

RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

DIRECTOR:

HÉCTOR ALEGRIA

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

Año VII | Número 10 | Noviembre 2021

ISSN 2469-049X

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS

LA LEY

El fiador solidario y el principal pagador

Su situación frente al concurso preventivo del obligado al pago

Rómulo Rojo Vivot (*)

Emilio Rojo Vivot (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Caracterización jurídica del fiador y del principal pagador.— III. Disposiciones generales aplicables a la fianza solidaria y al principal pagador.— IV. Acción contra el fiador solidario y el principal pagador frente al concurso preventivo del deudor.— V. Consideración final.

I. Introducción

En esta presentación examinaremos el régimen jurídico aplicable a la figura del fiador solidario y a la del principal pagador, para luego analizar y determinar las posibilidades de actuación eficaz de cada uno de los sujetos involucrados en la relación sustancial frente al concurso preventivo del obligado al pago.

II. Caracterización jurídica del fiador y del principal pagador

La distinción entre quien se obligó como fiador y quien lo hizo como principal pagador, además del interés doctrinario, establece importantes consecuencias de orden sustancial y práctico. Dicha circunstancia exige proporcionar una noción de los caracteres distintivos de dichos institutos y abordar brevemente la

normativa aplicable. Su tratamiento permitirá explicar los efectos que genera el concurso preventivo del obligado al pago.

II.1. Contrato de fianza

Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento (art. 1574 del Cód. Civ. y Com.).

La fianza puede ser simple o solidaria. En la fianza simple el fiador goza de los derechos de excusión y de división (1); es por ello por lo que puede impedir que su patrimonio sea agredido mientras no se hayan ejecutado y liquidado los bienes del deudor principal (arts. 1583 a 1585 del Cód. Civ. y Com.). Asimismo, en el caso que existiera más de un fiador, cada uno de ellos responde por la cuota a que se ha obligado; si nada se ha estipulado, entonces responden por partes iguales. El acreedor solo puede exigir la cuota o la parte que a cada uno

(*) Abogado (UCA). Magíster en Derecho Empresario Económico (UCA). Posgrado en Derecho Empresario (Universidad Austral). Socio del Estudio Berdaguer, Rojo Vivot, Silvero, Canziani & Uriburu.

(**) Abogado (UCA). Posgrado en Seguros (UBA). Posgrados en Derecho de Daños y Laboral (UCA). Socio del Estudio Berdaguer, Rojo Vivot, Silvero, Canziani & Uriburu.

(1) ST Jujuy, “Sumbay, Carmen c. Bahuer Carlos”, 12/09/2000. “El fiador simple (...) puede oponer o invocar como excepciones dilatorias, los beneficios de excusión o de división, o bien traer a juicio al deudor principal”.

le corresponde (arts. 825 y 1589 del Cód. Civ. y Com.).

En cambio, en la fianza solidaria, el fiador no goza del beneficio de excusión de los bienes del deudor ni de división de la deuda, por lo que el acreedor puede demandar directamente al fiador la totalidad del crédito. La responsabilidad del fiador adquiere el carácter de solidaria cuando así se pactó expresamente o cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión (art. 1590 del Cód. Civ. y Com.).

No hay que confundir fianza solidaria con obligación solidaria. Lo que constituye la naturaleza esencial del contrato de fianza es que el fiador se obliga accesoriamente por un tercero, por lo que la responsabilidad solidaria a la cual puede someterse no lo convierte en deudor directo de la obligación principal (2). Esto significa que lo único que las partes han querido es eliminar el beneficio de excusión y de división; en todo lo demás, la fianza solidaria es regida por las disposiciones de la fianza simple.

II.2. Principal pagador

El art. 1591 del Cód. Civ. y Com. dispone que, quien se obliga como principal pagador —aunque sea con la denominación de fiador— es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias (3). Esta solución excluye la aplicación de las disposiciones de la fianza, debiendo regirse por las propias de las obligaciones solidarias (arts. 827 a 849 del Cód. Civ. y Com.).

(2) BORDA, Alejandro, “Comentario al art. 1590”, en LORENZETTI, Ricardo, Código civil y comercial de la Nación comentado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VII, p. 793.

(3) TANZI, Silvia y CONVERSE, Juan M., “Comentario al art. 827”, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 121: “(...) se crea un vínculo en el cual todos los deudores son principales pagadores (...) no hay un deudor principal, todos son deudores principales”.

A pesar de la aparente claridad de la proposición contenida en el art. 1591 del Cód. Civ. y Com., la naturaleza jurídica del principal pagador sigue siendo materia opinable.

