
La fianza como negocio típico de garantía en el derecho civil brasileño*

» FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE**

RESUMEN: este trabajo analiza el contrato de fianza como una de las figuras más importantes entre los negocios jurídicos de garantía. Se trata de uno de los contratos más utilizados en la práctica negocial brasileña. En ese sentido, y dada la renovación del derecho privado brasileño, en virtud del Código Civil de 2002 y el Código de Protección del Consumidor, que recogen el principio de la buena fe y la función social del contrato, es necesario examinar este contrato y verificar si su disciplina se ajusta a los nuevos principios contractuales.

PALABRAS CLAVE: fianza, garantía, derecho civil brasileño.

The Guarantee Contract as a Typical Warranty Business in Brazilian Civil Law

ABSTRACT: This paper deals with the guarantee contract, which is one of the most important forms of legal assurance business. It is one of the most widely used businesses in Brazilian negotiating practice. In this sense, considering the

* Trad. del portugués: NATALIA RUEDA y ÉDGAR CORTÉS.

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2016. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2016.

Para citar el artículo: F. S. DE ANDRADE, "La fianza como negocio típico de garantía en el derecho civil brasileño", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, julio-diciembre de 2016, 331-354. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.11>

** Profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Brasil. Profesor del programa de posgrado en Derecho de la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Brasil. Abogado. Contacto: fabiosiebenandrade@gmail.com

fact that Brazilian Private Law has gone through a renovation, by virtue of legislation such as the Civil Code of 2002 and the Consumer Protection Code, which welcomed the principle of good faith and social function of the contract, it is necessary to examine this important contract and check if its discipline is appropriate to the new contractual principles.

KEYWORDS: Guarantee contract, warranty, Brazilian Civil Law.

SUMARIO: Introdução. I. La calificación de la fianza en el marco de los negocios jurídicos. A. Nociones generales sobre la fianza como contrato. B. La fianza como negocio jurídico de garantía. II. La relación obligacional de garantía como un proceso. A. El desarrollo del contrato de fianza. B. El cumplimiento por el fiador y sus efectos. C. La extinción del contrato de fianza. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

Resulta una obviedad decir que el vínculo obligacional se destina al cumplimiento, a la ejecución de la prestación pactada entre el acreedor y el deudor¹. En esos términos, la no realización de la prestación constituye una patología, una crisis en el vínculo, que, o bien podrá ser corregida, o bien conducirá a la disolución mediante uno de los remedios previstos en el ordenamiento como hipótesis de extinción del contrato: la resolución².

Entre las diversas herramientas que permiten evitar un posible incumplimiento, una de las más utilizadas por las partes es el otorgamiento de garantías³. En esencia, como emerge del propio término, se pretende reforzar la posibilidad de cumplimiento mediante la conformación de un nuevo vínculo jurídico, con el propósito específico de hacer aún más efectivo el cumplimiento de la obligación originaria entre el acreedor y el deudor.

Se trata de un acto derivado de la autonomía privada, por cuanto es característico de los particulares la existencia de un espacio de libertad, a fin de administrar sus propios intereses⁴. Por lo tanto, existe un interés por parte del acreedor en ver reforzada la posibilidad de cumplimiento. Dentro de la gama de garantías posibles, la fianza constituye una de las más importantes y más frecuentemente

1 Cfr. DO COUTO E SILVA, C. *A Obrigação como processo*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, 15.

2 Ver, p. ej., AGUIAR JÚNIOR, R. R., *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Aide, Rio de Janeiro, 1991, 90 ss.

3 Sobre el tema, ver, p. ej., ROMANO MARTINEZ, P. y FUZETA DA PONTE, P., *Garantias de Cumprimento*, 4.^a ed., Almedina, 2004.

4 Cfr., p. ej., dos SANTOS AMARAL NETO, F., "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica", en *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia*, vol. II, 1989, 5 ss.

utilizadas en la praxis negocial, en la medida en que, con ella, un tercero se vincula para ejecutar la prestación en caso de que el deudor no lo haga⁵.

En el ámbito de la teoría contractual, el derecho civil brasileño ha sido modificado, primero, en virtud de la promulgación del Código de Protección del Consumidor de 1990, y luego, en el año 2002, con un segundo Código Civil (c.c.).

Se destaca un cambio de concepción, por cuanto en ambos se consagra el principio de buena fe e incluso, como sucede con el Código Civil de 2002, hay una mención a nuevos principios, como el de la función social del contrato.

En ese contexto, resulta relevante evaluar el desarrollo de la disciplina del contrato de fianza en el derecho brasileño actual, pues se trata de un vínculo obligacional de gran relevancia en la práctica negocial. Después de todo, como ya se dijo, constituye uno de los instrumentos de garantía más frecuentes, siendo utilizado de forma habitual en situaciones cotidianas de la vida negocial, por ejemplo, como garantía del contrato de arrendamiento.

Por lo tanto, corresponde verificar la manera como está regulado el contrato de fianza y si se ha visto afectado por el desarrollo del derecho civil por cuenta de la disciplina establecida en las legislaciones mencionadas.

Con el fin de enmarcar adecuadamente el tema, se tratará, en una primera parte, la fianza como negocio jurídico (i), y en la segunda parte, el desarrollo de la fianza en la perspectiva de la relación obligacional como proceso (ii).

I. La calificación de la fianza en el marco de los negocios jurídicos

A. Nociones generales sobre la fianza como contrato

La previsión del artículo 818 c.c. de 2002^[6] expresa, sin lugar a dudas, la idea de que la fianza se debe entender como un contrato, teniendo en cuenta que no es suficiente la manifestación de voluntad del fiador, sino que se impone también la aceptación del acreedor⁷.

En el marco de los actos jurídicos, el contrato de fianza se encuadra como un negocio jurídico bilateral, en la medida en que sobre ella se presentan dos actos de voluntad y que su contenido jurídico debe ser establecido por ambas partes.

En razón de la calificación como negocio jurídico, la fianza deberá atender a los presupuestos generales de validez previstos en el artículo 104 c.c.: (i) capa-

5 Sobre la fianza, ver, p. ej., MEDICUS, D., *Schuldrecht* II, Besonderer Teil, Beck Verlag, 2004, 243 ss.; LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht*, Besonderer Teil, Carl Heymanns Verlag, 2009, 297 ss.; DE LUCA, T., *Dei singoli contratti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2002, 531 ss.

6 Art. 818: “Por el contrato de fianza, una persona garantiza al acreedor la satisfacción de una obligación asumida por el deudor, en caso de que este no la cumpla”.

7 Cfr. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 44, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, 102.

cidad de las partes, (ii) objeto lícito, posible, determinado o determinable, y (iii) forma prescrita.

Con todo, antes de examinar los aspectos generales de validez y las demás cuestiones referidas a la inserción de la fianza en el marco de los contratos, es necesario precisar que el contrato de fianza debe cumplir algunos requisitos específicos de validez. El principal requisito tiene relación con la situación del fiador si es casado. En este caso se deberá estar a la limitación del artículo 1647, III, c.c., según el cual el cónyuge deberá consentir expresamente a la constitución del la fianza o el aval.

De no existir tal consentimiento, se discute cuál sería la consecuencia en el plano de la validez, en especial en cuanto a si incidiría en la nulidad o en la anulabilidad o si la fianza se conservaría en alguna medida o extensión⁸. El Tribunal Superior de Justicia (TSJ), a propósito de esta cuestión, se pronunció por la sanción de la nulidad⁹, con la consecuencia de que la fianza no prevalece, habiéndose consagrado así la *Súmula* n.º 332, que establece: “la fianza prestada sin autorización de uno de los cónyuges implica ineficacia total de la garantía”.

Esta posición del TSJ tiene el mérito de concretar el sistema de las nulidades del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto en el citado artículo 1647, III, c.c., que prohíbe al cónyuge la concesión de la fianza sin autorización del otro cónyuge, y lo preceptuado por el artículo 166, VII, c.c., que reputa nulo el negocio jurídico cuando la ley taxativamente lo declara nulo o prohíbe su práctica sin imponer sanción. En este caso, al haber sido prohibida expresamente la conducta del cónyuge de prestar fianza sin el consentimiento del consorte, corolario lógico es el de tener como nulo este negocio jurídico, como lo dijo el TSJ.

