

EL FIADOR EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO BANCARIOS

Autor: Fernando E. Shina¹

Resumen

La renuncia a los principios de excusión y división no son aceptables en las fianzas dadas en garantía de contratos de consumo bancarios. Esas estipulaciones serían nulas en los términos de los artículos 37 LDC y 984 a 989 CCC y 1116 a 1122 del Código Civil y Comercial. La figura del principal pagador, que implica una renuncia a los mencionados principios, no será aceptable en los contratos de consumo, especialmente en los establecidos en los artículos 1384 a 1420 del Código Civil y Comercial

1. El contrato de fianza

a). Sistemática. El Código Civil y Comercial ubica a este contrato en el **Libro III, Título IV, Capítulo 23, Sección 1 a 5**, artículos 1574 a 1598. Al igual que otras figuras contractuales, la fianza tiene una primera Sección que regula los aspectos más generales de la figura; las secciones siguientes tratan sobre los efectos del contrato y su extinción.

b). Definición. Se define a la fianza como el acuerdo mediante el cual una persona, física o jurídica, se compromete –en forma subsidiaria o accesorio- a cumplir una obligación asumida por otro. (Art. 1574 CCC). La nota más saliente de este contrato quizás sea que la obligación del fiador es (en principio) subsidiaria de la asumida por el deudor original. Esto significa que solamente se hará efectiva la fianza si el deudor no cumple la obligación que había tomado frente a su acreedor.

c) El principio de la identidad de las obligaciones. La obligación del fiador debe ser idéntica a la del deudor primario (Art. 1575 CCC). Si el contrato estableciera una cláusula contraria a esta disposición, obligando en más al fiador, la disposición sería nula. En tal hipótesis el contrato quedaría automáticamente integrado y la fianza limitada a los términos de la obligación primaria (art. 1575 CCC).

¹ Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos – 2002-2004). En la actualidad se desempeña como Profesor de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, en la materia Derecho el Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Asimismo, es Profesor invitado de la Maestría en derecho de la Empresa y de los Negocios en la Universidad de la Sabana, Bogotá. Colombia y Profesor Titular. Curso de Posgrado. Defensa del consumidor. Pontificia Universidad Católica Argentina. En 2015 publicó *Código Civil y Comercial concordado*. Ed. Astrea. En 2014 publicó *Daños al consumidor*. Ed. Astrea En 2009 publicó " *La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado*". Ed. Universidad. Puede ser contactado en fernandoshina@gmail.com.

d).La integración del contrato. En congruencia con el principio de identidad, el artículo 1.575 Código Civ y Com dispone que si se pacta una fianza exorbitante de la obligación principal no se anula todo el contrato sino que se produce una reconducción automática del acuerdo. La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal.

A pesar de que la norma no lo diga expresamente, creemos que si se pacta una fianza excesiva el fiador podrá exigir su liberación pagando la deuda originaria. En ese caso, el acreedor estaría obligado a recibir el pago ofrecido por el fiador y liberarlo de la obligación.

2 Los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor

a) El beneficio de excusión. El artículo 1583 Cód. Civ. Com dispone la regla de excusión que obliga al acreedor principal a dirigir su acción primero contra su deudor primigenio, y sólo en defecto de ese pago recurrir al fiador. Dicho de otro modo: únicamente cuando los bienes del deudor fueran insuficientes para satisfacer el crédito, el acreedor podrá accionar contra el fiador.

b) Límites al beneficio de excusión. El beneficio de excusión tiene algunas limitaciones expresamente contempladas en el artículo 1584 Cód. Civ y Com. Así, no podrá ser invocado si el deudor principal ha presentado su concurso preventivo o si ha caído en quiebra declarada. Tampoco se podrá usar este beneficio cuando el deudor careciera de bienes. Con relación a los bienes a los que alude el artículo, es preciso señalar que ese concepto debe ser entendido en sentido amplio, y no como lo hacía el Código de Vélez que equiparaba los bienes a las cosas. Los bienes del deudor incluyen una noción mucho más amplia, conforme las reglas establecidas en los artículos 235 a 239 Cód. Civ y Com.

Esta concepción innovadora que distingue entre bienes y cosas es explicada por la Comisión Redactora del anteproyecto del actual Código Civil y Comercial: *“El Título de los bienes se incluye en la parte general en el que se legisla sobre los elementos de los derechos: sujeto, objeto y causa. Se innova respecto del Código Civil actual en el que la temática se circunscribe a las cosas, por lo cual se encuentra ubicada en el Libro de los derechos reales, como elemento del derecho real y no de todo derecho como lo es en realidad, más aún cuando este Anteproyecto no trata sólo de las cosas sino de los bienes, de percepción y contenido más amplio, que excede largamente el criterio patrimonialista. De ahí que el primer Capítulo se dedica a los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, aspecto que constituye una ampliación novedosa”*².

