

ACREEDOR NO CONCURRENTE, PRESCRIPCIÓN CONCURSAL Y FIANZA*.

Dr. Alejandro Martín Vázquez

Instituto de Derecho Comercial de Mar del Plata

PONENCIA

El fiador principal pagador (obligado solidario) puede oponer la excepción de prescripción de la acción operada por efecto del art. 56 de la Ley de Concursos y Quiebras derivada de la presentación en concurso preventivo del deudor principal (co-obligado solidario).

**(La ponencia fue presentada en el 76 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires de Mar del Plata y en función de no haber sido tratada, se agrega en este Encuentro al sólo efecto de su tratamiento y debate).*

FUNDAMENTACIÓN:

I. Supuesto fáctico analizado.

La ponencia trae a debate un caso usual en materia de concursos preventivos, que es el siguiente: deudor principal que se presenta en concurso preventivo; acreedor que no se presenta a verificar y, acaecido el plazo de dos años del art. 56 de la Ley N° 24.522 (LCyQ) dirige su acción contra un fiador (obligado solidario por ser principal pagador).

La sanción el Código Civil y Comercial y la regulación de los tipos de fianza (en especial la solidaria y la “principal pagador”) permiten pasar el supuesto de hecho descrito por el tamiz de las normas aplicables a esos tipos, con el fin de determinar los efectos de la prescripción del art 56 de la LCyQ.

Avanzamos en el análisis respecto de que argumentos normativos y/o valorativos nos validan las dos posiciones ante el caso.

II. Fundamento de la prescripción Concursal.

Existen varias teorías respecto del fundamento de la prescripción concursal, y están vinculadas a: 1. La consolidación del pasivo; 2. La estabilidad de las relaciones económicas del concursado; 3. La viabilidad del procedimiento del art. 48 de la LCyQ; 4. El fomento de la negociación colectiva para el acuerdo concursal; 5. La fiabilidad de la información y decisiones que el concursado y los terceros adopten en lo que respecta al contenido del acuerdo, etc.¹; o incluso, 6. La *par conditio creditorum* y la universalidad del proceso concursal².

En nuestra opinión, todas contienen un denominador común que es -en definitiva- la consecución de la finalidad del proceso concursal dada por la homologación del acuerdo para el resguardo y la continuación de la actividad empresarial.

En la mayoría de los casos, el plazo previsto en el art. 56 de la LCyQ, importa acortar el de prescripción de las obligaciones del concursado; aunque, claro está -y así lo establece la norma-, salvo que fuere menor.

Con un plazo general de cinco años (art. 2560 del CCyC), es evidente que el previsto en la ley especial de dos años, tiene por fin reducir los plazos. El conflicto social y económico suscitado por el hecho que constituye el presupuesto objeto (la cesación de pagos) y el consecuente carácter universal del proceso, justifican la abreviación de los plazos.

Sentado lo expuesto, el plazo de prescripción que la ley concursal abrevia en pos de lograr el fin propuesto, constituye un elemento de ponderación relevante que debe guiar los análisis y conclusiones.

Debe armonizarse con la interpretación restrictiva de un instituto que impide el ejercicio de la acción y también la naturaleza de las relaciones jurídicas a cuyas acciones se pretende aplicar la prescripción.

III. Fianza solidaria versus obligación solidaria.

Es determinante establecer las diferencias entre los distintos tipos de fianza como analizar adecuadamente la regulación normativa de cada una.

¹ Vítolo Daniel R. – Nissen Ricardo A., *Directores, Conflictos en la Insolvencia*, Editorial Ad-Hoc, año 2005, fallos citados en págs. 135 a 143.

² Barbieri Pablo C., *Nuevo Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522 Comentada y Concordada*, Editorial Universidad, año 1995, pág. 164.

Se prevén 3 tipologías de fianza en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC): la fianza simple, la solidaria y la “principal pagador”.

La primera en la que tienen virtualidad plena la accesoriedad y la subsidiariedad, casi no es utilizada en la práctica. Esta característica de subsidiariedad se verifica a través de los beneficios de excusión y –de darse el supuesto- de división.