Por un lado, se encuentran quienes sostienen que la figura del principal pagador no puede ser confundida con la del fiador solidario. Quien se obliga como principal pagador no tiene calidad de fiador (4), sino que es un deudor solidario cuya obligación se rige exclusivamente por las disposiciones relativas a las obligaciones solidarias (5). En tal sentido, consideran que no asume una obligación subsidiaria ni accesorio, sino una obligación directa y principal con otro deudor (6).

Por otro lado, están quienes declaran que la inclusión de la cláusula de principal pagador no puede desnaturalizar el contrato de fianza (7). Esta exégesis propone que el principal pagador es un fiador y que su obligación es accesorio en cuanto a la existencia y la validez de

(4) LEIVA FERNANDEZ, Luis, “Consideraciones sobre el contrato de fianza en el Código Civil y Comercial”, JA 2015-III, 1071. LORENZETTI, Ricardo, “Teoría de los Contratos”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, t. III, p. 490. ABREVAYA, Alejandra, “La posición del garante en la ejecución de alquileres”, LA LEY 1999-F, 964. MOGLIA CLAPS, Guillermo, “Brevisima reflexión sobre el contrato de fianza y el obligado como “principal pagador”, LA LEY 1989-A, 369.

(5) CS, “Rodríguez Hernández, Lorenza c/ Garde, Augusto”, 29/04/1994, Fallos 320-752: “(...) no reviste carácter accesorio en cuanto a la relación entre principal pagador y acreedor”. SC Buenos Aires, “Pereyra, Alberto c. Barrera, Oscar”. CS Tucumán, 26/05/2010, “Gordillo, Domingo c. Provincia de Tucumán”, 05/06/1990.

(6) CNCom., sala A, “Banco Bansud SA c. Spera, Delia”, 19/10/2007; CNCom., sala B, “A. J. Tendiarz SA c. Brites, Pablo” 06/11/2002; CNCom., sala C, “Banco Ciudad c. Cerutti, Karina”, 10/06/1997; CNCom., sala E, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Socma Americana SA”, 29/06/2015. CNCiv, sala C, “Garantizar SGR c. Szymanski Daniel”, 20/09/2019. CNCiv, sala J, “Garantizar SGR c. Donzino, Máximo”, 28/05/2018.

(7) CNCom, sala A, 23/05/2013, “Orellana Agüero, Marcos c. Excellent Food SA”. id., sala B, 29/09/2017, “José Minetti y Compañía Ltda. SACEI c. Frei Ruiz Tagle, Francisco”. id., sala C, 07/12/2010, “Ronco, Mario s. quiebra”. id., sala D, 19/09/2014, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Calzado Nueva Mente SA”. id., sala F, 12/12/2013, “Banco Santander Rio SA c. Aduna José”.

la obligación principal, resultando aplicables las disposiciones de la fianza (8).

Otros, en una posición intermedia, consideran que debe diferenciarse la relación que se establece entre las partes. Así, quien se obligó como principal pagador reviste calidad de deudor solidario frente al acreedor mientras que, respecto del deudor principal, su relación sigue siendo de fianza (9).

Luego de lo hasta aquí expuesto, *¿cuál de las visiones es la que se ajusta a derecho?* Su determinación no solo es teórica sino también de trascendencia práctica, pues en función del criterio adoptado derivan consecuencias procesales y sustanciales que se reflejan en el análisis del instituto.

III. Disposiciones generales aplicables a la fianza solidaria y al principal pagador

A fin de responder el interrogante, comenzaremos por analizar algunas de las normas legales aplicables a ambas figuras. La finalidad es intentar encontrar una solución adecuada y determinar el auténtico contenido de la nor-

ma, aparentemente limitado por su expresión deficiente.

III.1. Derecho a cobrar

Dado que el fiador solidario y el principal pagador no pueden invocar el beneficio de excusión y de división, el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor compromete su responsabilidad y el acreedor está facultado a demandar el cobro total del crédito a cualquiera de ellos, simultánea, conjunta o sucesivamente (10). El carácter accesorio de la fianza no altera la exigibilidad de la deuda respecto al fiador solidario, pues el texto de la ley no exige el "previo reconocimiento judicial" del crédito respecto al deudor principal como recaudo para habilitar el cobro al fiador solidario (11).

Asimismo, el fiador simple tampoco puede invocar el beneficio de excusión si el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra (art. 1584, inc. a) del Cód. Civ. y Com.). Ahora bien, en caso de que exista más de un fiador, podrán oponer el beneficio de división (arts. 825 y 1589 del Cód. Civ. y Com.).

