

## PROLOGO

Es un verdadero privilegio prologar esta obra del Dr. Carlos Ignacio Viramonte, que aborda –para mí– un tema apasionante como es el contrato de fianza, que lleva como subtítulo el de “la regulación de la fianza en la realidad actual del derecho de garantías del crédito”.

Más aún, es un honor que el Dr. Viramonte haya confiado en mí esta tarea. Es que, como él sabe bien, he escrito una obra de similar tenor, con posiciones coincidentes muchas veces, pero también con lógicas y razonables diferencias. Y esto, en verdad, es de enorme importancia porque nos obliga a seguir pensando y repensando ideas, en aras a alcanzar soluciones más justas y jurídicamente fundadas.

El mérito de la obra queda de manifiesto con los siguientes datos: se trata de la tesis doctoral del Dr. Viramonte, que fue dirigida por el Dr. Ramón Daniel Pizarro, y que mereció la calificación de sobresaliente por un tribunal integrado por los Dres. Mario Carrer, Manuel Cornet y Guillermo P. Tinti. Todos conocemos la valía del director y de los integrantes del tribunal, lo que asegura, como dije antes, la importancia de la obra.

No he de hacer un relato de las diferentes cuestiones que se desarrollan en el libro, lo que corresponde más bien a un comentario bibliográfico, sin perjuicio de señalar que aborda todos los temas de la fianza: su delimitación conceptual, los sujetos contratantes, su capacidad y representación, el proceso de formación del contrato, su objeto, la forma contractual y prueba, las clases de fianza, las relaciones entre fiador y acreedor, entre fiador y deudor, y entre cofiadores, y los modos de extinción de la fianza, de manera directa o por vía de consecuencia.

Sí, en cambio, puntualizaré un puñado de ideas, entre tantas otras que el autor desarrolla, que me parece importante destacar.

Empezaré por el conflicto pendular entre la propensión a cuidar el interés del acreedor y la tendencia de rodear a la obligación del fiador de precauciones diversas a los fines de su protección, que –al decir del Dr. Viramonte– es la historia de la fianza. Y, como bien lo apunta, no es posible seguir en esa lógica, sino que hay que proveer

soluciones que equilibrada y razonablemente articulen los intereses del acreedor, los derechos del fiador y la función económica y social del contrato, a la luz de los principios generales que guían el derecho de las garantías del crédito. Esta será la única manera de alcanzar soluciones que puedan mantenerse en el tiempo, dando seguridad a los negocios, lo que resulta fundamental.

En el ámbito de los caracteres del contrato, el autor afirma que la fianza es gratuita y rechaza la posibilidad de la fianza onerosa. En lo personal, he sostenido que existe la fianza onerosa si el fiador recibe una suma de dinero del acreedor como contraprestación de la obligación asumida. Pero más allá de este disenso, la posición de Viramonte implica un llamado de atención muy claro a interpretar el contrato de fianza en el sentido menos gravoso para el fiador, en los términos del art. 1068 del Código Civil y Comercial. Y esto es cierto, pues aun reconociendo la posible onerosidad del contrato, lo normal, el supuesto claramente mayoritario, es el de la gratuidad de la fianza. A lo dicho, cabe añadir, como lo destaca el autor, que la fianza se celebra normalmente por adhesión, y ello revela que el fiador se encuentra en una situación de importante debilidad, ante su escasa (o nula) posibilidad de negociación, cuestión que no puede ser soslayada.

Otra cuestión relevante es su afirmación de que la fianza es un contrato formal solemne relativo, posición que he defendido antes de ahora y que importa una clara protección del fiador. Considerar que la forma escrita establecida por el Código (art. 1574 CCyC) es solo una forma probatoria, implica admitir que el contrato pueda ser probado por otros medios, incluso por testigos, en los términos del art. 1020, lo cual pone al fiador en una situación de extrema debilidad, pues podría quedar obligado sin que se tenga a la vista el contrato por el cual surja la obligación.

En el campo de la capacidad, el autor niega la posibilidad de que los menores de edad celebren un contrato de fianza, ni siquiera a través de sus representantes, ni aunque exista autorización judicial, invocando para ello el art. 689, párr. 2°, *in fine*, del Código Civil y Comercial. Y también se la niega a los menores con título profesional habilitante (art. 30 CCyC), lo que parece absolutamente razonable si se piensa que la misma incapacidad la tienen los emancipados (art. 28, inc. c, CCyC). Por último, también debe destacarse su negativa a facultar a los apoyos a permitir conformar el acto por el cual la persona con capacidad restringida se ha constituido como fiador.

Entrando en el tema del objeto del contrato de fianza, al que le dedica tres capítulos, lo que demuestra la importancia del tema, Viramonte se aparta de lo que fue la posición predominante (y que suscribí) en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca, en 2015, y afirma que la obligación a pagar en moneda extranjera constituye una cláusula abusiva si es un contrato con cláusulas predispuestas, aunque la admite en los contratos paritarios. Se trata de un tema complejo, sin lugar a dudas, y sobre el cual el autor aporta importantes argumentos que debemos considerar.

Coincido plenamente con Viramonte en cuanto distingue entre fianza de objeto determinado y de objeto indeterminado, señalando que el art. 1577 del Código Civil y Comercial se refiere a la primera, mientras que la segunda se regula en el art. 1578 que incorpora la fianza general.

