

//MA, 19 de noviembre de 2007.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Alberto I. Balladini, Víctor H. Soderó Nievas y Liliana L. Piccinini, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Álvarez, para el tratamiento de los autos caratulados: “DEICAS, Juan Carlos c/EMPREDIMIENTOS BCHE y Otros (CUMPL. CONTRATO Y COBRO PESOS) s/ORDINARIO s/CASACION” (Expte. N° 21590/06-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial, a fin de resolver los recursos de casación interpuestos por el actor (Juan Carlos Deicas Pardie) a fs. 1572/1586 y vta. y Catedral Turismo S.A. a fs. 1587/1592 respectivamente, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes: - - - - - C U E S T I O N E S - - -

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?- - - - -

-----2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?- - - - - V O T A
C I O N - - - - -

A la primera cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial, mediante la Sentencia N° 36 de fecha 15 de mayo de 2006 obrante a fs. 1531/1560 -por mayoría-, resolvió: “1ro) hacer lugar al recurso de Emprendimientos Bariloche SA., declarando la inoponibilidad, a su respecto, de la sentencia dictada en esta causa. Con costas de ambas instancias en el orden causado. 2do.) hacer lugar al recurso de Fabio Balest, declarando///.- ///.-la inoponibilidad, a su respecto, de la sentencia dictada en esta causa. Con costas de ambas instancias en el orden causado. 3ro.) hacer lugar al recurso de los co-demandados Daniel R. Arroyo, Raimundo Runge, Janez Fleré, Yamandú Carrera (hoy, sus herederos: Mariana Carrera, Nicolás Pedro Carrera y Lucía Carrera), Armen Stambulian, Osmar Barberis, Héctor Barberis, Manuel Boto, Daniel Visconti, Carlos Otto Frei y Enrique Saiz, rechazando la demanda a su respecto. Con costas de ambas instancias a la actora. 4to.) declarar desierto el recurso de Catedral Turismo SA., confirmando la sentencia a su respecto. Con costas de ambas instancias a dicha co-demandada. ...”.- - - - -

-----Contra lo así decidido, interpusieron recurso de casación, la parte actora (Juan Carlos DEICAS PARDIE) a fs. 1572/1586 y vta. y la co-demandada Catedral Turismo S.A. a fs. 1587/1592, respectivamente.-----

-----Al respecto, el señor Juan Carlos DEICAS PARDIE alega en sustento del recurso extraordinario local, que la sentencia impugnada ha incurrido:-----

--

-----a) en la flagrante violación y/o errónea aplicación del art. 2005 del Código Civil;-----

-----b) en la omisión de aplicar los arts. 699 a 711 del Código Civil, por cuanto al tratarse de una obligación solidaria, por mandato legal expreso, el actor tiene derecho a exigir el pago íntegro de la prestación adeudada a todos o a cualquiera de los deudores solidarios, conforme establece el art. 705 del Cód. Civ., pues estos se han obligado como principales pagadores (art. 2005).-----

-----c) En la violación de la doctrina legal sentada por el Superior Tribunal de Justicia en los autos: "JUDZIK DE JANKOWSKI, Norma c/MIGANI DE CARRION, Rosa y Otro ///.- ///2.-s/EJECUCION DE ALQUILERES s/CASACION", Sentencia N° 71, del 30 de junio de 2005; y en los autos: "DIRECCION GENERAL DE RENTAS c/MINAR S.A.P.S. s/APREMIO s/CASACION" (Expte. N° 12518/97-STJ), Sentencia N° 6 de fecha 9 de febrero de 2001, en cuanto habrían dispuesto que el principal pagador no reviste en rigor el carácter de fiador sino de codeudor solidario (art. 2005 Cód.Civ.), siéndole aplicables las disposiciones relativas a los deudores solidarios.-----

-----d) En la violación a las reglas que rigen la interpretación de las normas y de los contratos (arts. 1197, 2005 del Cid. Civil, art. 217 del Código de Comercio).-----

-----e) En la errónea aplicación del art. 218, ap. 7 del Código de Comercio.-----

-----f) En la errónea sistematización del art. 2005 del Código Civil y en la errónea calificación jurídica.-----

-----g) En la errónea aplicación del art. 2046 del Código Civil.-----

-----h) En la interpretación arbitraria y absurda del contrato (arts. 16, 1198, 2005 del Código Civil, art. 217 del Código de Comercio).-----

-----Por último, la actora se agravia, con carácter subsidiario y para el caso hipotético de que no se haga lugar a su recurso, de la imposición de costas a su parte en lo que respecta al rechazo de la demanda contra los codeudores garantes. Ello, en tanto considera que tenía razón suficiente para demandar a los codeudores de la manera y con el alcance que lo hizo, en tanto entiende que son solidariamente responsables en función del propio texto del instrumento obligacional, al punto que el propio Juez de Ia. Instancia así también lo encuadró. Y de que el rechazo de la demanda se fundó exclusivamente en la interpretación que los Jueces de Cámara hicieron del///.- ///.- instrumento obligacional, al cual le adjudicaron un sentido que no se compadece estrictamente con el que razonable e inequívocamente se desprende de su propio tenor literal, según el uso normal de las palabras, etc..- - - - -

-----Por su parte, Catedral Turismo S.A. aduce en sustento del recurso extraordinario local, que la sentencia de Cámara habría incurrido en la violación del art. 271 y concordantes del CPCC., solicitando en consecuencia se decrete la nulidad del fallo impugnado, etc..- - - - -

-----Previo a todo, corresponde señalar en relación al recurso de casación interpuesto por la co-demandada Catedral Turismo S.A., que el mismo fue declarado formalmente inadmisibles mediante el Auto Interlocutorio N° 460 dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de S. C. de Bariloche, de fecha 15 de septiembre de 2006 obrante a fs. 1671/1674. Auto denegatorio este, que además se encuentra consentido y firme, por cuanto no fue recurrido en queja por la mencionada co-demandada conforme prevé el art. 299 del CPCyC..-

-----En tal orden de situación, y más allá del error material que se deslizara en el Auto Interlocutorio N° 15, de fecha 30 de Marzo de 2007, donde este Superior Tribunal de Justicia declaró bien concedido el referido recurso de casación; la instancia recursiva extraordinaria que prevé el artículo 285 y concordantes del Código Procesal Civil, se encuentra inexorablemente cerrada respecto a Catedral Turismo S.A.. Máxime, considerando que la Cámara hubo oportunamente declarado desierto el recurso de apelación de dicha co-demandada, no por insuficiencia de agravios, sino por ausencia total de éstos (ver Sentencia fs. 1541/1544, cap. 4.4); motivo por el cual el objeto principal del recurso extraordinario local de la precitada co-demandada, debió haber estado dirigido a///.- ///3.-demostrar, en forma pormenorizada y contundente, el error del Tribunal en tal sentido.- - - - -

-----Dicho cometido, como bien lo observara la Cámara en la denegatoria de la

casación, fue omitido por la recurrente, siendo ello manifiesto. En consecuencia, conforme a la aclaración formulada, sólo deberá darse tratamiento al recurso deducido por la parte actora (Deicas Pardie).- - - - -

-----I) Que, ingresando ahora al examen de las cuestiones traídas a debate, resulta pertinente abordar en primer término, los agravios referidos a la invocada interpretación arbitraria y/o absurda del contrato y/o violación de las reglas que rigen esa interpretación (conf. arts. 16, 1198, 2005 del Código Civil, art. 217 del Código de Comercio), mediante los cuales la recurrente cuestiona la interpretación y calificación jurídica dada al instrumento de fianza obrante a fs. 14.- - - - -

-----Introduciéndome en el análisis de tales cuestionamientos venidos en recurso, observo “prima facie” que lindan, en muchos aspectos, con tópicos de hecho y prueba (interpretación de los contratos, alcance de los mismos, etc.) que resultan, en principio, exentos de censura en casación.- - - - -

-----Sin embargo, es sabido -y así lo tiene dicho este Superior Tribunal de Justicia en numerosas causas-, que dicha regla de irrevisibilidad puede ceder en los casos en los que, fundadamente, a) se invoque la violación de las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1197 y 1198 del Cód.Civ.); b) se discuta la naturaleza jurídica de los mismos; c) se invoque y pruebe el excepcional supuesto de "absurdidad" y d) se demuestre (en esta última hipótesis) la existencia de un desvío y/o apartamiento en la merituación de los diversos elementos de información reunidos en el proceso, que pudiera conducir a una irrazonable conclusión reñida con la ///.- ///.-lógica y desautorizada por la ley.- - - - -

-----Así, se ha dicho que: “La interpretación de los contratos es una cuestión de hecho reservada a la instancia ordinaria y excluida de la casación, salvo el caso de absurdo, o que se alegue y demuestre que se han violado las normas legales o las reglas del derecho que gobiernan esa interpretación.” (STJRN., SE. 71/05, “J. DE J., N.”); “Lo que hace a la naturaleza jurídica de un contrato es una cuestión de derecho y por lo tanto habilitante de esta vía de excepción” (STJRN., Se.Nº3/98, “SORBERA”); “La interpretación de los contratos es una cuestión de hecho reservada a la instancia ordinaria y excluida de la casación, salvo el caso de absurdo, o que se alegue y demuestre que se han violado las normas legales o las reglas del derecho que gobiernan esa interpretación.” (STJRN, Se. Nº 47/2003, “VISOR”); “La interpretación de los contratos, de la intención, voluntad y cometido de las partes en su cumplimiento, como

también lo relativo a la prueba, queda librado a la apreciación de los jueces de la instancia ordinaria, siempre que no se alegue y demuestre violación de las reglas de derecho relativas a tal interpretación y a la distribución y carga de la prueba, o absurdo o arbitrariedad, que quite al pronunciamiento el mínimo de coherencia necesaria para darle sustento". (STJRN., Se. Nº 47/2003, "VISOR"); "Si bien la interpretación de los contratos no es materia de casación por tratarse normalmente de cuestiones de hecho, este principio registra excepciones cuando implica apartamiento del razonamiento lógico y de las reglas de interpretación de los contratos: por su letra expresa, su espíritu, su armonización con las restantes cláusulas, por su finalidad y por sus consecuencias." (STJRN., Se. Nº 47/2003, "VISOR").-----