La solidaria importa la inexistencia del beneficio de excusión, respondiendo el fiador directamente con su patrimonio ante el acreedor sin la posibilidad de esa defensa dilatoria. A ello puede (y es común) la renuncia al beneficio de división en el caso de pluralidad de fiadores.

El carácter de solidaria no impide sostener la naturaleza accesoria de este tipo de fianza, puesto que, por ejemplo, si la obligación principal es nula, la fianza –aún solidaria- también será nula.

La tercera, comúnmente denominada “principal pagador”, es la más compleja en lo que respecta a su naturaleza y régimen normativo. A su vez, es el tipo de contratos de fianza que se encuentran en la práctica casi invariablemente.

El art. 1591 establece 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*”. La norma es similar al art. 2005 del Código Civil velezano.

Hay dos temas definitorios y enlazados: **1.** ¿Es un contrato de fianza, o no?, es decir, ¿cuál es su naturaleza jurídica?; **2.** ¿La remisión normativa del 1591, desplaza absolutamente las normas del Capítulo 23 relativas a la fianza?

La definición del primer aspecto podría determinar qué tipo de regulación al que debemos acudir en el CCyC. Pero éste no ha dirimido la cuestión acerca de la naturaleza, que ya existía con el Código anterior en virtud del art. 2005.

Existen 3 posturas: **A.** no es una fianza y por ende no se aplica ninguna de las normas de este tipo contractual; **B.** aún con las características de las obligaciones solidarias, sigue siendo un tipo de fianza; y **C.** la intermedia, en la cual se distingue entre el abanico de relaciones que nacen con la figura, acreedor-fiador se trata de una obligación solidaria y deudor-fiador, se trata de una fianza.

Esta última ha sido –en general- la establecida por la jurisprudencia, que ha resuelto: “*Aunque en una cláusula del contrato de locación se denomine fiador al obligado al pago, la adición de solidario y principal pagador llano y directo lo erige en codeudor solidario, calidad incompatible con la anterior, por lo que no se deben las*

obligaciones asumidas por la locataria en forma accesorio, sino por el todo y en forma principal. De modo que, no se aplican las disposiciones de la fianza, sino las propias obligaciones solidarias... Las normas de la fianza sólo son aplicables en la relación interna entre el fiador y el fiado, de modo que respecto al acreedor, la obligación del fiador deja de ser accesorio y constituye un vínculo directo entre ellos, de igual naturaleza al que vincula al acreedor con su deudor, los cuales se concentran o coligan para conformar la estructura unitaria que caracteriza a la obligación solidaria”³.

Por nuestra parte, consideramos que sigue siendo una fianza y que la postura intermedia, no es excluyente de la naturaleza de fianza que ésta tiene, puesto que hacia el acreedor tendrá las características una solidaridad pasiva (arts. 833 y siguientes del CCyC) pero mantiene el resto de los elementos.

Por ejemplo, la fianza solidaria y la principal pagador tienen (al menos en el caso planteado) por causa fuente un acto jurídico bilateral que constituye un contrato. Por supuesto que una obligación solidaria puede nacer de un acuerdo de voluntades, pero en la fianza “principal pagador” nace del contrato de fianza.

El aspecto conmutativo de las relaciones jurídicas resulta, a nuestro criterio, de toda relevancia. En la mayoría de los supuestos esas fianzas son gratuitas (podrían resultar onerosas, ya que el CCyC no lo prohíbe). Hacen a la naturaleza de garantía agregativa de la fianza principal pagador, es decir, contar con un patrimonio más para la satisfacción de una determinada obligación.

Como consecuencia de ello, desde el punto de vista económico en casi todos los casos existe una relación jurídica vinculante entre el deudor principal y el acreedor con base en general en un vínculo contractual de cambio. Este aspecto conmutativo de la realidad económica del contrato, muestra que en el marco del intercambio el fiador no ha recibido nada ni se ha beneficiado de tal vínculo. Por supuesto que esto tiene excepciones, y habrá que estar a los casos, pero en general se da de ese modo.