Con todo, surge la cuestión de saber si también habría nulidad en la hipótesis de fiador que viva en unión estable, estatus reconocido como entidad familiar, pero que se diferencia del matrimonio, por una eventual aplicación analógica del aludido artículo 1647, III, c.c., siendo pertinente la referida *Súmula* 332 del TSJ. En la jurisprudencia prevalece la posición que preserva la garantía, dejando a

8 Véase la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, Ap. Civ. 70015241110, Relator: Juez José Aquino Flores de Camargo, C. Civ. 20.ª, 31.05.2006: “Embargos de tercero. Fianza otorgada sin el consentimiento de la cónyuge. Preservación de la mitad. La falta de consentimiento de la esposa en la fianza no da lugar a la nulidad de pleno derecho, implica solo la ineficacia relativa frente al cónyuge que no consintió, cuya mitad no se verá afectada por el embargo”.

9 Véase, p. ej., la decisión AgRG en el Resp. 631450-RJ, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Sala 6.ª, 09.03.2006: “firme la comprensión de este Tribunal Superior de Justicia de que la fianza otorgada por el marido sin el consentimiento de la esposa invalida el acto por completo, no pudiendo limitar el efecto de la invalidez apenas a la mitad. No existe ningún impedimento para solicitar la declaración de la nulidad de la fianza, en consideración a un recurso especial interpuesto también por la cónyuge, quien está legitimada para demandar la anulación de los actos del marido”.

salvo, con todo, la mención del conviviente perjudicado¹⁰. En el ámbito del TSJ, sin embargo, se consideró que, en caso de matrimonio, por ser este un acto formal y solemne, diferente de la unión estable, en el que se presume la publicidad del estado civil de los contratantes, se justifica la exigencia de la autorización. Al no darse esta circunstancia en la unión estable, sería posible, en este caso, la dispensa de la autorización para la concesión de la fianza. De tal manera, la consecuencia fue la de considerar que no es nula o anulable la fianza prestada por el conviviente en unión estable sin la autorización del compañero, de suerte que no se salvaguardó la comunidad de bienes del conviviente que no había otorgado el consentimiento para la constitución de la fianza¹¹.

Fijado este punto relativo a la especificidad de la fianza en el plano de la validez del negocio jurídico, es necesario ahora señalar cómo se ubica esta figura en relación tanto con sus elementos generales como con la clasificación de los contratos.

En lo que hace a los elementos, la fianza es un contrato consensual en la medida en que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre acreedor y fiador, que son las partes del negocio jurídico celebrado.

Una primera cuestión relevante es la de saber si la fianza se debe reputar necesariamente como gratuita o si puede ser entendida como onerosa, es decir si el fiador puede ser remunerado por prestar tal garantía. En el derecho brasileño previo a la codificación actual, la respuesta de la doctrina era favorable, en el sentido de aceptar la tesis de la onerosidad¹². Tal posibilidad se derivaba de lo que se preveía en el artículo 259 del Código Comercial de 1850. Con la unificación parcial del derecho privado promovida por el Código Civil de 2002, dicha norma fue derogada del ordenamiento brasileño.

Así las cosas, se debe preferir la interpretación según la cual, si se llegare a establecer una remuneración, se estaría en presencia de otro negocio de garantía¹³, y ya no de la fianza, toda vez que la gratuidad es un elemento necesario para la existencia de este contrato. La consecuencia práctica residiría en que el garante no podría invocar reglas específicas del contrato de fianza, tales como el derecho de exoneración¹⁴.

10 “Contrato de arrendamiento. Embargos a terceros. Embargo de bien inmueble. Fianza. El plazo para la acción de embargos a un tercero está establecido en el art. 1048 del c.p.c. No existe nulidad de la fianza cuando falta el consentimiento de la esposa, con la sola excepción de la mitad. Existen documentos que indican que el fiador ejecutado vive en unión estable con la embargante. Mitad de la embargante protegida. Desprovido de apelación”: Ap. Civ. n.º 70012608451, Relator: Juez Helena Rupenthal Cunha, C. Civ. 16.ª, 05.10.2005.

11 Cfr. REsp. n.º 1.299.866-DF, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Sala 4.ª, 25.02.2014.

12 En ese sentido, ver CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil Brasileiro interpretado*, vol. XIX, Freitas Bastos, 1946, 28.

13 Cfr. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., 102, En el mismo sentido, Pasqualotto, A., *Contratos nominados*, III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, 231.

14 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., 103.

El contrato de fianza tiene por objeto la promesa de pago por parte de un tercero de una obligación contraída por el deudor en favor del acreedor. En este contexto, la seguridad jurídica exige una forma expresa, razón por la cual el contrato debe ser celebrado por escrito, instrumento privado, según lo dispuesto en el artículo 819 c.c.¹⁵. De tal manera que no se acepta la fianza verbal, por lo que se puede afirmar que se trata de un contrato solemne y que la forma es de la esencia del contrato. En la práctica negocial, sobre todo tratándose de contratos de arrendamiento, es común que el contrato de fianza se celebre en el mismo instrumento que contiene el contrato principal.

A pesar de que el artículo 819 no contiene ninguna otra exigencia además de la forma escrita, al ser la fianza, como se verá, un negocio de garantía, se impone la necesidad de que esta circunstancia aparezca de manera expresa en el contrato. La fianza no se presume. Por lo demás, no basta la simple firma del particular sobre el término “fiador” para que se dé el negocio de fianza si no existe una previsión expresa al respecto, caso en el cual se reputa inexistente el negocio celebrado¹⁶. De la misma manera, si la expresión usada es la de “endosante” en vez de “garante”, se considera inexistente la fianza¹⁷. Con todo, la simple ausencia de denominación del contrato celebrado no afecta la fianza cuando esté clara la idea de garantía¹⁸.

Una cuestión importante es la de verificar si el contrato de fianza se puede enmarcar como una relación de consumo, lo que implicaría que la disciplina aplicable sería la del Código de Defensa del Consumidor (CDC), legislación ampliamente protectora del contratante (consumidor) y con diversos instrumentos de tutela. Ante todo, se debe tener presente que la finalidad principal de la fianza es la de proporcionar una garantía al acreedor, sin que se presente como característica esencial la prestación de un servicio, elemento este que es un requisito para que se pueda configurar la fianza como un contrato de consumo en los términos del CDC (arts. 2.º y 3.º).

Esta afirmación trae importantes consecuencias en la medida que el régimen de cláusulas abusivas está concentrado en el CDC (art. 51), de tal manera que para tutelar al fiador se deberá aplicar el régimen general del principio de buena fe

15 Art. 819: “La fianza deber otorgarse por escrito y no admite interpretación extensiva”.

16 Cfr. Ag. Inst. n.º 70019731090, Relator: Juez Mario Rocha Lopes Filho, C. Civ. 18.ª, TJRS, 05.07.2007: “No existe obligación por fianza cuando en el contrato no hay una cláusula que se constituya en promesa de garantía de la deuda. De acuerdo con una correcta interpretación de los arts. 818 a 819 del c.c. de 2002, la sola firma acompañada del vocablo ‘fiador’ sin una previsión expresa sobre la garantía no genera obligación de fianza, pues se muestra inexistente la asunción de obligación para el tercero, que debe interpretarse restrictivamente”.

17 Ver REsp. 113413/MS, Relator: Ministro Barros Monteiro, Sala 4.ª, 18.03.2003.

18 “Garantía otorgada en acuerdo para pago de locativos. La garantía otorgada en el contrato no es un endoso. Con todo, la falta de designación del instituto en el documento no anula la garantía, ni cambia su naturaleza, que es de fianza”: Ap. Civ. 70010833325, Relator: Juez Ana Beatriz Iser, C. Civ. 15.ª, TJRS, 31.08.2005.

y el principio de la función social del contrato (arts. 421 y 422 c.c.), como previsiones específicas que se tienen dentro del régimen general de los contratos. En ese mismo sentido, no se aplicará a la fianza el derecho de arrepentimiento regulado en el artículo 49 CDC, y que permite al contratante, si concurren determinados requisitos, desvincularse del contrato que se ha formado debidamente. Este instrumento de protección contenido en el CDC no está, pues, disponible para el fiador.

Un punto específico se refiere a la interpretación del contrato de fianza, que, al lado de la regla general prevista en el artículo 113 c.c.¹⁹, tiene una regla especial en el artículo 819, según la cual la fianza no permite interpretación extensiva. Así, se podría adoptar la máxima de que en caso de duda acerca de la cláusula contractual se debe adoptar una posición de favor hacia el fiador. De igual manera, no es dable al intérprete del negocio agravar la situación del fiador cuando hubiere alguna duda acerca del ámbito efectivo de la obligación asumida²⁰.