-----En alguno de tales supuestos de excepción, puede ///.- ///4.-encuadrar el caso en examen. Ello, en atención a la interpretación del instrumento de fs. 14 efectuada por lo Cámara, lo cual conduce necesariamente -a la luz de lo prescripto por el artículo 2005 del Código Civil-, a discutir y determinar la naturaleza jurídica de tal contrato, lo que autoriza ahora -en mi opinión-, a que este Superior Tribunal se avoque a examinar los agravios del impugnante en virtud de la doctrina antes aludida.- -----
--

-----Es que la Cámara de Apelaciones, para hacer lugar al recurso deducido oportunamente por los co-demandados Daniel R. Arroyo, Raimundo Runge, Janez Fleré, Yamandú Carrera (hoy, sus herederos: Mariana Carrera, Nicolás Pedro Carrera y Lucía Carrera), Armen Stambulian, Osmar Barberis, Héctor Barberis, Manuel Boto, Daniel Visconti, Carlos Otto Frei y Enrique Saiz, consideró que tanto el Juez a quo al sentenciar, cuanto las partes al cuestionar sus argumentos, habían hecho excesivo hincapié en una de las frases del documento -la referida a "la calidad de principales pagadores"- cotejando las diferentes corrientes doctrinarias y jurisprudenciales elaboradas respecto de su alcance, pero soslayando la circunstancia de que dicha frase es sólo derivación de otra, que es la que da el sentido que las partes pretendieron darle a todo el documento; en especial, cuál iba a ser su grado de vinculación con el contrato principal.- -----

-----Ello, por cuanto el documento comienza diciendo que: "Los abajo firmantes se constituyen en avalistas, fiadores y garantes del fiel y pleno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas por LOS COMPRADORES en el contrato suscripto ... etc."-----

-----En ese sentido, observa el Tribunal "a quo", que el mencionado instrumento utiliza

sinónimos indubitamente///.- ///.-indicativos de la asunción de una obligación accesoria, pues tal es el sentido jurídico de “avalistas, fiadores y garantes”. Así del referido documento dice más adelante: “En tal sentido asumen la calidad de principales pagadores, ...etc.”.- - - - -

-----Sostiene la Cámara que la referencia a “principal pagador” no está descolgada o independiente de la parte del documento que enuncia el carácter de “aval, fiador y garante”. Es más, aquélla depende de ésta (“En tal sentido, ...etc.”), y así debe ser interpretada.- - - - -

-----Expresa que la interpretación del término “principal pagador”, fuera del contexto, o sea, en el sentido de considerar a los firmantes como auténticos co-deudores solidarios directos, sería incompatible con los términos del encabezamiento. Por lo tanto, no se estaría interpretando correctamente el contrato: “Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general” (art. 218, inc. 2, del Cód. de Comercio; perfectamente aplicables atento a la naturaleza comercial del contrato principal; y a todo evento, conforme lo dispuesto por el art. 16 del Cód. Civil).-

-----En tal sentido, concluye la Cámara que, toda interpretación referida con exclusividad a los términos “principal pagador”, soslaya el análisis de todo el documento; y por lo tanto, es impropia y equivocada. Asimismo, considera que la norma del art. 2005 del Cód. Civil es sólo una norma supletoria; y que los contratos deben, en principio, interpretarse ... de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron ///.- ///5.-entender, obrando con cuidado y previsión” (art. 1198, ap. 1*, del Cód. Civil).- - - - -

-----Por su parte, la recurrente argumenta que la sentencia impugnada ha violado la primera de las reglas unánimemente consensuadas que rigen la interpretación de los contratos: la literalidad. Sostiene que si las partes literalmente expresaron que responderían en calidad de “principales pagadores”, ello debe entenderse en la única manera que se entiende la expresión en el idioma nacional. Las partes asumieron que se obligaban como principales pagadores y no puede negarse, desconocerse, torcerse arbitrariamente aquello que expresamente asumieron. Máxime cuando de tal irrazonable interpretación, se genera un gravísimo perjuicio económico para la contraparte al rechazarse la demanda contra todos los firmantes que se obligaron al fiel cumplimiento

del contrato.- - - - -

-----Expresa que, habiendo los co-demandados asumido la calidad de principales pagadores, resultan deudores solidarios y no fiadores, correspondiendo aplicar con el rigor que marca el Código de modo expreso, las normas relativas a los codeudores solidarios y no las normas de la fianza. Ello, conforme al art. 2005 del Código Civil que, mal que le pese al desarrollo del pretoriano fallo, prevé esta consecuencia jurídica insoslayable, de modo expreso, aún para el caso en que las partes hayan definido la relación como propia de una fianza.- -

-----Sostiene que la Cámara, ha hecho tabla rasa el régimen jurídico legalmente aplicable al instrumento pactado entre las partes según la disposición expresa del art. 2005 del Código Civil, que está específicamente destinada a regir el presente caso. En ese sentido alega que es innegable que el precepto se refiere específicamente al supuesto que se debate en autos, pues los firmantes aún hablando de fianza se obligaron ///.- ///.- como “principales pagadores” y así, por disposición expresa de la ley vigente, sus vínculos se rigen por las mismas reglas que se imponen a los “codeudores solidarios”.- -

- - - - -

-----Expresa que la conclusión que efectúa la Cámara constituye una consideración errónea, arbitraria y por tal motivo contraria a derecho. Se viola de modo manifiesto lo expresamente establecido en el art. 2005 del Cód. Civil como previsión expresa de la ley para la especie. Esto es, para el supuesto en el que los propios emisores del instrumento se calificaron como fiadores. O por decirlo más claro aún, a pesar de que los propios suscriptores se calificaran como fiadores. Es que, según la ley, al haber asumido la deuda como principales pagadores, términos expresamente utilizados en el instrumento firmado, rige la norma específica señalada y no otra, etc..- - - - -

- - - - -

-----En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es la “naturaleza jurídica” del instrumento firmado con fecha 7 de marzo de 1992 glosado en copia a fs. 14. Esto es, si los mencionados codemandado -a la luz del citado artículo 2005 del Código Civil-, son solamente fiadores como ellos mismos argumentan y lo sostiene el propio fallo del Tribunal “a quo”; o por el contrario, y no obstante la calificación de “avalistas, fiadores y garantes”, al obligarse como “principales pagadores”, son en realidad codeudores solidarios como sostiene la actora.- - - - -

-----Al respecto, dada la redacción del instrumento de fs. 14, considero que la interpretación del mismo debe realizarse de conformidad al citado art. 2005 del Código de fondo, por cuanto él no es una norma supletoria como sostiene la Cámara en el decisorio en crisis; por el contrario, es una norma específica que de algún modo viene a resolver las dificultades que///.- ///6.-se presentan cuando en un mismo documento las partes se obligan, como en el caso en examen, como fiadores y principales pagadores.- -

-----Obsérvese que el art. 2005, establece que: “Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios.”.-

-----En consecuencia, no puede obviarse y/o prescindirse de lo dispuesto en la norma antes transcrita sin dar razón valedera para hacerlo, y si bien la interpretación dada por la Cámara al instrumento de marras no aparece como absurda y/o arbitraria, considero que le asiste razón al recurrente, en cuanto a que los co-demandados se obligaron como “principales pagadores”. Ello porque el artículo 2005 no sólo es la disposición legal aplicable al caso, sino además porque la misma trae claramente inmersa una regla de interpretación especial, para aquellos casos, como el supuesto en examen, en los que alguien se obliga a la vez, como fiador y principal pagador (conf. Código Civil Comentado. Contratos, Ed. Rubinzal Culzoni, T. II, dirigido por Ricardo LORENZETTI, p. 658).- - - - -

-----Sin embargo, y no obstante considerar que los referidos co-demandados se han obligado como fiadores, “principales pagadores”, no coincido en modo alguno con la naturaleza y efectos jurídicos que de la figura en examen propone la recurrente. Nada es tan lineal, absoluto y/o literal como argumenta la actora.- - - - -

-----No desconozco que el texto del artículo 2005 ha recibido variada y disímil interpretación en la doctrina nacional. Al efecto, basta la sola lectura de los distintos tratados de derecho civil y/o Códigos Civiles comentados, donde se han sustentado diversas tesis, en las que, mientras algunos ///.- ///.-afirman que en el caso de la norma no hay fianza, como propone la actora (ver Lorenzetti; Bueres y Mayo; Lafaille; Moglia Claps), otros, por el contrario, sostienen que sigue habiendo fianza (Anaya y Trigo Represas; Fresneda, Heborraz y Hernández; Ghersi y Weingarten; Nicolau; Zago, entre otros.).-