Entonces la supuesta inexistencia absoluta de accesoriedad de la fianza principal pagador no tiene semejante adjetivación y como hemos dicho, en general, no se condice con la realidad económica de la relación jurídica y la causa fuente del contrato.

Este aspecto dirimente nos permite concluir en que la remisión que hace el art.

³Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H • Regina, José M. c. Bethencourt, Ubaldo y otro. • 27/05/1997 • LA LEY 1997-E, 13 • Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Luis F. P. Leiva Fernandez - Editorial LA LEY, 2002, 500 con nota de AA. VV. • AR/JUR/2263/1997.

1591 a las obligaciones solidarias no excluye decididamente las reglas que regulan el contrato que es su causa fuente, ni eliminan su naturaleza de tal.

En nuestra opinión esta afirmación se refuerza por la propia redacción del art. 1591 que dice que quien se obliga “...*como principal pagador*”; adverbio relativo que permite no fundirlo con el elidido. En consecuencia, debería leerse que, no es en sí un obligado solidario, pero se obliga “como tal”. Por ello, luego el artículo menciona que “su” obligación se rige por las obligaciones solidarias; y no todo el plexo de relaciones jurídicas nacidas del contrato de fianza principal pagador.

Consecuencia de todo ello es que deben aplicarse los artículos 833 a 843 del CCyC; y, en cuanto sean compatibles con éstos, los arts. 1574 y siguientes.

IV. La cobertura de riesgos en la fianza.

La fianza es una garantía personal de tipo agregativa.

La finalidad económica de esta garantía está dada por sumar y/o agregar un patrimonio distinto al del deudor principal para contar con uno sustitutivo de aquél.

Una distinción resulta relevante y útil para obtener conclusiones en el supuesto de hecho planteado, partiendo de la premisa que se trata de “garantías de riesgos”.

¿Qué riesgo garantiza –o tiene por fin garantizar- una fianza, a un principal pagador?

Hay quienes sostienen que se configura una garantía sobre el riesgo de incumplimiento. En realidad, ello no es así puesto que la fianza evita que el deudor incumpla; sino que eventualmente exista otro patrimonio para responder ante el incumplimiento. Una garantía sobre riesgo de incumplimiento podría estar dada por una garantía auto liquidable o similares en la que por sí o a través de un tercero el cumplimiento se efectúa o ejecuta directamente, sin intervención derivada del deudor.

También existen concepciones relativas al riesgo de ejecución de la garantía (relativa a los plazos, suficiencia del patrimonio, depreciación, limitación de costas, etc.), pero consideremos que no sería el objeto específico de cobertura de la fianza principal pagador puesto que ante el incumplimiento el acreedor deberá ir a juicio contra el fiador, siendo una garantía personal por lo que se encuentra expuesta a las vicisitudes normas de la naturaleza de la garantía personal en cuestión.

En nuestra opinión la figura tiene por fin la cobertura del riesgo de un patrimonio impotente o insuficiente para responder ante el incumplimiento del deudor, agregando otro como garantía común de los acreedores tendiente a reducir ese riesgo. Pues la

existencia de la fianza no garantiza que el deudor no cumpla ni la inexistencia de un proceso de ejecución de la garantía, tal como lo sostiene la Doctrina⁴.

V. Argumentos.

Por nuestra parte consideramos que el fiador principal pagador puede oponer la defensa de prescripción por aplicación del art. 56 de la LCyQ, ante el reclamo del acreedor. Reconocemos que la ausencia de regulación específica y la opacidad de la naturaleza y de las normas aplicables a la fianza principal pagador hacen opinable el tema, pero daremos los argumentos que razonamos como centrales para la conclusión dada en la ponencia.

El art. 1591 del CCyC dispone que se aplican las reglas de las obligaciones solidarias; es decir, la solidaridad pasiva. En este tipo de obligaciones: *“Ante todo, la obligación solidaria es una sola, las concurrentes son varias -dos o más-, que se conectan por la circunstancia de tener idéntico objeto y existir en favor de un mismo acreedor o acreedores”*⁵.