(8) DI CHIAZZA, Iván, "Fianza y principal pagador", LA LEY 2018-A, 471. RASCHETTI, Franco, "Clases de fianza: galimatías del Código Civil y Comercial y su solución", ED 278-542. FARINATI, Eduardo, "Comentario al art. 1591", en BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial de la Nación analizados, comparado y concordado, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 115. BORDA, Alejandro, "La fianza principal pagador. Una figura confusa que debe suprimirse", LA LEY 2012-F, 835. ANAYA, Jaime Luis y TRIGO REPRESAS, Félix A., "El "principal pagador" en el derecho civil y en el derecho comercial", LA LEY 2006-A, 1153. RODRÍGUEZ, Juan Pablo, "Fiador principal pagador: encuadre jurídico", DJ 2005-3, 233.

(9) TS Córdoba, "Ferrer de Oddone Isabel c. Rebuffo Mauricio", 15/11/2012; CNCom., sala A, "Banco del Suquia SA c. Sokal, Sebastián", 08/03/2000; CNCom., sala C, "Garantizar SGR c. Szymanski Daniel", 20/09/2019; CNCom., sala D, "Cooperativa Unicred Ltda. c. 3 Arroyos SA", 06/06/2019. CNCiv, sala A, "González Aristides c. Tello Rodolfo", 17/09/2002; CNCiv, sala C, "Jusidman Eduardo c. D'Alessandro Walter", 23/04/1991. MARCOS, Fernando, "El fiador "principal pagador" del concursado frente a la verificación del crédito garantizado", LA LEY 2017-C, 386. FISSORE, Diego, "Las obligaciones de los fiadores principales pagadores", LLC 2005-872. LLAMBIAS, Jorge, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 561.

(10) CNCiv., sala B, "Garantizar SGR c. Pitronaci Javier", 30/09/2014, "(...) el desistimiento efectuado por el actor del deudor principal en nada afecta la continuidad de la ejecución contra los codeudores solidarios". CNCiv., sala C, "Garantizar SGR c. Szymanski Daniel", 20/09/2019. CNCiv, sala K, "Mondelez Argentina SA c. González Beatriz", 23/10/2019 "El principal efecto derivado de la solidaridad pasiva es que el acreedor común tiene derecho al cobro íntegro de la deuda respecto a todos o cualquiera de los codeudores".

(11) CNCom, sala A, "Cooperativa Red Hipotecaria Ltda. c. Figueroa, María", 11/04/2014 "(...) el acreedor puede dirigirse contra el fiador sin necesidad de requerir previamente al deudor principal el cumplimiento de la obligación, careciendo el fiador del derecho de excusión o interpelación". CNCom, sala F, 19/09/2017, "Banco de Galicia c. Aquino Luis". LOMBARDI, Graciela, "Comentario al art. 1590", en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 301: "La consecuencia de la solidaridad en el contrato de fianza es que el acreedor puede reclamar directamente al fiador el pago de la deuda". FARINATI, Eduardo, "Comentario al art. 1590", en BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial de la Nación analizados, comparado y concordado, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 115: "(...) no es obligatorio interpelar previamente al deudor".

En cuanto a la extensión de las obligaciones del fiador, la prestación a su cargo debe ser equivalente a la del deudor principal o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa; la inobservancia de esta regla no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal (arts. 1574, 1575 y 1580 del Cód. Civ. y Com.). En cambio, tal limitación no rige respecto a la obligación del principal pagador, pudiendo las partes reglamentar los efectos y la situación de cada uno de los obligados.

III.2. Defensas

En cuanto a las defensas y excepciones oponibles al acreedor, el fiador está facultado para oponer sus propias defensas y las personales que correspondan al deudor principal, aun cuando este las haya renunciado (arts. 1576, 1586 y 1587 del Cód. Civ. y Com.).

Por su parte, el principal pagador puede oponer sus defensas personales y todas las defensas comunes que tiene con el codeudor, pero no puede hacer valer las que sean personales de aquel, salvo aquellas que puedan tener un efecto expansivo posibilitando una reducción del monto de la deuda (v.gr. remisión individual de la deuda, dispensa de la solidaridad y confusión; arts. 830, 831 y 835 del Cód. Civ. y Com.). Tampoco puede invocar las causales especiales de extinción de la fianza (arts. 1596, 1597 y 1598 del Cód. Civ. y Com.), salvo que sean, al mismo tiempo, causa de extinción de las obligaciones solidarias (arts. 835 y 943 del Cód. Civ. y Com.).

La responsabilidad del fiador está subordinada a la existencia de una obligación válida y exigible respecto del deudor principal. Es por ello por lo que, salvo disposición legal o convencional en contrario, la extinción, nulidad o ineficacia de la obligación principal conlleva la extinción de la fianza (art. 857 del Cód. Civ. y Com.). En cambio, las contingencias personales relativas a la existencia, validez o eficacia de la obligación asumida por uno de los codeudores solidarios o por el fiador, no afecta la validez del vínculo del otro deudor, quien continúa obligado frente al acreedor. Del mismo modo, la invalidez del vínculo declarada

por la incapacidad de uno de los codeudores solidarios o del deudor principal, no perjudica ni beneficia la situación de los demás que continúan obligados frente al acreedor (arts. 830, 857 y 1576 de Cód. Civ. y Com.).