-----Al respecto, adelanto mi postura a favor del criterio que postula aplicar al principal pagador los efectos de la fianza, la que respeta, además, la voluntad histórica del

Codificadora manifestada en la nota al artículo 2004 donde expresa que: “La fianza no es sino una obligación accesoria, y debe guardar siempre este carácter esencial, cualesquiera que sean las modificaciones y las cláusulas más o menos rigurosas, bajo las cuales se ha constituido”. Doy razones:-----

-----Previo a todo, y para una mejor comprensión del criterio que propongo adoptar respecto a la figura del “principal pagador”, resulta pertinente señalar cuales son las notas salientes del contrato de fianza.-----

-----La fianza es el compromiso contraído con relación a un acreedor, por un tercero que lleva el nombre de fiador, de cumplir la obligación si el deudor no llega a hacerlo. La fianza es, pues, un típico contrato accesorio, "que no se comprende sino por la existencia de una obligación principal que \garantiza\", no pudiendo tampoco tener un objeto distinto o más amplio que el de la obligación principal".-----

-----Todo lo que ya resulta, de la misma clasificación que trae el Código Civil Argentino en el Título 4 de la "Sección Primera", "Parte Primera", de su Libro Segundo, entre obligaciones "principales" y "acesorias"; donde se caracteriza como "principal" a la que es "la razón de la \existencia de la otra\" (art. 523 del citado Código Civil), y a contrario sensu como "accesoria", a aquélla cuya existencia depende de la///.- ///7.-otra designada como "principal". Siendo precisamente a continuación, en el subsiguiente art. 524, donde al aludirse al tipo de accesoriedad con relación a las personas obligadas, se menciona expresamente, como ejemplo de la misma a la fianza, es decir a una obligación que un tercero o terceros asumen "como garantes o fiadores", sumándose a la situación del sujeto pasivo de la obligación principal, pero en calidad de sujetos pasivos accesorios (conf. ALTERINI, Atilio Aníbal - AMEAL, Oscar José - LOPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales", Bs. As., Perrot, 1995, p. 542, N° 1362; BOFFI BOGGERO, Luis María, "Tratado de las obligaciones", Buenos Aires, Astrea, 1975, t. 3, p. 204, § 848; CAZEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", 3ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1989, t. II, p. 698, N° 1099; LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las obligaciones", Bs. As., Ediar, 1950, t. II, p. 25, N° 878; MAYO, Jorge E., en el "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Bs. As., Astrea, 1981, t. 2, p. 738; SALVAT, Raymundo M. - GALLI, Enrique V., "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general", 6ª. ed., Bs. As., Tea, 1952, t. I, p. 72, N° 55).-----

-----Todo lo cual se corrobora más adelante en el título dedicado a "la fianza", cuyo

primer artículo, el 1986, establece que: "Habrá contrato de fianza, cuando una de las partes \se hubiere obligado accesoriamente por un tercero\, y el acreedor de ese tercero aceptase 'su obligación accesoría'". Coincidentemente el artículo 1991 dispone que: "La fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de 'la obligación principal'"; el 1994 reza: "La fianza no puede existir sin una obligación (principal)///.- ///.-válida...", y el 2004 establece que: "La solidaridad a la cual el fiador puede someterse, 'no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoría, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal'".- - - - -

- -
-----Siendo una consecuencia primordial de dicho régimen lo preceptuado, respectivamente, en los arts. 1995 del Cód. Civil, en el sentido que: "'El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal';... Si se hubiese obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor..."; y 2042, en punto a que: "La fianza se extingue por la extinción de la obligación principal, y por las mismas causas que las obligaciones en general, y las obligaciones accesorias en particular", vale decir: por cualesquiera de los medios de extinción mencionados en el art. 724 y en su nota, amén de otros no enumerados como por ejemplo: la "dación en pago" o "pago por entrega de bienes" de los arts. 779 a 783; la muerte o incapacidad sobreviniente del deudor, cuando se trate de obligaciones de hacer intuitu personae (arts. 626, 730, 909 y concordantes Cód. Civil), en las que se tuvo especialmente en cuenta las aptitudes o condiciones de su persona, no resultando por ello transmisibles a los sucesores del obligado (arts. 498 y 1195 Cód. Civil), etc. (conf. CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", cit., t. III, ps. 6 y sgtes., N° 1328 a 1336); e igualmente, de conformidad con lo establecido en el art. 525 del mismo Código, por la extinción de la obligación principal por cualquier motivo que fuese, lo que va a determinar asimismo que quede "extinguida la obligación accesoría".- - - - -

-----Ahora bien, en el derecho civil argentino existen ante todo dos tipos de fianza, con distintos efectos: la "simple" o simplemente mancomunada y la "solidaria". Por su parte, en///.- ///8.-el Código de Comercio la fianza simple no existe, es siempre solidaria.- - - - -

-----La "simple" permite al fiador diferir su responsabilidad frente al acreedor mediante el llamado beneficio de excusión, consistente en la exigencia de una previa realización y ejecución de todos los bienes del deudor principal, antes de que el fiador pueda ser

"compelido a pagar al acreedor" (art. 2012); y del beneficio de división del art. 2024, de existir más de un fiador, el que posibilita el fraccionamiento del débito entre todos los co-fiadores, y en cuyo caso "se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno de ellos sino la cuota que le corresponda".- - - - -

-----En tanto, esos dos beneficios desaparecen en la fianza "solidaria" con el deudor principal, lo que posibilita al acreedor demandar "la totalidad del objeto" de la obligación "a cualquiera" de ellos (art. 690 Cód. Civil); lo cual empero "\no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal". La fianza solidaria queda regida por las reglas de la simple fianza, con excepción de la privación del beneficio de excusión y del de división" (art. 2004, Cód. Civil).- - - - -

-----Sin embargo el Código Civil argentino contempla en el citado art. 2005 ahora en discusión, otra tercera especie particular de fianza, al disponer que: "Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, \será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios". Como esta especie no se encuentra contemplada en la "fianza comercial", resulta también aplicable a su respecto lo establecido por el aludido art. 2005, conforme a la Regla 1 del Título III.- III.-Preliminar y al art. 207 del Cód. de Comercio.- - - - -

-----Al respecto, y como ya lo adelantara precedentemente, la doctrina nacional se ha dividido, en torno a la interpretación de lo normado en el mencionado art. 2005, en dos posturas totalmente antagónicas.- - - - -

-----Una es la doctrina de la "solidaridad", seguida en autos por la parte recurrente, que niega la existencia de fianza y asimila al "principal pagador" con el "codeudor solidario", emplazando su situación en el esquema de excepciones previsto en el art. 715 (conf. SEGOVIA, Lisandro, "El Código Civil de la República Argentina", nueva edición, Bs. As., Librería y Editorial "La Facultad" de Juan Roldán y Cía., 1933, t. I, p. 569, nota 33 a su art. 2007; LLERENA, Baldomero J., "Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino", 2ª ed., Bs. As., Ed. Jesús Menéndez, 1901, t. VI, ps. 276 y sgte., art. 2005, N° 1; LAFAILLE, Héctor, "Curso de contratos", Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, t. III, p. 168, N° 205 y p. 182, N° 228).- - - - -

-----En la misma tendencia se enrola también, entre otros, Alberto G. Spota, quien se vale del recurso de atribuir a una impropiedad, la mención del "fiador" por la ley,

cuando se ocupa del principal pagador. De suerte que para sostener su interpretación prescinde o priva de sentido a la letra de la ley, y, como complemento de esta desvirtuación del texto legal, tiene por indistinto el obligarse como principal deudor o como principal pagador. De esta suerte, al referirse a las fuentes del art. 2005 de nuestro Código Civil, expone que Troplong al comentar el art. 2021 del Código francés dice que "toda dificultad desaparece si el fiador se obligó como deudor principal", con lo que acepta que el principal pagador es deudor directo y no accesorio (conf. SPOTA, Alberto G.,///.- ///9.-"Instituciones de derecho civil. Contratos", Bs. As., Depalma, 1983, t. VIII, ps. 247 y sgte., Nº 1747). De todas maneras, con su reconocida honestidad intelectual, dicho autor también admite que, en la moderna doctrina francesa, la tendencia es la de no perder de vista el carácter accesorio de la caución solidaria y que así la jurisprudencia la ha considerado siempre como una fianza (ver SPOTA, ob. cit. en nota anterior, t. VIII, ps. 248 y sgte., Nº 1747).- - - - -

-----La otra postura, a la que ANAYA y TRIGO REPRESAS denominan como "doctrina de la fianza" a la cual adhiero, trata al "principal pagador" como el "fiador" que en realidad es, aunque su situación resulte ser aún más rigurosa que la del "fiador solidario"; sometiéndolo por ello a la regulación de los arts. 2020 a 2022 y descartando la utilización del art. 715. Siendo éste en definitiva, en términos generales, el entendimiento que comparto y ahora sostengo.- - - - -

-----Corresponde, sin embargo, señalar que también existen entre ambas interpretaciones algunas posiciones intermedias, que parten de que la situación del "principal pagador" es la de un obligado solidario, pero luego la van atenuando con el reconocimiento de algunas excepciones; con lo cual se aproximan así, insensiblemente, a la otra postura que lo considera simplemente como un tipo especial de fiador, aunque más comprometido incluso que el fiador solidario.- - - - -