En lo que se refiere al cuadro de clasificación del contrato es necesario incluir la fianza, normalmente, como un contrato de adhesión, en la medida en que sus cláusulas por lo general son predisuestas por el acreedor. Al fiador le está reservada la posición jurídica de simple anuencia frente a lo que fue dispuesto por el acreedor. En el derecho privado brasileño se encuentra la particularidad de que el CDC regula lo relativo a los contratos de adhesión. Con todo, como se dijo, el contrato de fianza no se encuadra como una relación de consumo. En consecuencia, a la fianza se le aplican las disposiciones generales previstas en el Código Civil para este tipo de contrato, es decir los artículos 423 y 424^[21], que se caracterizan por lo poco que desarrollan la materia.

El contrato de fianza se constituye, por excelencia, como una obligación accesorio, ya que su existencia depende de una obligación principal: el débito existe entre acreedor y deudor²². La fianza, por lo tanto, será un contrato secundario que presupone otro contrato principal cuyo cumplimiento viene a garantizar. Se trata de la característica esencial de la figura, que no puede ser alterada por las

19 Art. 113: “Los negocios jurídicos se deben interpretar conforme a la buena fe y a los usos del lugar de su celebración”.

20 En este sentido, la decisión del Tribunal Supremo de Justicia, REsp. 299143-DF, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Sala 5.^a, 04.08.2005: “Contrato de arrendamiento. Fianza. Interpretación restrictiva. El contrato de fianza debe ser interpretado restrictivamente, no vinculando al fiador al subarrendamiento celebrado por el arrendatario garantizado sin su consentimiento expreso, independientemente del conocimiento del arrendador”.

21 Art. 423: “Cuando en el contrato de adhesión existan cláusulas ambiguas o contradictorias, se deberá adoptar la interpretación más favorable al adherente”.

Art. 424: “En los contratos de adhesión son nulas las cláusulas que estipulen la renuncia anticipada del adherente al derecho resultante de la naturaleza del contrato”.

22 Sobre las diversas consecuencias de carácter accesorio para la fianza, véase MEDICUS, *Schuldrecht*, II, cit., 249.

partes. Es decir que la fianza acompaña a la obligación afianzada y a ella queda subordinada.

Como se dijo, siendo la fianza un negocio accesorio, una de las consecuencias de este principio es que si la obligación principal fuere nula, la fianza también lo será. Este precepto se relaciona con lo dispuesto por el artículo 184, segunda parte, según el cual la invalidez de las obligaciones principales comporta la de las accesorias. Por supuesto es necesario resaltar que esta premisa hace relación a las obligaciones nulas, al tenor del artículo 824 c.c., pues aquellas anulables, como se verá, son susceptibles de ser afianzadas²³.

De cualquier modo, es necesario destacar el alcance de ese carácter accesorio. Una cuestión interesante consiste en la hipótesis en la que el fiador pretenda una acción de revisión del contrato principal de mutuo hipotecario. En un primer análisis, se podría sustentar que existe legitimidad en cabeza del fiador, en la medida en que podría resultar llamado a pagar un débito que podría ser objeto de revisión y su consecuente disminución. Con todo, al estudiar la materia, el STJ consideró que el fiador sería parte ilegítima para intentar esta pretensión no obstante su evidente interés económico. Así, la corte privilegió el carácter accesorio del vínculo contractual en detrimento de la existencia de la responsabilidad patrimonial del fiador²⁴. Se podría preguntar aquí si no sería el caso de permitir el debate sobre la deuda por parte del fiador, aún más si se tiene presente que al contrato de fianza también se le aplican los principios, ya señalados, de la función social del contrato y de la buena fe. Si se piensa que el fiador estaría legitimado para revisar el débito, se estaría haciendo efectiva la aplicación de tales principios en la medida en que él es, como garante, responsable del pago.

B. La fianza como negocio jurídico de garantía

El Código Civil de 2002 define la fianza, en el citado artículo 818, como negocio jurídico de garantía. Se trata de una de las especies de vínculo jurídico establecido entre el acreedor y un tercero con el fin de asegurar al acreedor el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor en caso de que este no cumpla. En contraposición a las garantías reales, en las que el garante destina bienes específicos para asegurar el cumplimiento de la obligación, la fianza se constituye como garantía personal en la que el tercero declara su propósito de asegurar el cumplimiento de la deuda de un tercero.

23 En ese sentido, véase PASQUALOTTO, *Contratos nominados III*, cit., 244.

24 Cfr. el REsp. 926.792-SC, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Sala 4.^a, 17.04.2015: "Recurso especial. Civil y procesal civil. Violación no configurada del art. 535 del c.p.c. Acción de revisión de contrato bancario. Mutuo. Prescripción veintenaria. Presentación de la demanda bajo el amparo del Código Civil de 1919. Ilegitimidad activa del fiador. Carácter accesorio del contrato de fianza. Relación de derecho material de naturaleza distinta a aquella que se establece en el contrato principal".

Se trata, pues, de un ejemplo de contrato *intuitu personae*, en la medida en que la constitución de la garantía normalmente se establece a partir de una relación personal entre el fiador y el deudor garantizado. Gracias a esta característica de la fianza se reconoce el efecto de exoneración de la fianza cuando se rompe el vínculo personal²⁵. Además, se parte de la solvencia patrimonial del fiador, puesto que el acreedor debe aceptarlo como garante de su crédito.

Como se dijo, la fianza es un negocio consensual, y como negocio de garantía que es, resulta necesaria la anuencia expresa del fiador, tal como lo señala el STJ en la *Súmula* 214, que establece: “el fiador de un contrato de arrendamiento no responde por obligaciones resultantes de adiciones a las que no haya consentido”²⁶. Así, la fianza se constituye en una de las especies más representativas de garantía personal, siendo un caso de garantía típica regulada por el Código Civil. Con todo, no es la única modalidad de garantía personal, pues además está la figura del aval, que tiene contornos distintos a los de la fianza pues se trata de un negocio jurídico unilateral de garantía que actúa de forma autónoma²⁷, principalmente como garantía cambiaria, de los títulos de crédito, que no se aplica en el ámbito de los contratos²⁸.

La fianza se distingue también de la caución, la que se define por parte de la doctrina como una modalidad de garantía que se destina a salvaguardar el cumplimiento de obligaciones de un monto determinado o a asegurar los eventuales

25 Véase, p. ej., el REsp. 285821-SP, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Sala 6.^a, 19.09.2002: “Es admisible la exoneración de la garantía de fianza otorgada a la sociedad tras el retiro de la socia fiadora, frente a la ruptura de la *affectio societatis*. 2. Cuando la socia fiadora y su cónyuge notifican al arrendador de su pretensión de exoneración del pacto de fianza con ocasión de su retiro de la sociedad garantizada, tienen derecho de ser exonerados de la obligación, toda vez que el contrato de garantía es *intuitu personae*, siendo irrelevante en caso de que en el contrato se haya estipulado un plazo determinado y todavía esté en vigor. 3. En consideración a la naturaleza compleja del contrato en el que se acordó la fianza mientras se mantiene vigente el contrato de sociedad, es evidente que la resolución de cualquiera de los contratos implica la resolución del remanente, con mayor razón si el arrendador aceptó la esencia compleja del contrato, en la medida en que arrendó el inmueble a una persona jurídica, siendo fiadora una de las socias”.

26 Véase, p. ej., REsp. 575659-RJ, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Sala 5.^a, 21.10.2004: “Arrendamiento. Fianza. Exoneración del fiador. 1. Aunque el fiador se hubiera comprometido con las obligaciones del arrendador hasta la devolución del inmueble, ello no debe prevalecer si él no expresó su acuerdo con la prórroga del contrato –resumen 214-STJ–, dada la naturaleza altruista de la garantía, cuya interpretación debe ser restrictiva.