Otra excepción al beneficio de excusión está dada cuando la obligación del fiador tiene origen judicial, conforme lo expresa el inciso c) del artículo 1584 CCC.

3. La renuncia al beneficio de excusión y los contratos de consumo

a) Presentación del tema. La estructura contractual sostenida por el nuevo Código Civil y Comercial. El inciso d) del artículo 1584 CCC dispone que el derecho de excusión puede renunciarse libremente por el fiador. Esta renuncia nos merece algunas reflexiones y bastantes dudas. Veamos la cuestión con mayor cuidado.

² Código Civil y Comercial. Ed. Astrea, año 2015, página 89.

El nuevo Código Civil y Comercial sostiene una estructura tridimensional en lo que respecta a la Teoría General de los Contratos.³ Así, en el cuerpo normativo van a convivir los contratos paritarios o discrecionales (arts. 957 y siguientes del Cód. Civ y Com), junto con los contratos de adhesión (984 a 989 CCC) y los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122 CCC).

La característica más relevante de esta clasificación es que a cada una le corresponde una tutela legal diferenciada.

b) Los contratos discrecionales. En el nivel de los contratos partidarios, en los que prevalece la autonomía de la voluntad y la plena libertad de contratación, es posible aceptar que el fiador asuma un compromiso mayor, y disponga libremente de un derecho que no desea utilizar. Y lo mismo puede decirse cuando el caso involucra un contrato de adhesión, y el predisponente le impone al fiador esa renuncia, que difícilmente pueda ser considerada abusiva.

c) Los contratos de consumo. Pero la situación nos parece más dudosa cuando se trata de contratos de consumo. Las relaciones de consumo, reguladas ampliamente en los artículos 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial y las normas específicas de la ley 24.240, establecen pautas protectorias que, en todos los casos, son indisponibles. Una de esas reglas protectorias se relaciona directamente con la existencia de las llamadas cláusulas abusivas que son nulas

Ese es, precisamente, el punto que debe llamarnos la atención. Si un proveedor, como condición de su venta o prestación de un servicio exige la concurrencia de un fiador, y luego lo obliga a renunciar al beneficio de excusión aplicando el art. 1584 inciso d, CCC estaría, a nuestro modo de ver, incurriendo en la conducta descrita en el artículo 37 inciso b LDC (y en el artículo 988 inciso b del Cód. Civ y Com). Esa renuncia, que en la mayoría de los casos será forzada, sin la menor duda representa una restricción a los derechos del consumidor y, en simultáneo, una ventaja injustificada para los del proveedor.

d) La renuncia del fiador y las cláusulas abusivas. Pues bien. La misma solución auspiciamos si la cuestión es vista desde el lado del fiador. Porque quien asume el riesgo implícito de afianzar una obligación tendrá especial interés en determinar si se trata de una obligación emergente de un contrato de consumo o de uno discrecional; el fiador de un contrato de consumo sabe que está garantizando un contrato especial, y especialmente protegido. Él es parte de ese contrato, y le caben todos los principios protectorios que la ley de defensa del consumidor le asigna al deudor principal.

Admitir la solución contraria nos llevaría al absurdo de pensar un contrato divisible, que es discrecional y paritario para uno de los firmantes y de consumo y protegido para otros. Si además consideramos que esta división arbitraria se realiza de manera acomodaticia y con la sola finalidad de favorecer a los proveedores de bienes y servicios, nos encontraríamos, lisa y llanamente, en el escenario opuesto al pensado por el legislador de la ley 24.240 y la ley 26.994. Porque no debe olvidarse que las leyes de defensa del consumidor han sido pensadas para proteger a los usuarios y a los consumidores del mayor poder que tienen los proveedores de bienes y servicios.

³ Comisión Redactora: El sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera: **a) Contratos discrecionales:** en ellos hay plena autonomía privada. **b) Contratos celebrados por adhesión:** cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen. **c) Contratos de consumo:** cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea celebrado o no por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante. (Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, año 2015, página 292).

A mayor abundamiento, resulta razonable pensar que un fiador que garantiza el cumplimiento de un contrato de consumo, no asumiría ese mismo riesgo dentro de una contratación ordinaria en la que tiene menos chances de protegerse. Por eso pensamos que en un contrato de consumo la renuncia del beneficio de excusión también afectaría la buena fe y las razonables expectativas del fiador.

