locador requiera la devolución de la cosa, pudiéndola pedir en cualquier tiempo. Pero si el propietario no coloca a su inquilino en situación de retención indebida, la locación continuará en sus mismos términos, aunque sin garantía. (Highton,

Elena I., Código Civil y normas complementarias, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2007,  
T° 4-A, pág. 354, núm. 9).

## Bibliografía

- **Doctrina**

- APARICIO, J. (1997) *Contratos*. Buenos Aires: Hammurabi
- BORDA, G. (2002). *Manual de Contratos*. Tomo 2. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BORDA, G. (2002). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ABATTI, E., y ROCCA, I. (2009) *Contratos Inmobiliarios*. Buenos Aires: García Alonso.
- HERNANDEZ, C. (2009) *Fundamentos del derecho contractual*. Buenos Aires: La Ley
- ABATTI, E., y ROCCA, I. (2010) *Desalojo de inmuebles*. Buenos Aires: García Alonso.
- ABATTI, E., y ROCCA, I. (2010). *600 recibos, reservas, resguardos y protestas (fórmulas y notas prácticas para asegurar, extender, eximir, limitar, ratificar o reclamar derechos u obligaciones)*. Buenos Aires: García Alonso.
- ABATTI, E., y ROCCA, I. (2012) *Práctica procesal de la locación*. Buenos Aires: García Alonso.
- ABATTI, E., y ROCCA, I (2015) *Manual práctico de alquileres del nuevo código civil y comercial*. Buenos Aires: García Alonso
- ABATTI, E., y ROCCA, I (2016) *150 Modelos prácticos del nuevo código civil y comercial*. Buenos Aires: García Alonso
- YUNI J. y URBANO, C. (2003). *Técnicas para Investigar y formular proyectos de investigación*. Córdoba: Brujas.
- LORENZETTI (2006). *Contratos Parte Especial II*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni
- HERNÁNDEZ. Carlos (2009) *Fundamentos de Derecho Contractual* Buenos Aires: L.L.
- ANAYA, J y TRIGO REPRESAS, F. (2006) “*El principal pagador en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial*”. Buenos Aires: L.L.
- BORDA, Alejandro (2012) *La fianza principal pagador*. Buenos Aires: L.L

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando (1992) *Teoría de los contratos*. Tomo 3. Parte Especial. Buenos Aires. Zavalía

- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando (1995) *Teoría de los contratos*. Tomo 5. Parte Especial. Buenos Aires. Zavalía.

- CENTANARO, Esteban (2015) *Manual de Contratos*. Buenos Aires. L.L.

- HERRERA, M; CAMELO, G; PICASSO, S. (2015) *Código Civil y Comercial comentado*. Buenos Aires. Infojus

## **Legislación**

1. Constitución Nacional
2. -Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación
3. Código Civil y Comercial Comentado– Ley 340 Código Civil de la República Argentina
4. -Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993
5. Proyecto del Código Civil de la República Argentina de 1998
6. Declaración Universal de Derechos Humanos
7. Convención Europea de Derechos Humanos
8. Pacto de San José de Costa Rica
9. Ley 23091 de Locaciones Urbanas

### **• Jurisprudencia**

1. C.S.J.N., “González, Arístides c/ Tello, Rodolfo Carlos y otro”, S. N° 216, 2012
2. C.S.J.N., “Rodríguez Hernández, Lorenza c/ Garde, Augusto Carlos y otros”, Fallos: 320:750 ,1997
3. C.S.J.N., "Anaya de Diacinti, Elda c/ Gamboa Eduardo y otros”, C. 88019, 2008
4. “Baretto Moreno, Eduardo Agapito c/ Cejas del Valle, Teresita y otros/ Desalojo por vencimiento del contrato

5. Hidalgo María Ester c/ Olaechea Eduardo Alberto y Otros s/ Desalojo falta de pago" – Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires) – Sala I - 20/10/2011.
6. Peirano Miguel Ángel y otros c/ Fraguada Gladis Teresa y otros s/ ejecución de alquileres. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala/Juzgado: I. Fecha: 4-oct-2016