Es correcto que el CCyC no remita a las obligaciones concurrentes, sino a las solidarias. Pues la razón del crédito en un caso de fianza principal pagador es una; es decir, la obligación es única existiendo dos sujetos que deben lo mismo o una sola prestación.

Es por ello que en las obligaciones solidarias la prescripción (como la suspensión y la interrupción) tienen efectos expansivos; es decir, benefician y/o perjudican a los demás deudores solidarios.

Es este entonces, el primer argumento normativo: el fiador principal pagador (obligado solidario) es beneficiado por la prescripción configurada respecto del obligado principal como consecuencia expansiva de las normas de prescripción. Ello sigue la regla general del art. 2534 del CCyC, de la cual no se verifican excepciones.

El autor citado continúa diciendo en su trabajo que: *“En las obligaciones solidarias los efectos de la prescripción operada en favor de un deudor o la interrupción producida en su contra, se propagan masivamente a los demás coobligados (arts. 713 y 3994 del Cód. Civil). Lo que por el contrario no sucede en las obligaciones “concu-*

⁴LORENZETTI, RICARDO LUIS (Director), *Tratado de Derecho de los Contratos, Parte Especial*, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2018, 3era. Ed., pág. 533.

⁵ Trigo Represas, Félix A., *Obligaciones Concurrentes, Indistintas o Conexas en el Derecho Vigente y en el Proyecto de Código*, Publicado en: LA LEY 07/05/2013, 1 • LA LEY 2013-C, 782.

rentes”, en las que por ser entre sí independientes, los efectos de la interrupción de la prescripción actúan separadamente para cada obligado, afectando sólo a aquel contra quien se hubiese producido”. Este aspecto, en clara diferencia con el inciso e) del art. 851 del CCyC.

Las reglas aplicables a las obligaciones solidarias –por efecto del art. 1591- confluyen en el efecto expansivo de la prescripción de un co-obligado. Si acudiésemos a las normas de la fianza, el carácter accesorio de la misma tendrá el mismo efecto, incluso por aplicación del art. 1587.

Entonces, en cualquiera de las acepciones posibles que le demos al contrato de fianza principal pagador, la prescripción de la acción contra el deudor principal u obligado solidario aprovecha al fiador solidario o co-deudor solidario.

Cuando la ley establece el efecto expansivo de la prescripción, no realiza distinciones que luego sean invocables para validar la imposibilidad de oponer la prescripción de tipo concursal.

Tal es así que, si el acreedor se presenta a verificar en el concurso del obligado solidario, ello importa la interrupción de la prescripción y tal interrupción perjudica al co-obligado solidario, en orden al efecto expansivo previsto en la ley.

Otro argumento es el siguiente. Un acreedor que se insinúa en el pasivo, podría observar una verificación si la acción derivada del crédito se encuentra prescripta. Podría, asimismo, el Síndico oponer la prescripción (aunque su legitimación esta discutida y sin entrar en ese debate, varios autores y fallos la admiten). Incluso se llega a tal conclusión por la previsión del segundo párrafo del art. 2534 que establece: “Los acreedores y cualquier interesado pueden oponer la prescripción, aunque el obligado o propietario no la invoque o la renuncie”, y permite a los acreedores oponer la prescripción liberatoria; lo que en un proceso plurisubjetivo se valida con mayor fuerza convictiva.

El fiador –aun principal pagador- tiene el derecho de verificar su eventual crédito, aunque con carácter condicional. Es además, aconsejable que lo haga. Este obligado solidario (como cualquier otro que no tenga su causa fuente en una fianza de tipo principal pagador), podría como acreedor concursal oponer la prescripción del acreedor afianzado en el marco del concurso. Esta facultad la detenta, aun cuando no lo haga el concursado (por aplicación del art. 2534 in fine y el art. 1587).

