

"El artículo agregado a la fianza en las locaciones. Primera aproximación"

por

Luis MOISSET de ESPANÉS y Guillermo P. TINTI

Zeus, T. 90, D-141

I.- Introducción.

El pasado 31 de julio el Congreso de la Nación sancionó la ley 25.628, publicada el 23 de agosto 23, por la cual se agrega al Código civil, con el número de 1582 bis una norma que completa la regulación de las fianzas dadas con motivo de un contrato de locación, dispositivo que expresa:

"La obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble 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.'

Como hace algún tiempo publicamos un comentario jurisprudencial sobre el tema¹, en el que propiciábamos la interpretación de las normas del Código en sentido similar al establecido en el artículo que se agrega, nos ha parecido conveniente recordar lo dicho en aquella oportunidad, como una primera aproximación, previa a un análisis más completo.

¹. ver "Notas sobre la fianza en el contrato de locación", de Luis MOISSET de ESPANÉS y Guillermo P. TINTI, Zeus, T. 76, D-85.

II.- Naturaleza de la fianza

En aquella oportunidad sostuvimos que, en el régimen del Código, cualesquiera fuesen los términos que se agregasen en el contrato, expresando que quien daba la garantía era "fiador solidario y principal pagador", esto no lo convertía en "deudor solidario", sino que se mantenía su calidad de "fiador", y decíamos que para precisar las obligaciones que asume un fiador solidario debe recordarse siempre la naturaleza accesoria de la fianza, establecida con claridad en el artículo 1986, al expresar que ella se da "cuando una de las partes se hubiere **accesoriamente** obligado por un tercero", norma de la que surgen los siguientes caracteres para el fiador solidario:

1°. Aunque se establezca solidaridad entre deudor y fiador, la fianza sigue siendo una obligación accesoria (artículo 2004 Código Civil). Este punto es importante de remarcar.

2°. El fiador solidario no goza de los beneficios de excusión y de división, de los que si puede valerse el simple fiador (artículo 2004, in fine).

3°. Está autorizado a solicitar la exoneración de la fianza pasados cinco años desde que la dió, siempre que no la hubiese comprometido por plazo superior, o que por la naturaleza de la obligación principal no esté sujeta a extinguirse en un tiempo determinado (artículo 2025).

4°. Tiene derecho a pedir el embargo de bienes del deudor principal en los casos que fuese demandado; o que venciese la deuda y éste no la pagase; o que el deudor disipare sus bienes; o que pretendiese salir del país sin dejar bienes raíces suficientes y libres para afrontar la deuda (artículo 2026)

5°. El fiador tiene derecho, en caso de concurso del deudor, a ser admitido preventivamente en el pasivo de la masa concursada (artículo 2028).

6°. Su relación se extingue por la extinción de la obligación principal (artículo 2042); **o por prórroga que el acreedor conceda al deudor (artículo 2046).**

III.- **El problema en la locación de inmuebles**

Decíamos entonces que, sin duda, las mayores dificultades se suscitan en el contrato de locación de cosas, cuando aparece una persona obligándose como "fiador solidario y principal pagador", u otro calificativo similar. No debe olvidarse que que en esos contratos son dos, al menos, las principales obligaciones que surgen para el locatario: a) pagar el precio de los arrendamientos (artículo 1556) y b) restituir la cosa al locador al vencimiento del contrato (artículo 1615).

Durante largo tiempo la jurisprudencia sostuvo que "el fiador solidario y principal pagador responde, en principio sin limitaciones, por los alquileres posteriores al vencimiento del contrato y hasta la entrega de la cosa, si de ese modo se obligó frente al locador, **sin que sea aplicable lo dispuesto por el artículo 2043 para que se extinga o limite su responsabilidad por la sola negligencia del locador**, siendo responsable incluso de los daños y perjuicios"²; incluso agrega, en relación con la prórroga legal de las locaciones de vivienda que durante tanto tiempo afectó a nuestro orden jurídico, que "La responsabilidad del fiador solidario y principal pagador que se comprometió hasta la restitución de la cosa en un contrato de locación legalmente prorrogado, no se extingue al cumplirse el plazo establecido por el Código Civil en el artículo 1505"³; e incluso había llegado a rechazar el argumento del fiador solidario en el sentido que configuraba un abuso del derecho, en los términos del artículo 1071 del Código Civil, la pretensión del locador que había concedido prórroga o no desalojado oportunamente al locatario⁴. El Tribunal, en ese caso, sostuvo que la regla del artículo 2046 del Código Civil, que dispone "*la prórroga del plazo de pago hecha por el acreedor sin consentimiento del fiador, extingue la fianza*" no se aplica en el supuesto del principal pagador, opinión que contaba con el sustento doctrinario de SPOTA, que no compartimos, para quien estos "principales pagadores" son típicos codeudores solidarios y, por tanto, no les es aplicable lo atinente al contrato de fianza. Para quienes así

². Véase plenarios "Corneille c/ Ruax", Rep. L.L. XXXIV, p. 710, sum. 13; y L.L. 50-435.

³. Plenario "Suárez c/ Rap", J.A. 1970-5-423.

⁴. Cam. Civil Capital, Sala D, 5 agosto 1993, autos "Alchieri de Olivera c. Borges, H.", L.L., diario del 2 febrero 1994, p.6.

opinan el principal pagador no asume una obligación accesoria y subsidiaria, sino una obligación con otros codeudores, sin que trasuntan a lo externo la diversidad de intereses, en el caso de que estos existan⁵.