4 La fianza y los contratos bancarios de consumo

a) Presentación del tema. La cuestión que esbozamos en el párrafo que antecede no es un asunto meramente académico. Por el contrario, en los hechos puede afectar muchas contrataciones. Piense el lector en las operaciones realizadas entre bancos y los usuarios que, muchas veces, utilizan la figura del fiador como condición primordial para la concreción del negocio.

b) La sistemática. El **Libro III, Título IV, Capítulos 12, Arts. 1378 a 1420** del Código Civil y Comercial inauguró una nueva familia de contratos de consumo: los contratos bancarios. Son esos contratos los que resultan más intensamente afectados con el razonamiento y el dictamen que esta ponencia formula

c) El contrato de préstamo y descuento bancario. Para explicar el punto central de esta ponencia, vamos a tomar como ejemplo el contrato de préstamo bancario previsto en los artículos 1408 Cód. Civ y Com.⁴

El préstamo bancario es un contrato mediante el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero al tomador del crédito quien, a su vez, se obliga a devolver esa suma con más los intereses pactados (conf., art. 1408 CCC)

En esta figura muchas veces se requiere, como condición inexcusable para otorgarse el préstamo, que el tomador presente un fiador que garantice el fiel cumplimiento de la obligación

d) Las renunciaciones del fiador. En congruencia con la línea argumental de esta ponencia, sostenemos que si se utiliza un fiador para afianzar las obligaciones derivadas de un contrato de préstamo o descuento bancario, éste no podría ser obligado a renunciar al beneficio de excusión (art. 1584 inciso d CCC). Dicho en otras palabras: **en los contratos de consumo el beneficio de excusión es un derecho irrenunciable, que no puede ser libremente dispuesto por las partes.**

Por lo tanto: si el contrato bancario de consumo contiene una cláusula de renuncia al derecho de excusión sería nula por abusiva en los términos del artículo 37 LDC y 988 Cód. Civ y Com.

e) El negocio indivisible y la identidad de las defensas. El negocio jurídico previsto en el artículo 1.408 CCC es indivisible y no sería ni lógico ni justo que el deudor original tuviera beneficios que no le correspondan al fiador que, por definición, resulta ser un deudor secundario o subsidiario.

Por otra parte, esa solución sería contraria a lo dispuesto en el artículo 1587 Cód. Civ y Com. Recordemos que esta norma le permite al fiador oponer al acreedor todas las

⁴ **Artículo 1408.** *El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado.*

defensas y excepciones propias del deudor principal. Las defensas propias, además de significar las apropiadas para resistir la acción intentada, son las que surgen de la relación contractual establecida entre las partes. Los derechos propios del usuario son los que surgen del Código Civil y Comercial y de la ley de defensa del consumidor (conf., arts. 1092 a 1122 y Ley 24.240). Por tanto, el fiador podría ampararse en todos y cada uno de los amparos que la ley de defensa del consumidor les asigna a los usuarios.

Para terminar, tampoco sería justo que utilizando la figura contractual de la fianza el proveedor se libere de los riesgos, avatares y responsabilidades que le corresponden en tanto sujeto de una relación de consumo.

f) El beneficio de división. Esta es la segunda regla que protege al fiador de abusos y situaciones injustos. Conforme lo establece el artículo 1589 Cód. Civ y Com, cuando hay más de un fiador cada uno responde por la cuota a que se ha obligado. Es decir: entre los fiadores de un mismo negocio no hay solidaridad. Sin embargo, puede haber solidaridad entre el fiador y el deudor principal si se hubiera pactado expresamente en el contrato (Art. 1.590 CCC).

g) Renuncia del beneficio de división. El último párrafo del artículo 1.589 CCC establece que '*El beneficio de división es renunciable*'. No obstante, y al igual que lo que ocurre con el beneficio de excusión pensamos que esa renuncia no sería posible en el marco de un contrato de consumo. Por eso repetimos las mismas reflexiones que hicimos al comentar el beneficio de excusión, a donde remitimos al lector.

h) El principal pagador. El art. 1.591 CCC regula esta figura contractual. A diferencia del fiador, el pagador no asume una obligación accesorio, sino una principal. El efecto principal que se deriva de esta situación es que el acreedor puede demandar indistintamente al deudor principal o al principal pagador porque ambos sujetos asumen idénticas obligaciones.

En los hechos, el principal pagador renuncia a los derechos de división y excusión que le correspondían en su condición de fiador. Entendemos que por tratarse de una renuncia de derechos indisponibles le caben las mismas reflexiones que hicimos al referirnos a la excusión y división.

Por lo tanto, estamos forzados a concluir que la figura del principal pagador, aplicada a los contratos bancarios de consumo, es abusiva porque implica un traslado de los riesgos que debe asumir el proveedor y que no puede trasladar a los usuarios. Ni siquiera valiéndose de la figura del principal pagador.

5. Conclusiones

- a) La renuncia a los principios de excusión y división no serán aceptables en las fianzas dadas en garantía de contratos de consumo.
- b) Esas estipulaciones serían nulas en los términos de los artículos 37 LDC y 984 a 989 y 1116 a 1122 del Código Civil y Comercial.
- c) Toda vez que el contrato de préstamo y descuento bancario es un contrato de consumo, los fiadores que concurren a formar esos acuerdos no podrían renunciar a los beneficios de excusión y división.
- d) La figura del principal pagador, que implica una renuncia a los mencionados principios, no será aceptable en los contratos de consumo, especialmente en los establecidos en los artículos 1384 a 1420 del Código Civil y Comercial.