La existencia de modalidades respecto de alguno de los codeudores solidarios no perjudica ni beneficia la situación de los demás (arts. 830 y 831 del Cód. Civ. y Com.) (12). Por su parte, el acreedor no puede exigir el pago al fiador antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor afianzado, aun cuando este se haya presentado en concurso preventivo o haya sido declarada su quiebra, excepto pacto en contrario (art. 1586 del Cód. Civ. y Com.). En tal sentido, el art. 353, Cód. Civ. y Com. dispone que la apertura del concurso preventivo del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal.

La prescripción, la suspensión y la interrupción beneficia y perjudica al fiador solidario y al principal pagador (arts. 839, 2540 y 2549 del Cód. Civ. y Com.) (13). Asimismo, cuando opera la prescripción liberatoria de la obligación principal se produce —por vía indirecta o secundaria— la extinción de la fianza como obligación accesoria (14). Del mismo modo, la defensa de prescripción opuesta por uno de los obligados aprovecha a los otros codeudores solidarios (15).

(12) TANZI, Silvia y CONVERSET, Juan M., ob. cit., p. 121: “Una obligación puede ser pura y simple para un (...) deudor y condicional o a plazo para otro. En este caso, el acreedor sólo podrá reclamar el pago al primero, debiendo aguardar al cumplimiento de la modalidad (plazo o condición) para poder reclamar el pago al último”.

(13) CNCom., sala B, “Fryd Sergio s. concurso s. inc. revisión por Comafi Fiduciario Financiero SA”, 14/11/2014; CNCom., sala C, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Dzugaka Juan”, 14/08/2012; CNCom., sala E, “Legnani Luis c. Banco Comafi SA”, 05/03/2020.

(14) CNCom., sala A, “Giros International SA c. Mema Lisa”, 18/12/2012 “(...) la obligación del fiador, sea simple, solidaria o principal pagador, se rige en cuanto a la prescripción por los mismos plazos que la ley señala para la obligación garantizada”.

(15) CNCom., sala E, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Raverta Horacio”, 12/02/2014.

El principio general es que la sentencia dictada en juicio contra el deudor no es oponible al fiador solidario ni al principal pagador si no fueron oportunamente citados a intervenir, pero pueden alegarla cuando la cosa juzgada los favorece (arts. 832, 1587 y 1588 del Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, en caso de concurso preventivo, se considera que la proyección extraconcursal de la cosa juzgada de la sentencia de verificación alcanza a todos los acreedores y se extiende al principal pagador y al fiador del concursado **(16)**.

III.3. Novación

La fianza se extingue por la novación de la obligación principal, aunque el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador (arts. 857 y 1597 del Cód. Civ. y Com.). La obligación del codeudor solidario también se extingue si se produce la novación entre el acreedor y uno de los codeudores (art. 834, inc. b) del Cód. Civ. y Com.) **(17)**. De acuerdo con dichos principios, para que los efectos extintivos de la novación no alcancen al fiador y al principal pagador, deben dar su consentimiento expreso en el acuerdo novatorio.

Ahora bien, la ley concursal contiene distintas excepciones al régimen general de extinción de las obligaciones por novación. En lo que aquí interesa, el art. 55 de la LCQ establece que el efecto novatorio del acuerdo concordatario no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni del codeudor solidario **(18)**.

(16) CNCom., sala A, “Manfredi Juan por Cardet SA c. Banco Italia y Río de la Plata”, 16/12/1987; CNCom., sala B, “El Manzanar de Macedo SA s. concurso s inc. revisión por Banco de la Provincia, 23/09/2020; CNCom., sala D “Scagliusi Lorenzo s. concurso s. inc. revisión por HSBC Bank Argentina, 22/09/2008; CNCom., sala F, “Cooperativa del Litoral Ltda. c. Baronti Romina”, 29/11/2016. MARCOS, Fernando, “El fiador “principal pagador” del concursado frente a la verificación del crédito garantizado”, LA LEY 2017-C, 386.

(17) CNCom., sala A, “Banco Santander Río SA c. Virgilio, Mario”, 06/11/2018; CNCom., sala C, “Garantizar SGR c. Gaset, Margarita”, 30/09/2019; CNCom., sala F, “Banco Industrial SA c. Mociulsky, Ernesto”, 24/04/2018.