En cuanto a esta última, tiene una mirada más amplia que la que he defendido en alguna ocasión, y afirma que no cabe limitar su aplicación a los negocios bancarios o financieros (esto es, grupo de negocios que tengan entre sí alguna relación profesional o de otro tipo, que los conviertan en algo homogéneo), sino que puede aplicarse a cualquier tipo de contrato. Esto implica que la fianza general tiene un campo de aplicación más grande.

Es muy importante el aporte que realiza respecto de la posible existencia de una fianza general que comprenda obligaciones determinadas e indeterminadas en forma conjunta. Acertadamente, afirma que si falta el monto máximo, toda la fianza es nula en aras al principio de la interpretación más favorable al fiador (por el argumento antes dado de la gratuidad del contrato y el art. 1068), a menos que las obligaciones estén claramente diferenciadas, en las que habría una nulidad parcial.

Finalmente, pone de relieve las falencias que observa en el sistema de la fianza general: (i) la aparente imposibilidad de convenir una fianza general si se trata de una fiador principal pagador, pues éste debe ser considerado (según su opinión) un codeudor solidario; (ii) la posibilidad de fijar un monto máximo exorbitante y desproporcionado que desdibuje la intención tuitiva del legislador; (iii) la falta de sanción a la concesión abusiva de crédito al deudor principal durante el devenir del negocio garantizado; y (iv) la falta de reglas relativas a la información que debe brindarse al fiador durante el desarrollo de la relación principal, para permitir conocer las vicisitudes del negocio garantizado y ejercer la facultad de retractación.

En el tema de la extensión de la fianza, el autor resalta el problema que el art. 1580 del Código Civil y Comercial plantea al referirse a los

accesorios. Con esa expresión se ha querido incluir no sólo a los intereses sino también a los gastos causídicos. Sin embargo, Viramonte llama la atención respecto de que la expresión accesorios también incluye a las cláusulas penales, las sanciones conminatorias, los deberes secundarios de conducta del deudor, y las obligaciones accesorias del deudor. Y ello puede generar una clara y criticable desprotección del fiador.

Otro tema importante que aborda con solvencia el autor es el de la llamada fianza desproporcionada, y analiza el derecho europeo desde el *leading case* “Macron”. Viramonte advierte el problema de cómo definir la desproporcionalidad, y cuáles son las pautas para su apreciación y determinación. El tema de la apreciación de la desproporción presenta dos aristas fundamentales: la primera gira en torno a las bases sobre las cuales apreciar la desproporción de la fianza, esto es, qué elementos del patrimonio del fiador deben tomarse en cuenta para ponderar o calcular la desproporción. La segunda se refiere a la determinación de la desproporción, esto es, qué proporción del patrimonio del fiador debe verse afectado por la obligación asumida en la fianza para considerarla desproporcionada. No está de más recordar que la sanción que se prevé ante una fianza desproporcionada es su caducidad, que implica la liberación total del fiador. Con otras palabras, verificada la desproporción de la fianza al momento de su celebración, y siempre que ésta subsista al momento de la ejecución, la obligación del fiador caduca y se libera totalmente.

Este —el de la fianza desproporcionada— es un tema apasionante que ha sido escasamente tratado en el derecho argentino (conviene recordar el relevante aporte de Aída Kemelmajer de Carlucci) y que no tiene una recepción legal específica. Con todo, Viramonte advierte —y coincido con él— que existen posibilidades de aplicación, en base a la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, el abuso del derecho, y en la defensa de los vulnerables en fianzas constituida en seguridad de créditos de consumo.

El autor aborda las diferentes clases de fianza. Crítica contundentemente a la fianza principal pagador, en lo que mi coincidencia es plena pues he sostenido antes de que se sancionara el Código vigente que debía ser eliminada. Sin embargo, si bien sostiene que en el principal pagador subyace o subsiste una fianza, afirma que no se le aplican las normas de la fianza, excepto el art. 1225, pues es un deudor solidario (art. 1591), en una tesis que no comparto. Su postura lo lleva a sostener que en la fianza principal pagador, el fiador no puede oponer las excepciones personales del deudor.

---

Por último, quiero destacar su muy interesante afirmación de que, de *lege lata*, la renuncia a los beneficios de excusión y de división, o la constitución de una fianza solidaria o principal pagador efectuada en un contrato de fianza celebrada por adhesión a cláusulas predispuestas, como también en una fianza que garantiza un contrato de consumo, configura una cláusula abusiva en los términos de los arts. 37 inc. b) de la ley 24.240 y 988 inc. b) del CCyC. Empero, reconoce que la nulidad de la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división puede resultar contraproducente a un acceso sustentable al crédito y la financiación, aspecto fundamental para un buen funcionamiento de la economía. Y esto implica un llamado de atención a encontrar soluciones, como decíamos más arriba, que puedan mantenerse en el tiempo, dando seguridad a los negocios en un marco de equidad.

Sólo resta hacer una consideración final: no abrigo la menor duda de que la obra de Viramonte dejará una huella importante en la literatura jurídica argentina.

*Alejandro Borda*

*Buenos Aires, octubre 25 de 2021*