27 Véase, p. ej., PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., 119.

28 La distinción aparece de manera precisa en la jurisprudencia. Ver, por ejemplo, las decisiones del STJ: “Proceso civil. Aval. El aval supone la firma en el título de cambio, que no se asimila a la firma en instrumento particular, que ni siquiera valdría como fianza aun si su autor concuerda” (REsp. 248842-PR, Relator: Ministro Ari Pargendler, Sala 3.^a, 25.04.2000). “Contrato bancario. Nuevo pagaré. Aval. El aval es una garantía que se constituye en título de cambio, no en contrato bancario. En este, la garantía de un tercero puede ser la fianza, no el aval. Negado por las instancias ordinarias, interpretando el contrato los embargantes asumieron una obligación solidaria y no cabe la ejecución contra ellos por las consideraciones previstas en este documento. Recurso no concedido” (REsp. 255139-PR, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., Sala 4.^a, 29.08.2000).

perjuicios que cause el incumplimiento de una obligación²⁹. En lo que hace a esta última finalidad, en el Código del Proceso Civil se encuentra consagrada con el fin de asegurar las medidas cautelares de derecho (arts. 826 a 838). En general la legislación procesal no indica la modalidad por la cual será prestada la caución: la fianza podrá ser la forma de garantía por la que se constituya la caución.

No está de más señalar que el incremento del tráfico negocial ha hecho surgir otras modalidades de garantía inspiradas, sobre todo, en el derecho norteamericano e inglés, de las que son ejemplos recurrentes el “*escrow agreement*” o las “*comfort letters*”³⁰.

Observe que el Código Civil brasileño no contempla una regulación general para las garantías, que son tratadas de forma asistemática. La fianza está regulada como un contrato; algunas garantías reales, como la hipoteca, la prenda y la anticresis, se encuentran disciplinadas en la parte relativa a los derechos reales, y la caución encuentra sus preceptos en el Código de Proceso Civil.

Entre las características generales de la fianza se debe subrayar que ella es subsidiaria, es decir que el fiador solamente responderá por la deuda en la hipótesis de insuficiencia del patrimonio del deudor.

En cuanto a las especies de deuda susceptibles de ser garantizadas por la fianza, el Código de 2002 establece que no solamente deudas actuales, sino también las futuras, pueden ser afianzadas. Se excluye del ámbito de la fianza la deuda pasada, esto es, una obligación ya extinguida. Situación particular se presenta respecto de la obligación prescrita, que según algunos autores sería susceptible de ser garantizada³¹, si se tiene en cuenta la posibilidad de renuncia a la prescripción.

En la hipótesis de deuda futura, prevé el artículo 821 que el acreedor no podrá pretender el pago del fiador cuando la obligación no cumpla todavía con los requisitos de liquidez y certeza. Se trata de la regla que sigue el principio de restrictividad, en la medida en que sería oneroso para el fiador si estuviese obligado a honrar el pago de una deuda cuando no ha sido siquiera liquidada frente al deudor principal.

Otro punto importante se refiere a la extensión de la garantía en cuanto al objeto del pago. Las partes pueden acordar que la fianza se limite a una parte del débito; sin embargo, esta situación no se presume, pues de ser así deberá constar expresamente en el contrato.

En la hipótesis en que no se estipule un límite a la fianza, se reputa que ella garantiza toda la obligación principal y también todos sus accesorios, como en efecto lo dispone el artículo 822. Dentro del concepto de accesorio se com-

29 Véase ROMANO MARTINEZ y FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, cit., 69.

30 En la doctrina, véase, p. ej., *ibíd.*, 53 ss.

31 Cfr. PASQUALOTTO, *Contratos nominados*, cit., 239.

prenden los intereses, en la medida en que se constituyen en rendimientos de la obligación principal. Allí también se dice que se incluyen las expensas judiciales a partir de la citación, acto que comporta la mora del deudor, con miras a salvaguardar los gastos en que el acreedor incurra para cobrar su crédito. Se afirma que también se podrían incluir en la fianza los gastos extrajudiciales necesarios para el cobro de la obligación³².

En el derecho brasileño se permite a las partes establecer que la fianza garantice solo una parte de la obligación, en la medida en que se establezca un valor inferior al debido o que se estipulen condiciones menos gravosas para el fiador. En este caso se califica la fianza como parcial, que es diferente de la hipótesis de fianza limitada.

Con todo, en concordancia con el principio, ya expuesto, de la interpretación restrictiva de la fianza, no se autoriza que ella sea más gravosa que la deuda o que tenga un valor más elevado. Sin embargo, de presentarse esta circunstancia la solución prevista es la de reducir la fianza al valor de la obligación, no la de decretar la nulidad de la fianza. Por lo tanto, se configura la ineficacia sobre el valor excedente.

En lo que respecta al objeto de la fianza y teniendo en cuenta que una nulidad de la obligación principal puede deberse a un defecto no subsanable, se dispone, en el artículo 824, que esa obligación no podrá ser susceptible de ser garantizada y por tanto no puede ser afianzada. El artículo 824 se refiere a las obligaciones nulas, de donde se sigue que las simplemente anulables sí podrían ser objeto de fianza³³. El fundamento para esta distinción reside en que hasta el momento de la declaración de la invalidez las obligaciones anulables producen efectos, lo que no ocurre con las obligaciones nulas.

Sin embargo, la regla del artículo 824 prevé una excepción: si la nulidad resulta de una incapacidad personal del deudor, la obligación podrá ser objeto de fianza. Se impone, pues, una morigeración de la regla de la nulidad por incapacidad de la persona, al presumirse que el acreedor tenía conocimiento de la situación personal del deudor, y en consecuencia quedará el fiador como único responsable por el pago del débito frente al acreedor. Con todo, esta excepción no tiene cabida en una hipótesis, vale decir, cuando la obligación principal resulta de un préstamo de dinero a persona menor de 18 años.

Se pregunta también si la fianza se puede constituir sobre obligaciones naturales, o, dicho de otro modo, si ellas pueden ser objeto de garantía³⁴. En la doc-

32 Cfr. *ibíd.*, 242.

33 En ese sentido, cfr. *ibíd.*, 244.

34 Véase, sobre este tema, DE ANDRADE, F. S., “As obrigações naturais em perspectiva de harmonização”, en AA.VV., *Obligaciones, contratos, responsabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, vol. I, 157 y 173.

trina se encuentran tesis en los dos sentidos³⁵. En otros ordenamientos, como es el caso de los derechos chileno y colombiano, hay disposición a propósito que permite tal posibilidad (respectivamente, arts. 1472 y 1529 c.c.).

Frente a la ausencia de una disposición en el derecho brasileño, se considera que sería incoherente permitir la garantía sobre obligaciones naturales, toda vez que ellas se caracterizan, principalmente, por la circunstancia de la imposibilidad de exigencia por parte del acreedor; así, no tendría sentido reforzar su cumplimiento.

Se debe poner de presente, en lo que hace a la garantía, que la fianza puede ser prestada por más de una persona, caso en el que se tendrá la figura de los cofiadores. En este caso el régimen será el de la solidaridad, de modo que todos serán responsables por la totalidad de la obligación, por lo que podrán ser demandados, conjunta o separadamente, por el acreedor (arts. 275 a 285 c.c.). No obstante, para que se verifique la figura de la fianza conjunta será indispensable que ella esté claramente expresada en el contrato, esto en la medida en que no se presume. Con todo, se debe diferenciar la co-fianza de la autorización que da el cónyuge con su firma para consentir en la fianza. Si se trata de co-fianza es necesario que así aparezca expresamente en el respectivo contrato.

Al lado de la previsión del artículo precedentemente citado, la ley permite que, en la hipótesis de pluralidad de fiadores, se establezca por ellos, de forma específica, la parte de la deuda por la cual se responsabilizan. Se escapa así del régimen de proporcionalidad previsto en el artículo 829, configurándose entonces una garantía de cada cofiador en el límite del valor predeterminado. Por ejemplo, nada impide que los garantes indiquen que uno de ellos será responsable por un determinado componente del débito, principal, y otro por los intereses, con lo que desaparecerá el régimen de solidaridad en la medida en que cada cofiador apenas se obliga hasta el límite que fue previamente fijado.

Entre las cuestiones fundamentales de la noción de fianza como garantía sobresale el debate sobre la extensión de la responsabilidad patrimonial del fiador: en esencia, aun siendo la fianza un negocio jurídico por medio del cual se promete garantizar el pago de la deuda de un tercero, se pregunta si tal promesa debe cobijar todo el patrimonio del garante. El primer elemento de esta discusión surge de la tutela amplia que se le concede a los bienes familiares por la ley (8009 de 1990), y según la cual se considera inembargable el inmueble residencial del deudor, y todo lo que allí se encuentra, frente a lo previsto por el inciso

35 Véase, p. ej., ANTUNES VARELA, J. de M., *Das obrigações em geral*, Almedina, Manuais Universitários, reimpr. de la 10.^a ed., Lisboa, 2015, 737; DE ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das obrigações*, Almedina, Manuais Universitários, reimpr. de la 12.^a ed., Coimbra, 2016, 157.

vii del artículo 3.º, que excluía esta protección al fiador de un arrendamiento. Esta excepción suscitó un primer debate en la doctrina y en la jurisprudencia³⁶.