-----Esa división de la doctrina en dos posturas contrapuestas extremas es tan notoria, que hasta al tratarse la cuestión en una obra en co-autoría de los profesores Garrido y Zago, se deja constancia que cada uno de los autores adhiere en el tema a una de tales posiciones, distintas y contrapuestas. En dicha obra en efecto, luego de transcribirse el art. 2005 del Cód. Civil, se dice que el mismo "hace desprender que Vélez///.- ///.- Sarsfield ha dispuesto una regulación diferente entre el fiador solidario y el fiador liso, llano y principal pagador. En la nota se cita a Troplong y a Aubry y Rau, pero no se dice nada respecto de la fundamentación de la norma. Para el doctor Zago, siguiendo lo dicho en la nota del art. 2004 por el codificador, esta equiparación (la del principal

pagador al deudor solidario) no puede ser absoluta, ya que, si no, no estaríamos frente al contrato de fianza convencional de que se habla en los arts. 1986 y sptes. El doctor Garrido entiende que el fiador principal pagador no es en realidad, a pesar de que se lo denomine así, un fiador, y reviste el carácter de deudor solidario" (conf. GARRIDO, Roque Fortunato - ZAGO, Jorge Alberto, "Contratos Civiles y Comerciales", Bs. As., Editorial Universidad, 1988, t. II, p. 564, N° 3-f).- - - - -

-----Siguiendo con la misma línea, el doctor ZAGO ratificó años después su posición, reiterando y fundamentando acabadamente la misma, al ocuparse concretamente del "contrato de fianza" en la obra: "Código Civil y leyes complementarias" bajo la dirección de los doctores Bueres y Highton. Allí manifiesta primeramente que: "Por una parte, el art. 2005, a diferencia de su fuente literal, no niega la aplicación de las reglas sobre la fianza, y del art. 2013 resulta que el principal pagador queda incluido entre los fiadores. Por el otro, el art. 2005, también a diferencia de su fuente literal, no pretende que se apliquen \exclusivamente\ las disposiciones de los codeudores solidarios"; para luego concluir sosteniendo que: "aún como principal pagador, \el fiador en esencia sigue siendo un obligado con carácter accesorio\, que podrá repetir su pago del deudor principal en el supuesto de que él deba hacer efectiva la obligación porque aquél no ha dado cumplimiento a la misma. Es decir, creemos que se facilitan los caminos del ///.- ///10.-acredor pero que \no desaparece el contrato de fianza, ni en la relación acreedor-fiador, ni tampoco en la relación fiador-deudor\" (ZAGO, Jorge A., comentario al art. 2005 en el "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido por Alberto J. BUERES y Elena I. HIGHTON, Ed. Hammurabi - Depalma, 2003, t. 4-D, ps. 375 y spte.).- - - - -

-----Siendo el antedicho entendimiento coincidente en un todo, con lo ya expuesto a mediados del pasado siglo XX por Busso, cuando decía que: "la obligación del fiador \es simplemente accesorio. No hay paralelismo de los vínculos, sino subordinación. Si cae la obligación principal, caerá necesariamente la del fiador\"; lo cual "vale igualmente para otras obligaciones en garantía, como la del \liso y llano pagador\ o \principal pagador\, en cuyo caso quien se obligó en beneficio del deudor principal y para seguridad del acreedor, será garante. Aunque su garantía sea más efectiva que la de un fiador, \no por eso dejará de ser garantía: no constituirá una obligación principal y autónoma\" (conf. BUSSO, "Código civil anotado" cit., t. V, p. 91, N° 31 y 31.1). Posición que también fue compartida por Nicolás Halperin, al destacar que la obligación

de quien se compromete como principal pagador es "subsidiaria de otra", y que por ende no existe "la pluralidad e independencia de vínculos que caracteriza a las obligaciones solidarias"; rescatando además que nada puede privar al principal pagador de aducir las normas que rigen la fianza, lo que marca una diferencia radical con el codeudor solidario (conf. HALPERIN, Nicolás, "Condición jurídica del fiador principal pagador", en "Revista Crítica de Jurisprudencia", Año 2, Buenos Aires, 1933, p. 87, texto y nota 5).- - - - -

-----Esta también, ha sido la tendencia seguida por los ///.- ///.-autores que más recientemente se ocuparon en la Argentina del problema del "fiador principal pagador", tales como: el ya mencionado Zago en su participación en el tomo 4-D del "Código Civil" dirigido por Bueres - Highton, publicado en el año 2003; el doctor López de Zavalía en el tomo 5 de su "Teoría de los Contratos", que data del año 1995, donde entre otras cosas expusiera los argumentos luego retomados por Zago y precedentemente transcriptos, y asimismo que: "\"el fiador principal pagador sigue siendo un fiador\", pues de no serlo carecería de sentido la previsión del art. 2013, inc. 3", ya que "el inciso sub examen \"es la demostración legislativa de que quien se obliga como principal pagador es un fiador\", porque si no fuera un fiador ¿cómo se explicaría la excepción? Una excepción se vincula siempre con una regla, presupone una regla. Aquí, la regla presupuesta es que los fiadores gozan del beneficio de excusión, de lo que se sigue que la excepción sub examen razona partiendo de que, \"de no existir la misma, el principal pagador, en su carácter de fiador, gozaría del beneficio\" (LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., "Teoría de los contratos", Zavalía Editor, 1995, t. 5, p. 101, § 142, Nº I.3, y p. 109, § 142, Nº II.3.C); y finalmente el doctor Juan Pablo Rodríguez, quien en su obra sobre el "Contrato de fianza civil y comercial", publicado también en el año 2003, afirma que: "aunque el fiador se obligue como principal pagador, conserva su calidad de fiador... En definitiva, a modo de corolario, podemos decir que el fiador principal pagador se obliga en términos más exigentes que el fiador simple y el solidario, pero no por ello deja de ser un \"fiador\" (RODRIGUEZ, Juan Pablo, "Contrato de fianza civil y comercial", La Ley, 2003-21 y sgte., Nº 5-F); contando además para ello con el manifiesto apoyo de su prologuista, el doctor José María Gastaldi///.- ///11.- (GASTALDI, José María, "Prólogo" a la obra citada en la nota anterior, p. X).- - - - -

-----Y a todo lo dicho corresponde todavía agregar que, según se anticipara, inclusive autores que se han pronunciado en principio en pro de la asimilación del "principal

pagador" con el "codeudor solidario", lo han hecho igualmente con reticencia y formulando salvedades y reservas. En tal sentido, ha dicho Salvat, que: "el principio que equipara la condición del principal pagador al codeudor solidario, no puede tener una interpretación absoluta y literal", no sólo "porque no es posible olvidar que, en definitiva, \lo que las partes han querido es contratar \una fianza\ en la forma de principal pagador\, sino también porque el propio texto parece haber tomado en cuenta esta idea al decir \se obligare como principal pagador\; \no dice que sea un principal pagador, sino que se obliga como tal\, y, entonces, aunque en principio le sean aplicables las disposiciones sobre los codeudores solidarios (art. 2005), \no es posible prescindir de la naturaleza real del acto\". (SALVAT, Raymundo M. - ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", 2ª ed., Tea, T. III, p. 250, N° 2003). O igualmente por Colmo, en el sentido que: "Las excepciones que podría alegar el principal pagador no son propiamente las del art. 715 sino las de los arts. 2020 a 2022. \En estos preceptos el código no distingue, y se refiere a cualquier fiador. Y no tendría por qué distinguir; el principal pagador \se obliga dentro... del papel de deudor adjunto que asume\...\ Y la tesis que sustento tiene corroboración en la mejor doctrina y legislación, donde se verá que \el principal pagador y el fiador solidario son esencialmente la misma cosa\ y \no dejan de ser en el fondo verdaderos fiadores\ (ver COLMO, ///.- ///.-Alfredo, "De las obligaciones en general", 3ª ed., Bs. Aires, Ed. Guillermo Kraft Ltda., ps. 358 y sgte., N° 512-e); expresiones todas éstas, que en definitiva importan un significativo cambio de opinión, que acerca la postura de este autor a la corriente de la "fianza".- - - - -

-----Por último, otros autores, que también asignan al "principal pagador" la calidad de "co-deudor solidario", entienden sin embargo que por más que ello sea así, "si el crédito es indeterminado, la fijación de su monto debe hacerse con intervención del deudor principal" (conf. BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos", Bs. As., Perrot, 1962, t. II, p. 531, N° 1862; COLMO, "De las obligaciones en general", cit., ps. 358 y sgtes., N° 512-e; LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratado de los contratos", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, t. III, p. 491, N° III.2.); pues en verdad, como dice Spota, "la asimilación entre el codeudor solidario y el principal pagador no ha de llevarse \á outrance\, sin tener en cuenta el objeto-fin del respectivo acto jurídico, asimilable en alguna medida, al contrato de garantía en esas materias, para no llegar a un resultado reñido con el funcionalismo social y económico en el ejercicio

de las prerrogativas jurídicas (art. 1071)" (SPOTA, "Instituciones de derecho civil Contratos" cit., t. VIII, p. 232, N° 1743), lo que importa en definitiva la aceptación del carácter "accesorio" de la obligación asumida por el "fiador principal pagador".(el subrayado me pertenece).- - - - -