(18) CNCiv., sala C, “Alnier SA c. Striger SRL”, 21/12/2017.

Siendo que las obligaciones del fiador y del principal pagador no se extinguen ni se novan o transforman, siguen respondiendo por la deuda original que voluntariamente asumieron. Sin embargo, podrán tomarse en cuenta los pagos que oportunamente fueran percibidos por el acreedor en virtud del acuerdo preventivo (arts. 900, 901, 902 y 903 del Cód. Civ. y Com.) **(19)**.

En este aspecto, es dable mencionar que la suspensión de los intereses prevista en el art. 19 de la LCQ opera exclusivamente en relación al deudor concursado, y no frente a los codeudores o fiadores del concursado, quienes siguen obligados a su pago **(20)**.

III.4. Acción recursoria

El fiador que paga la deuda queda —por imperio de la ley— subrogado en los derechos del acreedor, pudiendo exigir el reembolso de lo que ha pagado, con sus intereses desde el momento del pago, y los daños que haya sufrido como consecuencia de la fianza (arts. 915 y 1592 del Cód. Civ. y Com.).

El principal pagador que paga la deuda también tiene derecho a reclamar al codeudor el reembolso del importe pagado (art. 915, inc. a) del Cód. Civ. y Com.). La medida de la acción de reintegro puede resultar de lo que ellos hubiesen pactado. En ausencia de convención, si la obligación asumida se otorgó en interés ajeno, sin tomar ninguna deuda en interés propio, podrá repetir la totalidad del pago efectuado. A tal fin podrá recurrir a la fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, a la causa de la responsabilidad, analizando la particular relación jurídica que vincula a los codeudores y demás circunstancias de cada uno de los casos **(21)**; al indagar cuales han sido las relacio-

(19) CNCom., sala D, “Banco CMF c. Sandurjo, Daniel”, 14/04/2004; CNCom., sala E, “Toyota Cia. Financiera de Argentina SA c. Santa María y Cia SA”, 0/11/2017; CNCom., sala F, “Garantizar SGR c. Spano, Jorge”, 02/10/2020.

(20) HEREDIA, Pablo, “Tratado exegético de Derecho Concursal”, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. I, p. 502. CNCiv., sala J, “Garantizar SGR c. Valerio, Damián”, 17/12/2020.

(21) CNCiv., sala K, “Villarroel Oscar c. Avalos Roberto”, 03/04/2017. TANZI, Silvia y CONVERSE, Juan M., ob. cit., p. 139: “En las obligaciones solidarias, y en las relaciones

nes internas entre los coobligados, surgirá la existencia de la acción de regreso y su medida (22). Por último, si nada se hubiera estipulado en forma expresa ni surgiera tácitamente una proporción distinta, la contribución es en partes iguales (arts. 840 y 841 del Cód. Civ. y Com.).

En caso de dictarse sentencia de apertura del concurso preventivo del deudor, tanto el fiador como el principal pagador deberán presentarse y verificar su crédito con la finalidad de participar del dividendo, por el monto al que pudieran tener derecho a repetir si debieran hacer frente a la obligación. En tal caso, su derecho al cobro dependerá de la efectiva cancelación de la deuda a la que están obligados (arts. 915, 918 y 1592 del Cód. Civ. y Com. y arts. 21, 32 y 56 de la LCQ).

Por otro lado, el art. 1594 del Cód. Civ. y Com. prevé distintos supuestos en los cuales el fiador podrá adoptar medidas contra el deudor afianzado en resguardo de sus derechos, los cuales no pueden ser invocados por el principal pagador. Sin embargo, ello no impide que pueda iniciar medidas conservatorias o asegurativas para poner a resguardo su derecho a repetir el pago contra el deudor y evitar que se torne ilusorio (art. 347 del Cód. Civ. y Com.) (23). En cualquier caso, al igual que para el fiador, su admisibilidad estará subordinada a la verosimilitud del derecho invocado

internas, la contribución de la deuda se analiza en virtud de la acción recursoria que puede prosperar, incluso, por el total". BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 422: "(...) se fijará atendiendo a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las relaciones de los interesados entre sí y a las circunstancias de cada uno de los casos. Es una forma vaga de significar que la proporción puede resultar tácitamente de las relaciones contractuales. Es particularmente significativo el interés que cada cual tiene en el negocio".

(22) MAYO, Jorge, "Comentario al art. 689", en BUE-RES, Alberto y HIGHTON, Elena, Código Civil y normas complementarias, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2A, p. 642: "Si la participación en la (...) deuda fuera aparente, no habrá lugar a restitución (...) alguna respecto de quien apareciera como (...) deudor sin serlo realmente".