La discusión se relacionaba también con el tema de la relación que pudiera darse con los derechos fundamentales, toda vez que la Constitución Federal, a partir de la Enmienda Constitucional 26 de 2000 (art. 6), prevé expresamente el derecho social a la vivienda. Así, la cuestión era la de saber si el acreedor, al pretender el pago por parte del fiador, podía responsabilizarlo patrimonialmente hasta el punto de sustraerle su derecho a la vivienda.

El STF resolvió la duda con el Recurso Extraordinario n.º 407.688-8³⁷, en el sentido de considerar constitucional la previsión del artículo 3.º, inciso vii, de la Ley 8009 de 1990, con base en dos argumentos: de un lado, se estimó que, siendo el arrendamiento una forma de vivienda, la ejecución plena de la fianza protegería los medios de acceso a este derecho, estando así de acuerdo con el objetivo constitucional. De otro, se afirmó que el derecho social a la vivienda no se sobrepone a la garantía prometida por el fiador que nace de su autonomía contractual.

En síntesis, no es permitido al fiador suscitar la protección de inembargabilidad del bien de familia³⁸. Por lo tanto, se ve cómo la posición jurídica del fiador en el derecho brasileño es frágil en la medida en que no posee instrumentos aptos para protegerlo mínimamente. Habiendo sido negada al fiador la aplicación del principio constitucional, no se verifica la posibilidad de que invoque principios contractuales.

Esta posición dista de lo establecido por el derecho alemán; en efecto, allí el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) invocó el § 138 BGB, cláusula general de las buenas costumbres, con el fin de tutelar al fiador, por considerar que la fianza concedida por parientes próximos del deudor llegaría a tener un valor significativo en el patrimonio del garante, habiéndose constatado la situación de desigualdad entre las partes (*Ungleichgewichtslage*)³⁹.

36 Véase, p. ej., INGO SARLET, “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”, en *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, 2007, 139 ss.

37 “Fiador. Arrendamiento. Orden de desalojo. Sentencia de procedimiento. Ejecución. Responsabilidad solidaria por las obligaciones del deudor. Embargo de su inmueble de residencia. Bien de familia. Admisibilidad. Ausencia de violación del derecho de vivienda previsto en el art. 6.º del CF. Constitucionalidad del art. 3.º, inciso vii, de la Ley n.º 8.009-90, con la redacción de la Ley n.º 8.245-91. Recurso extraordinario negado. Votos vencidos. La embargabilidad del bien de familia del fiador del contrato de arrendamiento, objeto del art. 3.º, inciso vii, de la Ley n.º 8.009, del 23 de marzo de 1990, con la redacción de la Ley n.º 8.245-91, del 15 de octubre de 1991, no viola el art. 6.º de la Constitución de la República”: Relator: Ministro César Peluso, pleno, 08.02.2006.

38 Véase, p. ej., REsp 745.161-SP.

39 Véase la decisión del BVerfGE 89, 214; sobre el tema véase, p. ej., MEDICUS, *Schuldrecht* II, cit., 246.

II. La relación obligacional de garantía como un proceso

A. El desarrollo del contrato de fianza

Es necesario verificar, llegado el caso del incumplimiento, cómo se hace efectivo el vínculo de garantía establecido entre el fiador y el acreedor. Se toma como presupuesto la idea de que el desarrollo de la relación debe darse como un proceso, de modo dinámico, en diferentes fases que deben llevar al cumplimiento⁴⁰.

Configurado el incumplimiento, el Código Civil, en el artículo 827, establece el beneficio de orden o beneficio de excusión, derecho concedido al fiador para exigir que el acreedor cobre primero al deudor.

Se trata de una consecuencia lógica del carácter subsidiario de la fianza, razón por la cual se parte de la premisa de que el fiador solamente deberá atender el pago si el deudor no cumple con la obligación asumida. En principio el acreedor debe dirigirse al deudor principal con el fin de obtener la satisfacción de la obligación; la responsabilidad del fiador, como garantía, debe darse luego de que el acreedor haya agotado las posibilidades de obtener el pago por el deudor.

Esta facultad debe ser ejercida por el fiador en su oportunidad de defensa: si se trata de un proceso de conocimiento, en la contestación de la demanda a manera de excepción; si se trata de un proceso ejecutivo, previamente al decreto de embargo. En ambos casos, so pena de que le precluya la oportunidad; es decir que el fiador no podrá pretender la aplicación del beneficio en otro momento procesal. Si no hay manifestación por parte del fiador se presume que ha renunciado a su derecho.

Además de este primer requisito se exige que el fiador indique bienes del deudor para que el beneficio de orden pueda ser reputado como eficaz. Con el fin de no hacer más onerosa la situación del acreedor se han establecido presupuestos rígidos acerca de los bienes indicados: ellos deben estar situados en el municipio en que estuviere domiciliado el deudor; deben ser suficientes para el pago de la deuda, y no deben estar afectados a ningún tipo de garantía. Así pues, no es cualquier bien el que puede ser indicado para hacer efectivo el beneficio, lo que demuestra la escasa posibilidad de utilización de este instrumento de protección del fiador. Con todo, es forzoso tener presente que hay varias situaciones en las que no se puede aplicar el beneficio de orden.

En primer lugar, el fiador podrá renunciar al beneficio al momento de la celebración del contrato. Se trata, por lo demás, de una práctica común en el orden negocial, en especial por el carácter de contratos de adhesión de los contratos de fianza. Al ser predispuestas las cláusulas del contrato por el acreedor, este normalmente establece la regla por la cual el fiador renuncia al beneficio. No obstante, la renuncia no se presume y deberá constar expresamente en el

40 Véase, en ese sentido, DO COUTO E SILVA, C., *A obrigação como processo*, cit., 10.

contrato. A pesar del carácter adhesivo del vínculo, no es aplicable a la fianza el régimen establecido por el CDC (art. 54), por lo que resulta conveniente que la renuncia sea redactada de forma clara y en caracteres ostensibles con el fin de evitar cualquier debate acerca del efectivo conocimiento por el fiador de la validez de la renuncia.

En segundo lugar, si el fiador se vincula como deudor principal se entiende que no hay beneficio de orden. En este caso desaparece la premisa de la subsidiariedad de la fianza, razón por la cual el acreedor podrá accionar directamente contra el fiador sin tener que exigir el crédito primero al deudor.

Otro medio de renuncia tácita al beneficio de orden o de excusión consiste en la inclusión de una cláusula de solidaridad en el contrato de fianza. El régimen de solidaridad, sin embargo, no se presume en el derecho civil brasileño, y por tanto deberá constar de forma clara y expresa en el negocio de fianza. En caso de solidaridad el acreedor podrá exigir la obligación, a su arbitrio, ya al deudor, ya al fiador.

En la praxis negocial, especialmente en los casos de fianza en contratos de arrendamiento y teniendo en cuenta que la redacción es predispuesta por el acreedor, es común que se presenten las tres hipótesis previstas en los incisos primero y segundo del artículo 828: el fiador no solamente renuncia al beneficio de orden, sino que también se reputa como deudor principal y solidario.

En fin, no procederá el beneficio de orden si se configura la insolvencia o cesación de pagos del deudor, en la medida en que en estos casos se hace impracticable para el fiador señalar los bienes necesarios del deudor para el pago de la obligación. Así, no se configuraría el presupuesto necesario para poder ejercer el derecho al beneficio de orden.

B. El cumplimiento por el fiador y sus efectos

Una vez pagada la deuda del garantizado por el fiador, este asume todos los derechos del acreedor frente al deudor.

El fiador se constituye en tercero interesado, razón por la cual, si satisface el crédito que correspondía originalmente al deudor, estará legitimado a ocupar la posición jurídica del acreedor en virtud de la subrogación. Se trata de una de las hipótesis de subrogación legal, prevista expresamente en el artículo 346, III, c.c.

Esta disposición se relaciona con el artículo 349 c.c., según el cual la subrogación transfiere al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor original, en relación con la deuda, contra el deudor principal y sus fiadores.