-----Por último, también nuestra jurisprudencia se ha pronunciado muchas veces en similar sentido, sosteniendo la subsistencia del carácter accesorio de la fianza, aún en el supuesto de que el fiador se hubiese obligado como principal pagador (conf. CNCom., Sala A, 17/5/2000, "Banco Freica///.- ///12.-c.Ravert", LA LEY, 2001-B, 852 (43.330-S); ídem 5/3/98, "Banco de Quilmes c. Franzi", LA LEY, 1998-D, 646; ídem Sala B, 20/4/78, "Indulino S.A. c. Kasakoff", ED, 80-278; ídem Sala C, 28/5/92, "Banco Mayo Coop. Ltda. c. García", DJ, 1992-2-1004; CNPaz, sala III, 25/3/71, "Guzmán c. Disolene Curtoni", LA LEY, 143-189; Cám. Paz Letr., Sala III, 15/7/40, "Atwell c. Casabari", JA, 71-303; etc.); aunque es cierto que también existen abundantes fallos en sentido contrario.- - - - -

-----II) Al respecto, resultan esclarecedoras las razones expuestas por los doctores Jaime ANAYA y Félix A. Trigo Represas para fundar la tesis de que el "fiador principal pagador" conserva su condición de fiador.- - - - -

-----En tal sentido, expresan que la imposibilidad de equiparar al "fiador principal pagador" con el "codeudor solidario", resulta de un cúmulo de circunstancias, a saber:- - - - -

-----a) Distintas fuentes para cada una de las diferentes obligaciones. Uno de los requisitos o presupuestos de la obligación solidaria, según se entiende uniformemente por la doctrina, es que el título o fuente de la obligación debe ser el mismo para todos los sujetos de aquélla (conf. ALTERINI – AMEAL - LOPEZ CABANA, "Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales" cit., p. 524 , N° 1292 y p. 506, N° 1232; AMEAL, Oscar José, su comentario al art. 690 en el "Código Civil...", cit. de BELLUSCIO y ZANNONI, t. 3, p. 300; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", 5* ed., Buenos Aires, Perrot, 1983, T.I, ps.460 y sgts., N° 583; BUSSO, "Código Civil Anotado", cit., 1955, t.V, pág. 48, N° 28/30, y ps. 85 y sgte., N° 7 y 13.1; CAZEAUX- TRIGO REPRESAS, "Derecho de las Obligaciones", cit., T. II, pág. 398, N° 965; COMPAGNUCCI DE CASO Rubén H., "Manual de Obligaciones", Bs. As., Astrea, 1997, p.405, 325; DE GASPERI, Luis – MORELLO, Augusto Mario, ///.- ///.- "Tratado de Derecho Civil", Bs. As., Tea, 1964, T.II, p. 278, N° 838; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Bs. As., Perrot, 1970, t. II, p.

482, N° 1184-c); PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Bs. As., Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 1999, t. I, p. 572, § 268, N° 3), dado que la pluralidad de causas generadoras resulta incompatible con la idea de solidaridad y conduce inexorablemente a la existencia de varias obligaciones distintas (conf. S.C.B.A., 7/2/95, "Ceragioli c. Calatayud", JA, 1996-I-523; Cám. 1ª Civil y Com. San Isidro, Sala 2ª, 26/12/91, "A. y P., R. c. A., O. G.", JA, 1993-III-118).- - - -

----Por el contrario ello no ocurre entre la obligación del deudor principal y la del "fiador principal pagador", que no constituyen una obligación única sino dos diferentes e inconfundibles, y nacen además de otras tantas fuentes separadas (LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 47 y sgte., § 141, N° V-2-C-b); RODRIGUEZ, "Contrato de fianza civil y comercial" cit., p. 19 y sgte., N° 5-a).- - - -

----Pudiendo colegirse, de lo que antecede, que la equiparación del "fiador principal pagador" con el "codeudor solidario" que propone la doctrina de la solidaridad resulta inaceptable en un sistema jurídico como el nuestro (conf. RODRIGUEZ, "Contrato de fianza civil y comercial" cit., p. 20, N° 5-a) in fine).- - - - -

----b) El argumento resultante de lo dispuesto en el art. 2013, inciso 3 del Cód. Civil: El art. 2012 del Cód. Civil concede al "fiador" el "beneficio de excusión", consistente en que, a su pedido, el acreedor deberá dirigir en primer lugar su acción contra todos los bienes del deudor principal.- - - - -

----Pero en el subsiguiente art. 2013 el Cód. Civil ///.- ///13.-establece las excepciones a tal "beneficio", es decir que hay casos en que "no le es necesaria al acreedor la previa excusión"; mencionando allí en su inciso 3, que ello es así: "cuando (el fiador) se obligó como principal pagador". Lo cual permite suponer ante todo que el codificador consideraba al "principal pagador" como un "fiador"; ya que de otra manera no se explica por que reputó necesario privarlo de ese beneficio a través de una disposición específica. Y además desde otra perspectiva, sucede que si al "principal pagador" se le aplicaran de manera exclusiva las disposiciones sobre los codeudores solidarios, la citada norma del art. 2013 inc. 3 importaría una inexplicable incongruencia, en razón de que el "beneficio de excusión" es por completo ajeno y extraño a la solidaridad.- - - - -

----En consecuencia, lógicamente dicha preceptiva sólo puede admitirse, si se acepta que para el ordenamiento civil quien se obliga como "principal pagador" no deja por ello de ser un "fiador", esto es: alguien que asume únicamente una obligación accesoria

de otra principal (conf. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, § 142, ps. 101, N° I.3 y 109, N° II.3; RAMIREZ, "Contrato de fianza civil y comercial", cit., p. 20, N° 5-c); ZAGO en el "Código Civil y normas complementarias...", cit. de BUERES - HIGHTON, t. 4-D, p. 375, § 1-c).- - - - -

-----c) El argumento que se extrae de las consecuencias del "pago con subrogación": El fiador que paga la deuda por el obligado principal, se coloca en virtud del régimen del "pago con subrogación" de los arts. 767 y siguientes del Cód. Civil, en el lugar y grado del acreedor principal, con todos sus beneficios y privilegios anteriores y posteriores a la constitución de la fianza, según así lo dispone además///.- ///.-expresamente el art. 2029 del mismo Código. Y todo ello tiene lugar "sin cesión alguna" o "sin dependencia de la cesión expresa del acreedor", por tratarse de un pago hecho por "otro", por una persona distinta al deudor; tratándose de uno de los supuestos de subrogación legal contemplados en el art. 768 (inciso 2), en los cuales es la ley, por su sola autoridad, la que ubica al pagador en la misma situación jurídica que hasta entonces tenía el acreedor desinteresado.- - - - -

-----Pero además, conforme al art. 2030, el fiador subrogado en los derechos del acreedor puede perseguir el cobro de todo lo que hubiese pagado por capital, intereses y costas, como así también la indemnización de todo perjuicio que le hubiese sobrevenido en razón de la fianza. Y ello marca una nueva diferencia de régimen entre el "fiador solidario" y el "codeudor solidario" (conf. RODRIGUEZ, "Contrato de fianza..." cit., ps. 20 y sgte., N° 5-d), atento que la solidaridad tiene efecto sólo en las relaciones entre la parte acreedora con la parte deudora, y conforme al art. 716 del Cód. Civil la misma desaparece con el pago al titular del crédito, puesto que ya no existe solidaridad entre los distintos codeudores solidarios (conf. ALTERINI - AMEAL - LOPEZ CABANA, ob. cit., p. 531, N° 1320/21; BOFFI BOGGERO, ob. cit., t. 3, p. 574, § 1185; BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", cit., t. I, ps. 475 y sgte., N° 607; BUSSO, ob. cit., t. V, ps. 171, N° 3 y 174, N° 25; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 461, N° 903; DE GASPERI - MORELLO, ob. cit., t. II, ps. 398 y sigtes., N° 938; LLAMBIAS, ob. cit., t. II, ps. 562 y sgte., N° 1263 y 590, N° 1283; REZZONICO, Luis María, "Estudio de las obligaciones", 9ª ed., Bs. Aires, Depalma, 1961, t. I, p. 653; SALVAT - GALLI, ob. cit., t. II, ps. 126 y sgte., N° 978), por lo que quien hubiese pagado íntegramente el crédito del///.- ///14.-acreedor, sólo podrá requerir que sus codeudores le reintegren la parte que a cada uno de ellos le correspondía en la obligación, pero nunca la totalidad de lo por él abonado. En tanto que "es inadmisibile

suponer que un fiador principal pagador se vea obligado a pagar una deuda para luego verse en la imposibilidad de subrogarse por el todo contra el deudor primario" (conf. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 102, § 142, N° 3-B).- - - -

-----De todas maneras debe reconocerse que esta diferencia de régimen está referida solamente a las relaciones internas de "contribución" entre los distintos codeudores, y nada tiene que ver con las relaciones de "obligación" existentes entre el acreedor o los acreedores y sus codeudores.- - - - -

-----d) La ubicación metodológica. También se ha señalado con relación al "fiador principal pagador", que: "no sería lógico, si no se tratase de una fianza, que Vélez Sársfield la haya incluido dentro del Título X, que trata el mencionado contrato a partir del art. 1986 y hasta el art. 2050" (conf. ZAGO, en el "Código Civil y normas complementarias..." cit. de Bueres - Highton, t. 4-D, p. 374, § 1-a).- - - - -