Es decir que el acreedor se vería expuesto al planteo de prescripción en caso de cumplir con la carga de verificación, pero en caso de omitirla, su situación mejoraría de seguirse el criterio de la imposibilidad del deudor solidario de oponer la excepción

concurzal. El elemento valorativo aquí descrito, demuestra que no puede estar en mejores condiciones quien incumple una carga procesal que quien la cumple; aun considerando que la verificación no es una obligación sino una carga.

No existe ningún elemento que permita considerar que, sobre una misma deuda, con un mismo acreedor y deudor principal solidario; el mismo fiador principal pagador puede oponer la prescripción acaecida en un caso y en la ejecución individual no lo pueda hacer.

Agregamos lo siguiente. Si en un trámite concursal de verificación –sea tempestiva, por revisión o tardía- (procesos de conocimiento que contienen efectos de cosa juzgada material) se hiciera cualquier tipo de determinación por sentencia respecto de crédito del acreedor afianzado (por ejemplo, respecto de su monto) ésta podría invocarse por el fiador principal pagador.

Parte de la Doctrina⁶ sostiene que, sea por aplicación analógica del art. 55 de la LCyQ o sea por esa pauta de interpretación, la acción contra el fiador principal pagador se mantiene incólume porque ello demuestra que el legislador ha querido dejar aquellas acciones y créditos totalmente ajenos a los efectos del concurso preventivo.

No se coincide con dicha postura.

En primer lugar, la homologación del acuerdo es un supuesto de novación legal, con el efecto derivado de extinción de la obligación originaria que es causa fuente del nacimiento de una nueva; y en la prescripción la obligación no se extingue, sino que se trata de una obligación natural (art. 728 del CCyC). Entendemos que no existe entonces analogía.

En segundo lugar, la previsión del art. 55 de la LCyQ es una norma de excepción a la regla general consistente en que la extinción de la obligación por novación produce la extinción de la obligación del fiador (que replica el segundo párrafo del art. 1597 del CCyC). En consecuencia, no es adecuado extraer una conclusión de una excepción.

Además, estimamos que el propio art. 55 de la LCyQ es un argumento a favor de la ponencia, puesto que demuestra que la fianza tiene por fin garantizar el riesgo de la impotencia patrimonial, pero no del ejercicio de la acción. Si hubiera una quita en el acuerdo homologado y el acreedor afianzado cobrara con esa quita, éste podrá de-

⁶ HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 2000, Tomo II, pág. 272.

mandar el saldo restante a los fiadores. Si el cobro al fiador es anterior a la percepción de las cuotas concordatarias, aquél se subrogará en los derechos del acreedor para tal cobro. Ahora bien, en el supuesto planteado estamos ante un supuesto de prescripción y, por ende, de un riesgo de dejar prescribir la acción está en manos del propio acreedor y, por ende, es un riesgo que no se encuentra dentro de la finalidad de cobertura de la fianza. Es decir, la finalidad de garantía no es ajena a la omisión y/o negligencia en el ejercicio de la carga de verificar y/o de la acción.

Por último, cabe agregar otro argumento. Si la verificación en carácter de eventual del fiador principal pagador queda condicionada al pago que haga al acreedor, la pretendida desconexión absoluta de las vicisitudes del crédito por tratarse de un obligado solidario no puede esgrimirse como argumento válido.

El fiador principal pagador debe presentarse siempre a verificar el crédito condicional, ya que la decisión que se tome en la verificación del acreedor afianzado le será oponible en los términos del art. 1588 del CCyC *a contrario sensu*, por el carácter universal del concurso y el efecto jurídico de la publicación edictal.

La expansión de la prescripción tiene sentido armónico en el sistema, pues verificando el fiador principal pagador de modo condicional, debería esperar hasta el último día de la prescripción de la acción para determinar si la condición se produce y denunciar en el concurso el acaecimiento de dicha condición. Esta situación podría modificar sustancialmente el cronograma y panorama del cumplimiento del acuerdo; que es justamente lo que la prescripción concursal trata de evitar.