Respecto de los derechos que pueda ejercer el fiador habiendo ocurrido la subrogación, se debe anotar que una vez pagada la deuda no podrá perseguir el embargo del bien inmueble destinado a la vivienda del deudor (bien de familia), puesto que el acreedor no dispone de este derecho, por disposición de los artícu-

los 1.º y 3.º de la Ley 8009 de 1990, que regula lo relativo al bien de familia legal en el derecho civil brasileño.

Se exige como requisito para que el fiador tenga derecho a la subrogación el pago integral de la deuda, considerando que solo así se entiende satisfecho el interés del acreedor. En consecuencia, el pago parcial de la deuda por el fiador no le concede la subrogación. La razón de esta solución legislativa radica, en esencia, en el hecho de que en la hipótesis de pago parcial el acreedor no está satisfecho en forma plena, de manera que existiría una relación de competencia entre este y el fiador, con la precisión de que el fiador no puede disputar con el acreedor los bienes del deudor.

En el caso de que se trate de una fianza parcial y el fiador hubiere pagado integralmente su parte, pero subsista aún la deuda original, se aplica la solución del artículo 351 c.c., por la cual el acreedor originario, pagado solo en parte, prefiere al (fiador) subrogado en el cobro de la deuda restante, si los bienes del deudor no fueran suficientes para pagar en su totalidad el monto debido. Conviene precisar que, si no se configura el presupuesto de pago total, aunque no ocurra la subrogación, el fiador tendrá la acción de regreso para recuperar lo que pagó. Se busca así evitar un enriquecimiento del deudor incumplido.

De conformidad con lo ya dicho, en la hipótesis de pago total en caso de co-fianza, además de la acción contra el deudor, el fiador que pagó tendrá acción contra los demás garantes. Sin embargo, aunque exista cláusula de solidaridad, la acción se podrá ejercer por la parte correspondiente a cada uno, a menos que haya insolvencia de alguno, caso en el cual se distribuirá su contingente entre los demás. En el ámbito de la solidaridad se deben distinguir, por una parte, los efectos en la esfera externa, entre el acreedor y los fiadores, escenario en el cual se puede exigir de cualquiera de estos el valor de la deuda; y por otra, los efectos en el plano interno, donde se hace la división del débito por partes equivalentes, salvo el caso de insolvencia de uno o más de ellos.

Sobre el plazo de prescripción de la acción de cobro, en el caso de la garantía de arrendamiento se aplica el plazo de tres años previsto en el artículo 206, § 3.º, I, c.c., por cuanto está previsto para el contrato principal. El punto de referencia inicial será la fecha en la que el fiador paga la deuda del arrendatario⁴¹.

Con ocasión del pago de la deuda por parte del fiador, el derecho de subrogación recoge, además de la deuda en sí, los eventuales perjuicios que se causen, debiendo demostrarse, según lo dispone el artículo 832 c.c. De hecho, es posible concebir que el pago de la deuda por el fiador produzca sacrificios patrimoniales, específicamente, daños emergentes o lucros cesantes, que tengan causa en el incumplimiento del deudor principal. El clásico ejemplo es el de pérdida de

41 Véase, en este sentido, Ap. civ. n.º 70025128406, Relator: Juez Ângelo Maraninchi Giannakos, C. Civ. 15.ª del TJRS, 27.08.2008.

rendimientos financieros en vista de la necesidad de pago de la deuda⁴², aún más gravoso si se considera que el fiador no tiene derecho al beneficio de inembargabilidad previsto en la Ley 8009 de 1990.

Frente a la pregunta sobre si el fiador puede pretender el resarcimiento por daños morales, parece conveniente excluir dicha posibilidad, por cuanto el vínculo es contractual, y está destinado principalmente a una función de garantía, lo que impide admitir la incidencia de esta especie de indemnización. La razón radica en que la circunstancia del pago constituye una “mera molestia”, además de que no existe una lesión en la esfera existencial del garante⁴³.

Otra consecuencia del pago hecho por el fiador es que, en virtud de este, tiene derecho a intereses específicos a partir de la fecha respectiva. Son los llamados intereses de desembolso. Si existe previsión sobre el valor de los intereses en la obligación principal, esta se aplicará al fiador. En caso de ausencia de disposición, el fiador tendrá derecho al interés legal, previsto en el artículo 406 c.c.

Véase que la protección jurídica del fiador no se limita al plano material, sino que también prevé el ámbito procesal de su vinculación. En caso de que el acreedor sea negligente en el curso del proceso ejecutivo contra el deudor, se prevé que el fiador pueda tomar medidas durante el mismo asumiendo su conducción, a fin de que pueda escapar a la sujeción del acreedor desidioso (art. 834).

El fundamento para esta previsión legal está en el legítimo interés que tiene el fiador de liberarse de la garantía, mediante la ejecución de los bienes del deudor por el acreedor. Adicionalmente, se puede enmarcar en la problemática contemporánea del deber del acreedor de evitar o mitigar el perjuicio, en virtud del principio de buena fe⁴⁴. En el caso previsto por el artículo 834 existiría un riesgo para el fiador en la perpetuación del proceso ejecutivo, en la medida en que su prolongación exagerada puede conducir, de hecho, a una excesiva onerosidad en relación con las cargas de la deuda.

Sin embargo, se debe considerar que no existe una previsión específica en relación con el tiempo que tiene el acreedor para iniciar la ejecución. Además, el presupuesto para este procedimiento es la inexistencia de una justa causa para no dar curso al proceso, hecho que deberá demostrar el fiador. Por ejemplo, el acreedor podrá invocar que prefirió esperar una mejor condición económica del deudor, antes de iniciar el costoso proceso ejecutivo.

42 En el mismo sentido, PASQUALOTTO, *Contratos nominados*, cit., 503.

43 Véase, p. ej., Ap. Civ. n. 0003910-48.2011.8.19.0033, Relator: Juez Carlos Eduardo Passos, C. Civ. 2.ª del TJRJ, 06.11.2012: “Civil. Contrato de fianza. Pretensión del fiador de indemnización por daño moral producto del pago de la deuda incumplida por el deudor. Consecuencia previsible y usual en este tipo de contratos. Merotedio. Daño moral no configurado. Incidencia de entrada n.º 75, del resumen de este tribunal. Tesis manifiestamente precedente. Recurso provisto”.

44 Véase, p. ej., SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, 332 ss.

Además, se parte de la premisa de que al acreedor corresponde iniciar la ejecución contra el deudor, razón por la cual el fiador tiene la misma posibilidad, contrario a lo que disponía el artículo 1499 c.c. de 1916^[45]. En todo caso, la solución legislativa no implica la liberación del fiador por la demora del acreedor en ejecutar al deudor principal.

Sin embargo, no parece posible que el fiador pueda desahuciar al deudor, en caso de que ya esté en mora y el acreedor aún no lo haya desahuciado⁴⁶. Toda vez que el contrato de fianza es accesorio, no corresponde al fiador la posibilidad de interponer acción para el ejercicio del derecho sustantivo en cabeza del acreedor, en el sentido de extinguir la relación obligacional entre este y el deudor principal. Valga reiterar la referencia hecha antes, en el sentido de que el fiador no tiene la facultad de proponer acción de revisión de la deuda constituida por el arrendatario, deudor principal, precisamente en razón de la accesoriedad de la deuda⁴⁷.

C. La extinción del contrato de fianza

Junto a la posibilidad de cumplimiento por el fiador de la obligación de garantía, pueden tener lugar diversas situaciones que conduzcan a la extinción del contrato de fianza: se concluye por una causa sobrevenida, distinta del cumplimiento.

En relación con ello, cabe resaltar en principio que, en el ámbito de la disciplina del contrato de fianza, el Código Civil no agota todas las hipótesis de extinción. Pueden darse casos generales de terminación del contrato, como la disolución, regulados en la parte general del Código Civil de 2002.

Una primera hipótesis relevante es la liberación unilateral del fiador. En esencia, se trata de si el fiador puede ejercer un derecho de rescisión, es decir, liberarse por su propia voluntad de la obligación de garantía, con independencia de la subsistencia del vínculo principal. Es lo que se denomina desistimiento de la fianza. En relación con esta posibilidad, el Código de 2002 cambió de manera sustancial la disciplina del artículo 1500 c.c. de 1916, que exigía el ejercicio de una acción en tal sentido, ¡pudiendo el fiador exonerarse sólo después de una sentencia! Por el contrario, el Código Civil vigente, artículo 835, en relación con

45 Art. 1499: “El fiador, aun antes del pago, puede exigir que el deudor satisfaga la obligación, o lo exonere de la fianza desde que la deuda se haga exigible, o haya cumplido el plazo dentro del cual el deudor se obligó a exonerarlo”.