-----e) Los alcances de la solidaridad. Se ha sostenido por los doctores López de Zavalía y Rodríguez, que la verdadera solidaridad transita en dos direcciones, porque si Primus y Secundus son deudores de una obligación solidaria, Primus es codeudor solidario con Secundus y éste es codeudor solidario con aquél. Ahora bien, lo que ha hecho el art. 2005, es tener al principal pagador como codeudor solidario y aplicarle las reglas de los codeudores solidarios; pero de ninguna manera surge de ese texto que al deudor primario se lo conceptúe como codeudor solidario del fiador principal pagador. Y de ahí que, como se ejemplifica, si al lado de Pedro deudor de una///.- ///.-obligación, se ubica a Juan en calidad de principal pagador, lo más que podrá extraerse de la letra del art. 2005 será que Juan es deudor solidario con Pedro, pero no que Pedro sea deudor solidario con Juan.- - - - -

-----Ergo, la solidaridad que pregona el art. 2005, no es la misma solidaridad de los arts. 699 y siguientes. En el supuesto del art. 2005, la solidaridad transita en una sola dirección, se proyecta desde la posición del fiador principal pagador, pero no desde el rol de deudor. Y de ahí que las relaciones entre el deudor principal y el "fiador principal pagador", no se sujeten al art. 717 del Cód. Civil, que se aplica a la solidaridad que transita en ambas direcciones (el resaltado me pertenece). Por todo lo cual: si el "fiador principal pagador" abona la totalidad de la deuda, puede reclamar todo contra el "deudor principal"; en tanto que la inversa no funciona y si el "deudor principal" paga

toda la deuda, nada puede reclamarle en cambio al “fiador principal pagador” (conf. LOPEZ DE ZAVALIA, “Teoría de los Contratos” cit., t. 5, ps. 47 y sgte., § 141, N° 2-C-c); RODRIGUEZ, “Contrato de fianza...”, cit., p. 21, N° 5-e).- - - - -

-----f) La nota de Vélez Sársfield al art. 2004. Finalmente cabe recordar como un argumento adicional, pero sin duda relevante, lo expuesto por el propio codificador en su nota al art. 2004, donde dice que: “La fianza no es sino una obligación accesoria, y \debe guardar siempre este carácter esencial, cualesquiera que sean las modificaciones y las cláusulas más o menos rigurosas, bajo las cuales se ha constituido\”. Concepto lato abarcativo de todo tipo de “fianza”, en el que también debe considerarse comprendido el caso del “fiador principal pagador”, que no es en definitiva más que una categoría especial de fiador, según se ha venido sosteniendo.- - - - -III) El argumento de la supuesta fuente “literal” del artículo 2005 del Código Civil.- - - - -

-----Uno de los argumentos preferidos por los seguidores de la doctrina de la “solidaridad”, es la pretensión de que la fuente literal del art. 2005 del Cód. Civil argentino sería el art. 3311 del “Esboço” de Freitas. No obstante lo cual, pese a su aparente similitud con aquél texto, el del art. 2005 del Cód. Civil argentino no dispone exactamente lo mismo sino algo diferente.- - - - -

-----La divisoria de las aguas en la interpretación que se ha dado en la Argentina pasa por el alcance que se atribuye al art. 2005 del Cód. Civil.- - - - -

-----No obstante que las notas del codificador atribuyen como fuentes a Troplong y a Aubry y Rau, la coincidencia parcial de la terminología de nuestro art. 2005 con la empleada en el art. 3311 del Esboço de Freitas, ha conducido a sostener que fue éste quien inspiró la regla en cuestión y por ende a entender que su alcance debe juzgarse por el que dicha fuente le atribuye. No obstante, con el apoyo de reciente y sólida doctrina, se puede discrepar fundadamente del influjo atribuido, pues, antes bien, del cotejo de los textos resulta un claro apartamiento de esa fuente que, en este caso con razón, el codificador omitió en su nota al citado art. 2005.--

-----Para el cotejo conviene reproducir primeramente el art. 3310, teniendo en cuenta que el 3311 comienza con una salvedad respecto de lo dicho anteriormente, al decir “sin embargo”. En la transcripción de los arts. 3310 y 3311 (Los textos transcritos, están tomados de la edición del Ministerio de Justicia y Negocios Interiores, Servicio de Documentación, Río de Janeiro, 1952) que sigue, se destacarán en bastardilla las

palabras omitidas y se incluirán entre corchetes las ///.- ///.-agregadas por Vélez Sársfield en el art. 2005.- - - - -

-----* Art. 3310: "la fianza solidaria será exclusivamente juzgada por las disposiciones de este Capítulo y no por la de los arts. 1016 a 1024 sobre codeudores solidarios".- - - - -

-----* Art. 3311: "Cuando, sin embargo, alguien se obligare como principal pagador aunque [sea] con la calificación de fiador, no se aplicarán disposiciones de este Capítulo [será deudor solidario y se le aplicarán las disposiciones], sino exclusivamente aquellas otras sobre (los) codeudores solidarios".- - - - -

-----Las diferencias ponen en evidencia dos distintas concepciones. Mientras Freitas se limita a declarar en el art. 3310 la exclusividad de las reglas de la fianza y la inaplicabilidad de las relativas a los codeudores solidarios a la fianza solidaria, Vélez Sársfield acota en el art. 2004 las defensas de las que se priva a la fianza por obra de la solidaridad, disponiendo que carecerán estos fiadores de los beneficios de excusión y de división. Reiteraba así lo dispuesto por el art. 480 del Cód. de Comercio, sin perjuicio de recordar que en el ordenamiento mercantil la pérdida del beneficio de excusión no tiene la mismas amplitud, porque el fiador demandado tiene derecho a la previa interpelación judicial del deudor principal y puede ofrecer a embargo bienes del mismo (art. 481 Cód. de Comercio).- - - - -

-----La cuestión es tanto más relevante en las diferencias entre los arts. 3311 y 2005. El texto argentino suprime por de pronto el "sin embargo", que anticipa una oposición que efectivamente se va a concretar en la norma del Proyecto de Freitas. Esta advertencia está vinculada con la aplicabilidad de las reglas de este Capítulo sobre la fianza, que van a ser eliminadas por el art. 3311 en el juzgamiento del ///.- ///16.-principal pagador de la manera más absoluta: "no se aplicarán disposiciones de este Capítulo sino \exclusivamente\ aquellas otras sobre los codeudores solidarios". Y no fue eso lo que quiso ni lo que dijo Vélez Sársfield, pues no obstante tener a los principales pagadores como codeudores solidarios, no excluyó la aplicabilidad de las disposiciones del Título sobre la fianza, entre las cuales la regla precedente mantiene el principio de la accesoriedad. Y en su nota al art. 2004 apela a la naturaleza de las cosas para reiterar, según ya se viera, que: "la fianza no es sino una obligación accesorio y debe guardar siempre este carácter \esencial\, cualesquiera que sean las modificaciones y las cláusulas más o menos rigurosas bajo las cuales se ha constituido".- - - - -

-----Vélez Sársfield se apartó por ende decisivamente del Esboço, porque mantuvo al principal pagador dentro del Título "De la fianza" y en modo alguno excluyó la

aplicabilidad de sus reglas; y si bien remitió asimismo a las disposiciones sobre los codeudores solidarios, no lo hizo con el carácter absoluto y exclusivo que adoptó Freitas, sino que cabe entender "en cuanto no contraríen la naturaleza de las cosas", según las propias palabras de Vélez. Y entre las disposiciones aplicables del Título que no pueden ser desplazadas por las reglas de los codeudores solidarios se encuentra la ya citada del art. 1995: "El fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal", sin que ello condujera a negar el carácter accesorio de su obligación.-----

-----Por último y a mayor abundamiento, cabe destacar que es otra muy distinta la opinión de Aubry y Rau, "fuente" citada por Vélez Sársfield en su nota al propio art. 2005, quienes expresan en la misma obra y texto que allí se menciona lo siguiente: "la fianza no es más que una obligación ///.- ///.-accesoria, y que conserva ese carácter esencial, cualesquiera fuesen las modalidades y las cláusulas más o menos rigurosas que se hubiesen consentido", como asimismo que todo ello resultaba igualmente aplicable en el caso de que la caución se hubiese otorgado "solidariamente y como principal pagador" (ver AUBRY y RAU, M. M., "Cours de Droit Civil Français", 5ª ed. por M. Etienne Bartin, Paris, 1920, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, G. Godde successeur, t. 6, p. 217, § 423 y nota 7). Lo que en suma equivale a decir que, como lo apuntara un destacado civilista clásico argentino: "Aunque el fiador se hubiera obligado como principal pagador, no dejaría de ser fiador" (MACHADO, José Olegario, "Exposición y comentario del Código Civil argentino", 2ª ed., Bs. As., Librería e imprenta Europea de M. A. Rosas, 1919, t. V, ps. 355 y sigte., § 551, texto y nota al art. 2005. Y en igual sentido: ACUÑA ANZORENA, Arturo, "adiciones" en SALVAT - ACUÑA ANZORENA, "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", cit. t. III, p. 251, nota 26-a).-----

-----Y en cuanto a la otra fuente citada en la nota al art. 2005, que corresponde a "Troplong, 523" (ver TROPLONG, Raymond Théodore, "Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code Civil", Paris, Charles Hingray Librairie Editeur, 1846, t. XVII, ps. 441 y sigte., y Nº 503 (no el "523" erróneamente mencionado en la nota de Vélez al art. 2005), la misma resulta equivocada, dado que allí este autor se limita a hablar del caso en que "el fiador se hubiera obligado como deudor principal", que no es por cierto de lo que trata el art. 2005, que en verdad se ocupa de la hipótesis en que lo hubiese hecho como "principal pagador"; siendo esto en cambio lo que sí examinan Aubry y Rau, según se acaba de ver (conf. LOPEZ///.- ///17.-DE ZAVALIA, "Teoría de

los contratos" cit., t. 5, p. 49, N° 3-b).- - - - -

-----IV) Finalmente, y no por abundante, resulta también de suma importancia señalar, a fin de la dilucidación de la cuestión traída a examen, las diferencias de régimen entre las situaciones de "codeudor solidario", "fiador solidario" y "fiador principal pagador" expuestas por los destacados doctores ANAYA - TRIGO REPRESAS.- - - - -