(23) LLAMBIAS, Jorge, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1970, t. II, p. 578.

y a un interés jurídico que lo justifique, dando cumplimiento con los requisitos procesales y sustanciales dispuestos por las leyes procesales.

IV. Acción contra el fiador solidario y el principal pagador frente al concurso preventivo del deudor

El análisis de las disposiciones jurídicas aplicables a ambas figuras permite concluir que entre ellas no existen diferencias sustanciales y que la discrepancia de criterios sobre el alcance material del art. 1591 del Cód. Civ. y Com. gira alrededor de las consecuencias que derivan del carácter principal o accesorio de la obligación asumida frente al acreedor.

Su determinación influye decisivamente cuando sobreviene el estado concursal del obligado al pago, pues en función del criterio adoptado derivan consecuencias procesales y sustanciales en orden al modo, la oportunidad y la forma en que el acreedor deberá encauzar el ejercicio de sus derechos contra el principal pagador.

En la doctrina concursal y jurisprudencial no existe consenso acerca del criterio que debe prevalecer. El propósito de este capítulo es analizar las distintas opiniones e interpretaciones, poniendo en evidencia los puntos de conflicto más usuales y significativos.

IV.1. Obligación accesorio

Quienes declaran que el principal pagador es un fiador solidario, consideran que su responsabilidad es meramente accesorio y está condicionada a la existencia de un crédito válido y exigible contra el deudor principal.

A partir de estas consideraciones, declaran que el crédito declarado no verificado con el efecto previsto en el art. 37 de la LCQ determina la extinción del derecho del acreedor al reclamo del pago al fiador y al principal pagador (24). Del mismo modo, consideran improcedente la acción contra el principal pagador cuando el acreedor no solicitó la previa veri-

(24) CNCom., sala B, "Marnila SA s. inc. revisión por Brave, Marcelo", 23/04/2017; i CNCom., sala D, "Banco Francés c. Scharaer Claudio", 23/12/2003.

ficación del crédito en el concurso del deudor afianzado **(25)**. También sostienen que corresponde diferir el dictado de la sentencia en el proceso iniciado contra el principal pagador, hasta tanto se encuentre firme la resolución verificatoria dictada en el concurso preventivo del otro deudor.

La misma solución aplican cuando transcurre el plazo de prescripción previsto por el art. 56 de la LCQ sin que el acreedor hubiese petitionado la verificación de su crédito en el concurso del deudor. Siendo que la acción del acreedor está prescripta, consideran que no existe obligación exigible a cargo del deudor concursado, por lo que tampoco puede existir obligación del fiador y del codeudor solidario. Por tal razón declaran que el fiador y el principal pagador están facultados para oponer dicha excepción (arts. 857 y 1587 del Cód. Civ. y Com.) **(26)**.

No obstante, hay quienes declaran que no corresponde asignar virtualidad extintiva extraconcursal a la prescripción de la acción verificatoria operada respecto del concursado. En tal sentido, sostienen que la prescripción abreviada concursal fue establecida en beneficio del deudor concursado y de ningún modo puede afectar las acciones del acreedor respecto del fiador **(27)**.

También están los que consideran que el carácter accesorio de la fianza no altera la exigibilidad de la deuda respecto del fiador, dado que la ley y el contrato no exigen el previo reconocimiento judicial del crédito respecto del deudor

(25) CNCom., sala B, "Arg Capital SA c. Desarrollos Mendocinos SA", 12/12/2017; CNCom., sala C, "Figueroa María Laura s. concurso s. inc. revisión por Cooperativa Red Hipotecaria LTDA", 14/06/2017.

(26) CNCom., sala B, "Volkswagen Cia. Financiera SA c. De Pellegrini Danilo", 19/05/2009.

(27) HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de Derecho Concursal", Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 272. GARCÍA, Silvana M., "¿Es aprovechable la prescripción concursal por el fiador o el codeudor solidario del concursado?", JA 2003-IV, 1470. RASCHETTI, Franco, "La fianza frente al concurso o quiebra del deudor garantizado", Cita Digital: ED-CMXXVI-936.

principal como recaudo para habilitar el cobro al fiador **(28)**.

IV.2. Obligación principal

La mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina concursal considera que aquel que se compromete como principal pagador se obliga como codeudor solidario, por lo que la obligación asumida no es accesoria ni subsidiaria, sino directa y principal. En consecuencia, puede ser demandado directamente con total independencia de la declaración de apertura del concurso preventivo del otro deudor y sin subordinación a las condiciones que se estipulen en el proceso concursal **(29)**.

En tales condiciones, sostienen que el acreedor no se encuentra obligado a verificar su crédito en el concurso para poder accionar contra el principal pagador **(30)**. Asimismo, el incidente de verificación o revisión del crédito en el concurso de un coobligado no produce efectos de litispendencia respecto del otro obligado contra el que se inició el juicio por el mismo crédito, pues la acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros **(31)**.