46 Sobre el tema véase, p. ej., DE GODOY, C. L. B., *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, coord. Ministro Cezar Peluso, vol. 6, Manole, 2013, 853.

47 Cfr. REsp. 926.792-SC, Relator: Ministro Ricardo Villas Bóas Cueva, Sala 4.ª, 17.04.2015: “Recurso especial. Civil e procesal civil. Violación del art. 535 del c.p.c. no configurada. Acción de revisión de contrato bancario. Mutuo. Prescripción veintenaria. Interposición de demanda bajo el amparo del Código Civil de 1916. Ilegitimidad activa del fiador. Accesoriedad del contrato de fianza. Relación de derecho material de naturaleza diversa de aquella que se establece en el contrato principal”.

la fianza a término indefinido, dispone que la notificación al acreedor es suficiente para el desistimiento. La garantía se extenderá solo por los 60 días siguientes.

En consecuencia, el régimen adoptado por el Código actual flexibiliza el principio de accesoriedad, permitiendo que el fiador se libere de manera autónoma al deudor, contratante principal. Se trata, sin duda, de una orientación más adecuada, pues resulta inconcebible que el fiador permanezca eternamente vinculado al acreedor en garantía de una deuda, una vez que el contrato alcanza un estado de indeterminación temporal.

Se debe tener presente que, en los contratos de fianza celebrados por adhesión, es común la inserción de una cláusula de renuncia al derecho a desistir de la fianza. Pero, aunque se pueda considerar como un derecho patrimonial susceptible de renuncia, en realidad es un efecto inmanente del contrato, razón por la cual no se podría reputar como válida la cláusula en comento. A esto se añade que el Código Civil, artículo 424, califica como nula la cláusula que estipule la renuncia anticipada del adherente al derecho resultante de la naturaleza del negocio, por lo que la estipulación de renuncia unilateral por parte del fiador se puede considerar nula⁴⁸.

Otro ámbito de discusión en relación con el desistimiento de la fianza en los contratos de arrendamiento corresponde a los casos en que el contrato, pactado inicialmente por un periodo determinado, se convierte en indeterminado. A este respecto, se destaca que existe una previsión expresa en el artículo 39 de la Ley 8245 de 1991, modificado por la Ley 12112 de 2009, que señala que las garantías de arrendamiento se extienden hasta la restitución del inmueble, aunque se prorrogue el arrendamiento por un periodo indeterminado, lo que en la práctica se concreta con la entrega de las llaves⁴⁹. Valga señalar, sin embargo, que esta disposición no comporta para el fiador la imposibilidad de liberarse de la garantía, invocando lo dispuesto en el artículo 835.

No obstante, si no se da la liberación del fiador en los términos del artículo, mediante la notificación, y en vista de la práctica corriente de incluir en los contratos una cláusula expresa de prorrogación del contrato y la responsabilidad de los fiadores, el STJ ha aceptado la responsabilidad de los fiadores por los débitos constituidos durante ese periodo. Se aparta de esta posición la *Súmula* 214 (“El

48 En este sentido, véase Ap. Civ. 70014830491, Relator: juez Ângelo Maraninchi Giannakos, C. Civ. 15.ª, 03.05.2006: “Acción de exoneración de fianza. Arrendamiento comercial. Contrato de arrendamiento prorrogado por plazo indeterminado. Notificación extrajudicial. Invalidez de la cláusula contractual que dispone sobre la renuncia al derecho de exoneración de la fianza. Adhesión manifiesta. Prerrogativa prevista en el artículo 835 del Código Civil vigente”.

49 Art. 39: “Salvo estipulación en contrario, cualquiera de las garantías del arrendamiento se extiende hasta la efectiva devolución del inmueble, aunque se prorrogue el arrendamiento por plazo indeterminado, por virtud de esta ley”.

fiador en el arrendamiento no responde por obligaciones derivadas de una adición que no consintió”), en razón de la existencia de disposición contractual⁵⁰.

Una segunda hipótesis de extinción se relaciona con el hecho de que la fianza sea una garantía personal. En consecuencia, la muerte del fiador es una causal de extinción del contrato de fianza. Si, al momento de la muerte, no existieran deudas del deudor principal, no habrá responsabilidad de los herederos. En caso contrario, las deudas se transmiten a estos, limitada la responsabilidad hasta el monto del patrimonio del *de cuius*, en aplicación del artículo 1792 c.c.⁵¹. Se debe anotar que la eventual muerte del co-fiador no libera al otro garante⁵². El efecto de la muerte del co-fiador se limita, en los términos del artículo, a determinar la responsabilidad de los herederos.

Por otro lado, en caso de que, por ejemplo, el acreedor pretenda obtener el pago de la deuda directamente del fiador, la ley le otorga a este dos tipos de excepciones: de un lado, las personales, que solo las podrá alegar el fiador; y de otro, aquellas idóneas para extinguir la obligación, que cabrían al deudor principal. Entre las excepciones personales están aquellas relativas al vínculo de fianza entre el fiador y el acreedor, como la nulidad de la fianza, la verificación del desistimiento, o incluso hipótesis de extinción de la obligación.

Junto a estas, la ley permite al fiador argüir las excepciones que serían oponibles por el deudor principal, aunque este haya renunciado a ellas, so pena de que su vinculación –accesoria– resulte más onerosa que la obligación principal. Por ejemplo, podrá alegar la nulidad de la obligación principal, puesto que, en los términos del artículo 824 c.c., las obligaciones nulas no son susceptibles de fianza. De modo que la nulidad de la obligación principal afecta la fianza.

50 Cfr. REsp. 1.412.372-SC, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Sala 3.ª, 07.04.2015: “Recurso Especial Civil y Procesal Civil. Garantías de arrendamiento. Fianza. Prórroga del arrendamiento por plazo indeterminado. Deuda del periodo posterior a la prórroga automática. Expresa previsión contractual de la responsabilidad solidaria del fiador hasta la entrega de las llaves o de su exoneración. Aplicación del art. 39 de la Ley 8935/91. Precedente específico de la tercera sección del STJ. 1. Los fiadores continúan siendo responsables por las deudas posteriores a la prórroga legal del contrato por plazo indeterminado si consienten expresamente con esa posibilidad en el contrato de fianza accesorio al de arrendamiento y no se exonerarán en la forma prevista en la ley (art. 1500 del c.c. de 1916 y art. 835 del c.c. de 2002). 2. Interpretación del art. 39 de la Ley 8.935/91. 3. Precedentes específicos de la sección tercera (EResp. n.º 566.636-CE, DJe, 12.03.2008). 4. Recurso Especial provisto”.

51 Art. 1792: “El heredero no responde por encargos superiores al monto de la herencia; sin embargo, le corresponde presentar la prueba del exceso, a menos que haya un inventario que la excluya, demostrando el valor de los bienes heredados”.

52 En ese sentido, Ap. Civ. 70062448287, Relator: Juez Paulo Sérgio Scarparo, Civ. 16.ª del TJRS, 16.04.2015: “Arrendamiento. Exceso de cobro inexistente. Exoneración de fianza. Contrato a término indefinido. Responsabilidad del fiador por un periodo de 60 días, contados desde la notificación al acreedor. Artículo 835 del c.c.b. Renuncia al beneficio de orden. Art. 828 del c.c.b. Muerte del co-fiador. Hipótesis que no exonera al otro garante de la responsabilidad por las deudas contractuales garantizadas”.

En relación con la prescripción, también beneficia al fiador, razón por la cual este puede alegarla en su favor. Ciertamente es que, en caso de interrupción de la prescripción contra el deudor principal, en los términos del artículo 204, § 3.º, se derivará perjuicio al fiador.

Al lado de estas hipótesis generales, al fiador cabe invocar también los medios de extinción de la obligación. Podrá alegar, por ejemplo, el pago de la obligación por parte del deudor. En caso de pago parcial en que se garantiza solo parte de la deuda, se podrá configurar la situación de imputación, siendo relevante el artículo 355 c.c., según el cual, en igualdad de condiciones, se extingue la deuda más onerosa.