- - - -

-----Es que sin perjuicio de todo lo que antecede, resulta también fundamental precisar en que consiste el régimen jurídico de cada una de esas tres figuras: "codeudor solidario", "fiador solidario" y "fiador principal pagador", y ver cuáles son las diferencias existentes entre cada de una de ellas, máxime atento que en una visión panorámica resultan todas bastante parecidas, presentando notorias similitudes; siendo por ello que se ha podido decir, que en torno a todo este debate "existe... más \polvareda que substancia\" (conf. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 52, § 141, N° V. 5).- - - - -

-----Así en efecto, en lo que atañe propiamente a las relaciones de "obligación" entre el acreedor y los codeudores solidarios o su o sus fiadores solidarios, lo cierto es que aquél siempre puede demandar íntegramente "la totalidad del objeto" de la obligación contra uno cualquiera de estos últimos, fuesen éstos "codeudores solidarios", "fiador" o "fiadores solidarios" o "fiador principal pagador" (arts. 699, 2004, 2005 y concordantes Cód. Civil). No obstante lo cual, sin duda existen algunas diferencias entre esas distintas situaciones.- - - - -

-----Con relación ante todo al "fiador solidario", su asimilación al "codeudor solidario" estriba en que no ///.- ///.- puede invocar los beneficio de "excusión" y de "división" (arts. 2004 y 2013 inc. 2 Cód. Civil); es decir, pretender que primero se ejecuten los bienes del deudor principal, o, de ser más de uno los garantes, que se le permita desligarse mediante el pago de sólo la parte proporcional que le pudiera corresponder en el total de lo debido. Pero fuera de ello, el "fiador solidario" está habilitado para hacer valer todos los otros derechos que le pueden corresponder a quien no está obligado como deudor, sino que simplemente responde por "otro" (el obligado principal) y para el caso de que éste no cumpla. O sea que la solidaridad no cambia la naturaleza de la "fianza", que continúa siendo una obligación accesoria y que jamás puede ser más extensa que la del deudor principal, ni sobrevivirla; produciendo el solo efecto de colocar al fiador en la misma línea que el deudor principal, con relación a la exigibilidad del crédito.- - - - -

-----Tampoco existe jurisprudencia que haya impuesto al principal pagador el pago de una obligación mayor que la del deudor o determinado su monto con prescindencia del deudor principal.- - - - -

-----En lo que atañe concretamente a la situación del "fiador principal pagador" que es la que realmente importa en el caso en examen, sin duda la misma ha de ser todavía algo más severa que la del mero "fiador solidario", en razón de tratarse de una figura con la que se ha procurado brindarle aún mayores ventajas o garantías a la parte acreedora. Por supuesto que el "fiador principal pagador" tampoco puede invocar los beneficios de "excusión" y de "división", pero en este aspecto su status resulta ser idéntico al ya visto del "fiador solidario". De ahí que la verdadera diferencia entre la situación del "fiador solidario" y la del "fiador principal pagador", deba ///.- ///18.- buscarse entonces en alguna otra circunstancia.-

-----Ahora bien en materia de fianza mercantil, el agregado de la estipulación de principal pagador sólo conduce a suprimir la accesoriedad subjetiva, aunque sin mengua de la objetiva (Véase la distinción que realiza el art. 524 del Código Civil, cuando dispone: "Las obligaciones son principales o accesorias con relación a su objeto, o con relación a las personas obligadas. Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como son las cláusulas penales. Las obligaciones son accesorias a las personas obligadas, cuando éstas las contrajeren como garantes o fiadores..."); eliminando las facultades que tiene el fiador solidario, conforme a lo dispuesto por los arts. 480 y 481 del Cód. de Comercio, de poder exigir la previa interpelación judicial al deudor principal antes de cualquier reclamo en su contra y también de poder ofrecer bienes de aquél a embargo. Ocurriendo igualmente en materia civil algo parecido, puesto que el "fiador solidario" también tiene derecho a exigir que antes de que el pago le pueda ser reclamado a él, previamente le haya sido requerido al deudor principal, según así resulta del texto del art. 2004 del Cód. Civil, cuando en el "in fine" de su primera parte dice que la condición de solidaridad "no le quita a la fianza su carácter de obligación accesorio, y \no hace al fiador deudor \directo\ de la obligación principal\" (conf. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 22, § 141, N° II.6 y p. 53, § 141, N° V.6); lo cual ha sido tenido como, precisamente, lo que permite calificar de subsidiaria a la obligación del fiador solidario (conf. FERNANDEZ, Raymundo L., "Código de Comercio de la República Argentina comentado", Buenos Aires, Talleres Gráficos A. Wolter, 1950, t. II, ///.- ///.-p. 383, nota 1).- - - - -

-----Muy por el contrario, en el caso de "fiador principal pagador" desaparece tal subsidiariedad, pues como bien se ha dicho, el mismo está "sujeto a una relación accesoria, (pero) no lo está a una obligación subsidiaria: el acreedor puede dirigirse contra el fiador principal pagador sin necesidad de requerir previamente al deudor"; siendo por cierto esta circunstancia la que "denota su carácter de '\principal\' pagador, pues no siendo principal deudor, es principal a los efectos del pago, y el acreedor tiene derecho a requerirle el pago en primer término" (conf. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 53, § 141, N° V.6; RODRIGUEZ, "Contrato de fianza...", cit., ps. 22 y sgte., N° 5-F).- - -

-----En consecuencia, la obligación del "fiador principal pagador no es subsidiaria, porque frente al pago él es principal, pero es accesoria" (conf. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos", cit., t. 5, p. 53, § 141, N° V.6; RODRIGUEZ, "Contrato de fianza...", cit., ps. 22, N° 5-F); Cám. Nac. Comercial, sala A, 18/3/98, "Club Hípico Argentino c. Muñoz", LA LEY, 1999-B, 564); por lo que en consecuencia la misma continúa subordinada a la existencia y vicisitudes del debitum principal al que garantiza (arts. 523 a 525 y concordantes Cód. Civil y su doctrina). Algo que ya había sido anticipado en 1938 por Lorenzo Carnelli, cuando decía que: "las palabras '\fiador, liso y llano pagador\'', de acuerdo con su verdadero sentido gramatical, con la interpretación común que se le ha dado, y que se le da invariablemente por la doctrina y la jurisprudencia, excluyen de la obligación del fiador el carácter subsidiario que tendría si hubiera quedado en fianza ordinaria" (ver CARNELLI, Lorenzo, "Concepto de liso y llano pagador", en La Ley, t. 12, sección doctrina, p. 157, 1ª///.- ///19.-columna, penúltimo párrafo).- - - - -

-----Por lo tanto, dado que conforme a lo expuesto precedentemente, el "principal pagador" conserva su condición de "fiador", como así el carácter "accesorio" que la fianza tiene con relación al "debitum" principal que refuerza; va de suyo que, como ya se anticipara, también habrá de resultar de aplicación a su respecto la extinción por vía de consecuencia una vez fenecida la obligación principal, según se prevé en el art. 2042 del Cód. Civil (conf. ZAGO, en el "Código Civil y normas complementarias...", cit. de Bueres - Highton, t. 4-D, p. 374, § 1-a).- - - - -

-----No obstante que ello casi no difiere en punto a lo que sucede con relación a los mismos deudores solidarios; ya que el cumplimiento o pago íntegro hecho por uno cualquiera de ellos extingue toda la obligación (arts. 724, 725 y sptes. Cód. Civil), e igualmente, conforme al art. 707 del Cód. Civil: "La '\novación, compensación o

remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación". Máxime teniendo en cuenta que conforme a la primer parte del art. 715 del Cód. Civil: "Cada uno de los deudores puede oponer a la acción del acreedor, \todas las excepciones que sean comunes a todos los codeudores", y que entre éstas la doctrina menciona uniformemente a todas las causas de extinción de las obligaciones (pago, novación, compensación, remisión, etc.) (conf. ALTERINI - AMEAL - LOPEZ CABANA, "Derecho de obligaciones", cit., p. 535, N° 1345; AMEAL, en el "Cód. Civil...", cit. de Belluscio-Zannoni, t. 3, ps. 359 y sgtes.; BOFFI BOGGERO, "Tratado de las obligaciones", cit., t. 3, p. 563, § 1165; BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", cit., t. I, p. 406, N° 604; BUSSO, "Código Civil ///.- ///.- anotado", cit., t. V, p. 159, N° 7; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las Obligaciones", cit., t. II, p. 450, N° 896; COLMO, "De las Obligaciones en General", cit., p. 357, N° 508; DE GASPERI - MORELLO, ob. cit., t. II, p. 395, N° 934; LAFAILLE, "Tratado de las Obligaciones", cit., t. II, p. 240, N° 1146; LLAMBIAS, "Trat. de Derecho Civil Obligaciones", cit., t. II, p. 581, N° 1273; REZZONICO, "Estudio de las Obligaciones", cit., t. I, p. 649; SALVAT - GALLI, "Tratado de Derecho Civil... Obligaciones en General", cit., t. II, p. 105, N° 946/47).- - - - -