(28) CNCom., sala F, "Banco Industrial SA c. Mociulsky Ernesto", 24/4/2018.

(29) CNCom., sala A, "Cooperativa Red Hipotecaria Ltda. c. Figueroa María Laura", 11/04/2014; CNCom., sala B, "Banco Comafi SA c. Díaz Corbetta Sergio", 21/03/2019; CNCom., sala C, "Garantizar SGR c. Gaset, Margarita", 30/09/2019; CNCom., sala D, "Cooperativa Unicred Ltda. c. Sansuste Fernando", 29/10/2019; CNCom., sala E, "Banco Itaú Argentina SA c. Usman Emilio", 23/09/2020. CNCiv. sala B, "Garantizar SGR c. Hidro Import SA", 04/10/2017. CNCiv., sala C, "Alnier SA c. Striger SRL", 21/12/2017. CNCiv., sala J, "Garantizar SGR c. Valerio, Damián", 17/12/2020.

(30) SC Buenos Aires, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Giacoboni Carlos", 09/11/2000. CNCom., sala A, "Cooperativa Inverfin Ltda. c. Blanco Etel", 02/06/2020; id., sala C, 04/11/2019, "Sansuste Fernando s. pedido de quiebra por Trendcapital SA". CNCom., sala D, "HSBC Bank Argentina SA c. Mociulsky, Ernesto", 28/05/2020; CNCom., sala E, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Cristales Petracca SA", 08/08/2007; i CNCom., sala F, "Metropolis Compañía Financiera SA c. Portal, Gastón", 09/05/2013. CNCiv., sala B, "Garantizar SGR c. Pitronaci Javier", 30/09/2014.

(31) CNCom., sala B, "HSBC Bank Argentina c. Mazzeo, Josué", 23/03/2010; CNCom., sala C, "Banca Nazionale

Además, consideran que el principal pagador no puede alegar válidamente la prescripción del crédito con causa en el art. 56 de la LCQ, pues no se trata de una defensa de carácter común, sino una personal que corresponde y beneficia únicamente al deudor concursado (32). Del mismo modo, se sostiene que la prescripción del art. 56 de la LCQ no afecta al fiador ni al codeudor solidario del concursado, respecto de los cuales el acreedor conserva en plenitud sus derechos para ser ejercidos dentro de los plazos de prescripción que correspondan según la naturaleza del crédito (33). También, que la omisión de la presentación a verificar no produce la inexistencia del crédito, sino la imposibilidad de participar en dicho proceso (34).

Asimismo, se afirma que mientras la prescripción no sea declarada judicialmente no puede considerarse extinguido el crédito ni reputarse que la obligación del principal pagador se encuentre extinguida por tal motivo (35). En este aspecto, es dable destacar que el fiador, el principal pagador y/o el deudor concursado, están facultados para promover la pertinente demanda declarativa de prescripción (art. 2534 del Cód. Civ. y Com.). La cuestión adquiere relevancia a partir que el pago de una obligación prescripta no es repetible (art. 2538 del Cód. Civ. y Com.).

del Lavoro c. Fontevicchia, Jorge”, 14/05/2004; CNCom., sala F, “Garantizar SGR c. Spano Jorge”, 02/10/2020.

(32) CNCom., sala E, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Socma Americana SA”, 29/06/2015.

(33) HEREDIA, Pablo, “Tratado exegético de Derecho Concursal”, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 272. GARCÍA, Silvana M., “¿Es aprovechable la prescripción concursal por el fiador o el codeudor solidario del concursado?”, JA 2003-IV, 1470. RASCHETTI, Franco, “La fianza frente al concurso o quiebra del deudor garantizado”, Cita Digital: ED-CMXXVI-936. CNCiv., sala I, “Peirano Miguel c. Fraguera Glaidis”, 04/10/2016.

(34) CNCom., sala A, “Grupo D&N SRL c. Sansuste, Fernando”, 31/10/2019; CNCom., sala E, “Banco Comafi SA c. García, Emilio”, 14/07/2010.

(35) CNCom., sala A, “Cooperativa Inverfin Ltda. c. Blanco Etel”, 02/06/2020; CNCom., sala E, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Socma Americana SA”, 29/06/2015.

IV.3. Disparidad de criterios y consecuente incertidumbre

Consideramos innecesario citar más fallos u opiniones doctrinarias; con los mencionados se destaca la discrepancia de criterios existentes para resolver situaciones con características similares.