IV.- Nuestra opinión.

Nosotros, en cambio, hemos sostenido que el juzgador debe 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, estimando que la obligación del llamado "principal pagador" debe entenderse como una relación de contrato de fianza -accesoria, en consecuencia- y reglada por las normas propias de ese instituto legisladas a partir del artículo 1986 del Código Civil, opinión que coincide -en alguna medida- con lo que ya en su momento sostuvo SALVAT, cuando expresaba que "no es posible olvidar que, en definitiva, lo que las partes han querido es contratar una fianza en la forma de principal pagador"⁶. En la doctrina nacional, además de la opinión de SALVAT encontramos la de ZAGO, que se pronuncia también por esa solución⁷.

La correcta distinción entre el fiador solidario, aunque se haya expresado que es "principal pagador", y los codeudores solidarios, ha sido efectuada también por varios tribunales, como el fallo de la Cámara Civil y Comercial de Rafaela que motivó nuestro comentario; el Tribunal, con muy buenas razones, estimó que si entre inquilino y locador han pactado una prórroga de la locación, sin intervención alguna del fiador, no es jurídicamente correcto "imponer al fiador la extensión de la garantía por un tiempo mayor que el origi-

⁵. Alberto G. SPOTA, *Contratos*, Vol. VIII, p. 231, Depalma, Buenos Aires, 1983.

⁶. Raymundo M. SALVAT, *Fuentes de las Obligaciones*, (actualizado por A. Acuña Anzorena) T. III, p. 250, TEA, Buenos Aires, 1957.

⁷. Roque F. GARRIDO y Jorge A. ZAGO, "Contratos Civiles y Comerciales", t. II, p. 564, Universidad, Buenos Aires, 1988. Roque Fortunato Garrido deja a salvo su opinión; para él, el fiador principal pagador reviste el carácter de codeudor solidario.

nario"⁸.

V.- Responsabilidad del fiador hasta la devolución de la cosa.

Pues bien, ¿qué alcance tiene la cláusula que responsabiliza al fiador hasta la efectiva devolución de la cosa? Hemos dicho en el ya mencionado comentario que 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.

VI.- La ley 25.628.

La ley 25.628 toma precisamente ese camino, lo que es francamente elogiabile.

El artículo que agrega al Código civil con el número de 1582 bis, contiene tres párrafos, de los cuáles los dos primeros tienen la finalidad de brindar una interpretación aclaratoria del artículo anterior, fijando su alcance, para evitar las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales que hemos reseñado.

De aquí en más el intérprete, sea un autor, sea un juez al aplicar la ley, deberá tener en claro que la fianza se extingue al vencer el plazo de la locación, subsistiendo la obligación del fiador sólo en el caso de que el inquilino incumpla su obligación de resti-

⁸. Cam. Civil, Com. y Laboral Rafaela, 16 mayo 1997, "Zoppi, Nieves Inés Nocete de c/ Lentore, Octavio José", Zeus, T. 75, J - 296.

tuir la cosa, y que si median prórrogas del contrato de locación el fiador queda desobligado, salvo que presté su consentimiento para afianzar los nuevos períodos locativos.

Estos preceptos, por su carácter interpretativo, son aplicables de inmediato a las causas en trámite, ya que la nueva norma "no altera el régimen legal de la fianza en la locación", sino que se limita a disipar las dudas existentes, por la vía de aclarar su contenido.

El último párrafo, en cambio, merece un estudio más detenido; por el momento anticipamos nuestro criterio de que esta norma, que limita el principio de la autonomía de la voluntad y tiene carácter imperativo, cumple -por la forma en que está redactada- una doble función:

a) en cuanto menciona al fiador solidario y al principal pagador de manera expresa, completa el sentido interpretativo del artículo 1582 bis, de que esos giros del lenguaje no privan al sujeto de su carácter de "fiador", ni lo convierten en "deudor solidario",

b) al establecer la nulidad de las cláusulas que "extiendan la fianza anticipadamente", está consagrando el carácter imperativo de la norma, y disponiendo algo que es ínsito con este tipo de normas: la prohibición de renunciar anticipadamente a ese beneficio legal.

Pero: ¿será aplicable esa prohibición a contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, que deja fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad la posibilidad de "renuncia" anticipada? Si se presentase un contrato en el cual las partes previeron anticipadamente la extensión de la fianza a los casos de prórroga de la locación, ¿tendría validez esa cláusula?

Creemos que el punto merece una reflexión detenida, pues (aunque es poco probable que encontremos contratos así redactados), deberíamos reconocer que cuando se insertó la cláusula no existía la prohibición legal. Como estas líneas sólo son una "primera aproximación" dejamos el estudio en detalle de este problema para un próximo trabajo.

VII.- Conclusión

En resumen, la nueva ley procura superar las divergencias doctrinarias en la interpretación del sentido que tienen las expre-

siones "fiador solidario y principal pagador", aclarando que siempre que se trate de un "fiador", incluso en los casos de locación de inmuebles, serán de aplicación el principio de que la fianza cesa cuando se extingue la obligación afianzada; que las prórrogas, sean expresas o tácitas, convenidas solamente entre locador e inquilino, extingue la obligación del fiador solidario, aunque haya recibido en el contrato la denominación de "principal pagador" y, por último, que no sería válido el pacto anticipado de "prórroga de la fianza".

Notas:

- (1)
- (3)
- (4)
- (5)
- (7)
- (8) Completar datos con Revista Zeus.