Adicionalmente, podrá alegar las excepciones de compensación, novación y transacción. En relación con la compensación, el artículo 371 c.c. ofrece al fiador la posibilidad de alegar la compensación del crédito del cual es titular el deudor, con lo que se configura una excepción al presupuesto de reciprocidad de esta figura. En cuanto a la novación y a la transacción, tanto el artículo 366 como el 844, § 1.º, c.c. las prevén como hipótesis de liberación del fiador.

En fin, cabe anotar que el derecho del fiador a oponer excepciones no se podrá ejercer si se basa en la incapacidad personal del deudor, por estar excluida por el artículo 824 c.c., excepción hecha de la restricción en caso de mutuo a persona menor de 18 años, en consideración al carácter de protección de esta medida.

De frente a determinadas conductas del acreedor, el Código Civil determina la liberación del fiador, aunque exista una cláusula de solidaridad. En primer lugar, prevé el artículo 838, inciso 1.º, que, si el acreedor pacta con el deudor una prórroga del plazo de pago sin el consentimiento del fiador, este se libera. De este modo, si el acreedor concede al deudor una nueva fecha para el pago o pacta el pago a plazos, deberá llamar al fiador para que integre este acuerdo, so pena de que se entienda al fiador liberado de la garantía. En este caso no se trata de novación, que extingue la deuda. Basta, según la disposición del artículo, que el acreedor conceda al deudor un plazo adicional para el cumplimiento de la obligación.

Para la caracterización de la moratoria debe existir un acto debidamente formalizado entre el acreedor y el deudor garantizado, no siendo posible considerar como tal la mera tolerancia para recibir el pago⁵³. Se pretende evitar con ello la indebida extensión de la responsabilidad del fiador, mediante acuerdos celebrados directamente entre el acreedor y el deudor, sin su consentimiento.

La jurisprudencia se ocupó del tema en la *Súmula* n.º 214 STJ. Allí afirmó que los fiadores se liberan de la garantía prestada si no otorgaron su consentimiento al pacto moratorio. Sin embargo, no se debe confundir con la moratoria el caso del contrato de arrendamiento que se prorroga de manera automática, y por

53 En ese sentido, PASQUALOTTO, *Contratos nominados*, cit., 271.

tanto da lugar a un plazo indeterminado. En este último, el fiador permanece vinculado.

Frente al pago hecho por el fiador, tiene lugar de forma automática la subrogación en su favor. Este asume la posición jurídica del acreedor, y con ella sus derechos. Si este último actúa en modo de sustraer al fiador estos beneficios, el legislador prevé la extinción de la fianza. Un ejemplo sería el de la ineficacia de la hipoteca por falta de registro por parte del acreedor, con el consecuente perjuicio a efectos de la subrogación.

Si el acreedor acepta recibir un objeto distinto del inicialmente pactado, habrá lugar a la extinción de la obligación, con efecto liberatorio para el fiador. Se trata de la figura de la dación en pago, regulada expresamente por los artículos 356 a 359 c.c. El artículo 838 dispone expresamente que la liberación del fiador se dará, aunque posteriormente el acreedor pierda, mediante sentencia, la propiedad del bien frente a un tercero (evicción), dado que corresponde al acreedor el riesgo de recibir una cosa distinta de aquella pactada originalmente. Finalmente, el artículo 839 c.c. prevé que, una vez alegado el beneficio de excusión por parte del fiador, este debe señalar los bienes del deudor. Atendido este requisito tendrá lugar la liberación del garante, si este demuestra la falta de diligencia del acreedor en el trámite de ejecución –como, p. ej., la demora en disputar el embargo de los bienes–, desde que se configura la insolvencia del deudor.

Conclusión

A partir de lo expuesto, cabe señalar en primer lugar que el análisis del tema de la fianza conjuga tanto el estudio de cuestiones clásicas de los negocios jurídicos de garantía, como de otras de extremo interés práctico.

Se tiene que el derecho civil brasileño experimentó una profunda transformación en sus fundamentos, gracias a la promulgación de la Constitución Federal en 1988 primero, y de la nueva legislación después, en particular el Código de Protección del Consumidor (1990) y el Código Civil (2002).

Esta circunstancia dio lugar a un nuevo nivel teórico para el derecho contractual, en la medida en que, de un lado, se atribuyó un valor especial al principio de la dignidad humana y de los derechos fundamentales en las relaciones privadas; de otro lado, se acogieron nuevos principios en la teoría general de los contratos y, frente a los contratos especiales, especialmente los principios de la buena fe y de la función social de los contratos.

Siendo así, es necesario señalar que el contrato de fianza, en el derecho civil brasileño, no ha sido destinatario de estos principios, ni ha recibido el influjo necesario de los derechos fundamentales.

Es cierto que se pueden reconocer cambios en el estatus del fiador, como por ejemplo la facultad, concedida por el Código Civil, para ejercer el derecho de

rescisión y así desvincularse del contrato, con independencia de la preservación del contrato principal.

Sin embargo, en relación con la extensión de la responsabilidad contractual, destaca la percepción de inmovilismo, en la medida en que el Tribunal Supremo Federal rechazó la posibilidad de considerar inaplicable la restricción legal que excluyó al fiador de la protección del bien de familia especial. De manera que, ejecutada la garantía, el fiador corre el riesgo de perder su inmueble residencial.

Sucede que, excluida la aplicación de los derechos fundamentales al contrato de fianza, no fue concedida la irradiación de los efectos derivados de los principios de función social y buena fe, ambos contenidos en el Código Civil.

Además, al contrato de fianza no se reconoce –con acierto– la posibilidad de aplicación de la disciplina del Código de Protección del Consumidor, que contempla numerosas herramientas de tutela del contratante débil, en particular la disciplina del contrato de adhesión y el ejercicio del derecho de retracto.

En esos términos, parece que, a diferencia de otros ordenamientos, como el alemán, en donde se otorgó tutela expresa al fiador a partir de herramientas infra-constitucionales por virtud de una decisión del Tribunal Constitucional, en el derecho brasileño el fiador permanece en una especie de limbo, todavía regulado por el régimen contractual clásico, marcado por el papel predominante del principio de autonomía de la voluntad.

Actualmente se percible la tendencia a extraer de la buena fe una concepción solidaria, por la cual el acreedor sería instado a cooperar con el deudor. Sin embargo, puede ocurrir que en relación con el contrato de fianza la concreción del principio de buena fe esté circunscrita al precepto clásico de la interpretación restrictiva, así como a la noción tradicional de negocio *intuitu personae*, por el cual el fiador no responde de las deudas que no provienen del deudor originario. Esta por supuesto no es la única visión que puede explicar la mitigación del daño.

Si bien es cierto que se trata de un principio fundamental en este escenario, en razón de la circunstancia de ser la fianza un contrato, un negocio jurídico de garantía, hay que reconocer que a ella, y en especial al fiador, debe otorgarse un instrumento más eficaz, en la medida en que se puede configurar una desigualdad de información sobre las consecuencias de la garantía.

Por lo tanto, se concluye que el desarrollo dado a la teoría general del contrato en el derecho brasileño no implicó mayores beneficios para la protección del fiador, en el sentido de que se pueda conjugar de manera efectiva la aplicación tanto de los principios esenciales del contrato, en especial la autonomía de la voluntad, como de los principios definitorios de una concepción de corrección y equilibrio en la concesión de la garantía.

Bibliografia

- DE ANDRADE, F. S., “As obrigações naturais em perspectiva de harmonização”, en AA.VV., *Obligaciones, contratos, responsabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, vol. I, 157-173.
- DE GODOY, C. L. B., *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, coord. Ministro Cezar Peluso, vol. 6, Manole, 2013.
- DE LUCA, T., *Dei singoli contratti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2002.
- DE MIRANDA, P., *Tratado de direito privado*, t. 44, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- DO COUTO E SILVA, C., *A obrigação como processo*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.
- JÚNIOR, A., *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro, Aide, 1991.
- LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht*, Besonderer Teil, Carl Heymanns Verlag, 2009.
- MARTINEZ, P. R. y DA PONTE, P. F., *Garantias de cumprimento*, 4.^a ed., Almedina, 2004.
- MEDICUS, D., *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, Beck Verlag, 2004.
- NETO, A., “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica”, en *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia*, vol. II, 1989, 5 ss.
- PASQUALOTTO, A., *Contratos nominados*, III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
- SAN MARTÍN NEIRA, L., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- SARLET, I. W., “A influencia dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”, en *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, 2007, 139 ss.