Siendo que la situación planteada se presenta en la gran mayoría de los concursos preventivos, se impone la necesidad de contar con textos legales que contengan reglas claras y precisas que disminuyan el desconcierto y permitan alcanzar los objetivos de ofrecer seguridad jurídica, celeridad y previsibilidad a todas las partes interesadas, sin desatender la protección del crédito en tanto elemento esencial en la economía actual.

Dentro de este particular contexto adquiere especial relevancia un fallo de la Corte Suprema, en el cual se sostiene que quien se constituyó en codeudor solidario y principal pagador asumió de manera personal la deuda, circunstancia que conduce a la aplicación de las normas que rigen las obligaciones solidarias, siendo innecesario el cumplimiento del recaudo verificadorio del crédito en el concurso del deudor principal (36). Frente a ello, las divergencias que muestran los precedentes mencionados deben ser resueltas en el sentido de favorecer aquella interpretación que ya ha sido declarada por el más alto tribunal de la Nación.

En nuestra opinión, esta es la solución adecuada. El acreedor de una obligación solidaria tiene título para demandar la totalidad del crédito a cualquiera de los obligados; la facultad de elegir a quien demandar es una de las notas distintivas de las obligaciones solidarias. Por lo tanto, el hecho de no haber verificado el crédito en el concurso preventivo del codeudor solidario no importa limitación alguna a su derecho de reclamar el cobro al restante codeudor no concursado, quien continúa obligado frente al acreedor por la totalidad de la deuda como si fuera un deudor único, con total independencia de la declaración de apertura del concurso preventivo del otro deudor y sin subordinación a las condiciones y efectos del proceso concursal.

(36) CS, “Banco Credicoop c. Gil, Héctor Gumersindo”, 10/04/2007, Fallos: 330:1469.

V. Consideración final

La especial situación que genera la estructura de un negocio con pluralidad de vínculos coligados hace que la situación del principal pagador no pueda resultar totalmente desligada del vínculo jurídico existente con el otro deudor. Pero, para sostener esto, no es necesario apelar a la ficción de pretender que la obligación de quien se constituyó en principal pagador es accesoria o que existe un contrato de fianza.

No es razonable pensar que ambas figuras son iguales cuando fueron reguladas en dos preceptos consecutivos, con distinta denominación y con un régimen jurídico diferenciado. Menos aún pretender combinar, dentro de la figura del principal pagador, las reglas de la fianza con la de las obligaciones solidarias, pues donde la norma no distingue, no debe hacerlo el intérprete.

Asimismo, no es dable considerar que existen tres tipos de fianza, cuando la norma prescinde de esa calificación en forma expresa al considerarlo deudor solidario. Tampoco es aceptable el argumento que declara que se altera la regla de la subrogación legal, pues el principal pagador también conserva el derecho a reclamar el reembolso total del importe pagado; además están legitimados para establecer en forma expresa cual será la medida del reintegro.

En cualquier caso, una obligación solidaria no se convierte en fianza por estar condicionada al incumplimiento del deudor. Al tratarse de una cuestión en la que no se encuentra comprometido el orden público, la solidaridad puede ser reglamentada en sus efectos por la misma voluntad que la crea. Incluso las partes pueden pactar que la extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal no extinga las obligaciones del

fiador, eliminando de tal modo el carácter accesorio de la fianza (art. 857 del Cód. Civ. y Com.).

Aun cuando la práctica contractual ha llevado a imponer el carácter de principal pagador a sujetos que normalmente deberían ser incorporados en el negocio jurídico como garantes —pues no son receptores de la prestación dada por el acreedor—, no puede soslayarse que esta figura es instituida para satisfacer el interés del acreedor, al brindarle mayor seguridad en torno al pago de la deuda. Incluso en previsión de la contingencia de máxima necesidad que es el supuesto de la insolvencia declarada por el deudor.

En tal sentido, sea que se obligue en interés común, propio o ajeno, hay que admitir que lo relevante de este instituto es que las partes han querido eliminar el carácter accesorio y subsidiario de la obligación respecto del otro obligado, asumiendo voluntariamente el pago de la deuda en forma directa y autónoma.

El carácter de principal pagador no se presume y debe surgir inequívocamente del título constitutivo de la obligación, por lo que es necesario que tal atributo provenga de la voluntad explícita de las partes (arts. 828, 1579, 1590 y 1591 del Cód. Civ. y Com.). Cuando el convenio es claro y preciso no puede ser modificado por valoraciones forzadas acerca de cuál habría sido la intención de quien se constituyó en principal pagador, debiendo tomarse en cuenta la finalidad perseguida por el acreedor de lograr la cancelación de su crédito.

En definitiva, se trata del irrestricto respeto al derecho de propiedad y al principio de la autonomía de la voluntad respecto a una situación jurídica disponible para las partes (arts. 857 y 958 a 965 del Cód. Civ. y Com.).