-----Por el contrario, la segunda parte del primer párrafo del art. 715 veda a los codeudores hacer valer las excepciones o defensas "personales" de los otros coobligados. Estando en cambio facultado el "fiador solidario", para "oponer al acreedor todas las excepciones... que podría oponerle el deudor principal en la fianza simple..." (art. 2020, Cód. Civil), u otras defensas personales del mismo que apunten a que "la obligación nunca existió, o está extinguida, o es de un acto o contrato nulo o anulado" (art. 1994, Cód. Civil), etc.; todo en razón de que la fianza solidaria sigue siendo empero una obligación "accesoria" (art. 2004, Cód. Civil).- - - - -

-----Aunque aún así la diferencia resulta ser de muy poca monta, por cuanto de todas maneras la referencia del art. 715 a la inoponibilidad por un coobligado de las excepciones "personales" de otro codeudor, se refiere en concreto nada más que a las "estrictamente personales", es decir a aquéllas relacionadas exclusivamente con uno de los obligados y que de ningún modo pueden aprovechar a los demás, como ser: causas de nulidad que afectan solamente a uno de ellos, sea por su falta de capacidad, o por existencia de error, dolo o violencia nada más que a su respecto; las modalidades (plazo, condición, ///.- ///20.-cargo suspensivo y resolutorio) que atañen nada más que a uno de

los deudores; o el concordato o "acuerdo" arribado en un concurso y la carta de pago que beneficia a un solo deudor (ANAYA, Jaime - TRIGO REPRESAS, Felix A., El "principal pagador" en el derecho civil y en el derecho comercial, Publicado en: LA LEY 2006-A, 1153).-----

-----Es importante destacar que en el mismo sentido, FRESNEDA, ESBORRAZ Y HERNADEZ, con sustento en el carácter de obligado accesorio que reviste el principal pagador, postulan la posibilidad de recurrir a las causas de extinción contempladas en el Título "De la fianza". Los planteos en esta dirección se han multiplicado en los últimos años (los ya citados Anaya - Trigo Represas; Nicolau), pero el que mayor esfuerzo ha dedicado al tema es LOPEZ de ZAVALIA, quien admite expresamente que el fiador principal pagador puede invocar todas las normas relativas a la extinción de la fianza tanto por vía de consecuencia, esto es, las concernientes a la novación (art. 2047), renuncia y remisión (art. 2049) y dación en pago (art. 2050), como también las causales reguladas en los artículo 2043/2046) (conf. HERNADEZ, Carlos, comentario al art. 2042 en el Código Civil Comentado. Contratos. Parte Especial, dirigido por Ricardo LORENZETTI, Ed. Rubinzal Culzoni, T.II, p.725).-----

-----V) Ahora bien, habiendo concluido que el principal pagador sigue siendo, en definitiva, un fiador, esto es un obligado accesorio, que tiene la posibilidad de recurrir e invocar todas las normas relativas a la extinción de la fianza, entre las cuales se encuentra la causal invocada por las co-demandadas que prevé el artículo 2046 del Código Civil, corresponde ahora determinar, en el caso en examen, las consecuencia y efectos jurídicos que a partir de la posición doctrinaria adoptada///.- ///.-en el presente voto, con respecto al citado art. 2005 se impone asignar al referido planteo.-----

-----Al respecto, el artículo 2046 establece que: "La prórroga del plazo del pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza."-----

-----La norma antes transcrita es clara al establecer la extinción del contrato de fianza cuando el acreedor, sin intervención de la otra parte, su fiador, conviene con su deudor principal la prórroga del plazo original convenido entre las partes. Ello como consecuencia de que unilateralmente se ha modificado uno de los presupuestos básicos tenido en cuenta por una de las partes, quien se constituyó en obligado por la deuda que correspondía a otro, pudiendo haberlo hecho en atención al tiempo previsto originariamente, que era el que regía también para su contrato de fianza.-----

-----En tal sentido, se ha dicho que si con posterioridad a ello y sin su intervención, la otra parte del convenio, el acreedor, resuelve unilateralmente modificarlo, resulta justo que la parte no consultada ni anoticiada del cambio quede desobligada de su compromiso, ya que no participó en la modificación de la ley que lo tenía como legislador (conf. ZAGO, en el "Código Civil y normas complementarias..." cit. de BURES - HIGHTON, T. 4-D, p. 473).-----

-----El fundamento de la disposición está en el cambio de las condiciones originariamente previstas para el cumplimiento de la obligación, que no ha sido consentido por el fiador. Es que debe considerarse que la prórroga puede perjudicar al fiador, puesto que para él representa un mayor riesgo de tener que soportar la insolvencia del deudor y, por tal razón, aunque no constituya novación, no puede serle impuesta (conf. BELLUSCIO -ZANNONI, Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado,///.- ///21.-Anotado y Concordado, Ed. Astrea, T. 9, p.581).-----

-----En tal orden de ideas, corresponde considerar que el contrato de compraventa de acciones, celebrado el 7 de marzo de 1992, entre las firmas compradoras - Emprendimientos Bariloche S.A. y Catedral Turismo S.A.- y el actor fue modificado el 23-03-1993 (ver fs. 19 vta.) habiendo consistido dicha modificación en una prórroga del plazo de pago, pactada entre las partes vendedora y compradora, sin el consentimiento e intervención de los "fiadores principales pagadores".-----

-----Vale recordar aquí que la fianza emitida por los ahora co-demandados, fue otorgada en instrumento separado (según obra agregado a fs. 14 de estos autos), y que la misma nunca fue aceptada por la parte vendedora –quien sostiene que la promoción de la presente acción contra los fiadores debe entenderse como aceptación tácita de la misma-, a lo que se agrega que la pre-aludida modificación contractual es anterior a la promoción de la demanda de autos.-----

-----Así, conforme a la posición doctrinaria adoptada respecto al art. 2005 y a tenor de lo dispuesto por el art. 2046 del Código Civil, resulta que en el caso de autos, se produjo inexorablemente la extinción de la fianza ofrecida oportunamente mediante el instrumento de fs. 14.-----

-----Al respecto, se ha dicho que: "Aún cuando le sean aplicables al "principal pagador" las disposiciones sobre los codeudores solidarios (conf. art 2005 del Código Civil), el alcance de dicha obligación no puede proyectarse fuera del ámbito que le es propio, esto

es, el del contrato por el que entendió obligarse. En este sentido, la circunstancia de tratarse de un deudor solidario o de haberse estipulado que respondería por el cumplimiento del contrato “hasta la desocupación total del departamento locado y entrega ///.- ///.-efectiva de las llaves”, no puede derivar en la imposición de una nueva obligación -distinta o más gravosa que la asumida- si no media intervención y consentimiento del codeudor; lo que constituye la ratio del citado art. 2046 del Código Civil.” (CSJN., Fallos 320: 750; idem CSJN., “González, Arístides c. Telo, Rodolfo C. y otro”, del 23.03.2004, La Ley 2004-D,84); “Es inoponible al fiador que asumió su obligación como "principal pagador" la prórroga del contrato de locación.” (CSJN., “Rodríguez Hernández, Lorenza c/Garde, Augusto Carlos y otros s/Recurso de Hecho”, del 29/04/1997); “La prórroga del contrato de locación pactada entre el locador y el inquilino, sin intervención del fiador, le es inoponible a este último, pues en tanto el fiador sólo ha entendido obligarse por el término previsto en el contrato, resulta inadmisibles extender su responsabilidad a un nuevo contrato como es el que resulta del acuerdo en el cual se prolonga la duración pactada originariamente.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, del 14/11/2003, “Ireba, Jorge c. Balaña, Carlos”, DJ 2004-3, 456); “Sea la prórroga de la locación expresa o tácita, y aunque se entienda que no existe "novación" es forzoso aplicar lo previsto por el Código en materia de fianza, cuando estipula en el art. 2046 que "la prórroga del plazo del pago hecha por el acreedor sin consentimiento del fiador, extingue la fianza" (Disidencia del doctor Moisset de Espanés). (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala civil y comercial, del 12/04/1994, “Ferrari, Oscar F. c. Martínez, Alberto A. y otro”, LLC 1994, 693); “Conforme con el art. 2046 del Cód. Civil, la prórroga del plazo de pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza.” (Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, del 16/10/1986, “Leonardi de Fauque, ///.- ///22.-Lucía B. c. Adomat, Ana M. y otro”, DJ 1987-1, 39); “La prórroga del plazo de pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador extingue la fianza (art. 2046 del Código Civil), y si por pago ha de entenderse el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una de dar (art. 725 del Código Civil), fácil resulta concluir también, que las prórrogas concedidas por el locador para el cumplimiento de la obligación de restituir el inmueble locado, sin intervención de los fiadores, han tenido el efecto extintivo antes anunciado (art. 163 incs. 5 y 6 del C.P.C.).” (CACyC., LA PLATA, BUENOS AIRES, Cámara 02, Sala 02, “Masnaguetti, María A. y ot. c/Santoni, Pedro P. D. y ot. s/

Desalojo”, del 17/06/1999); “Extingue la fianza la prórroga del plazo del pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador.” (CACyC., MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES, Cámara 01, Sala 02 “Frysberg de Guelman María c/Uccelli María Cristina y otro s/Ejecución”, 14/04/1998).- - - - -

-----VI) En consecuencia, en la consideración de que lo dicho respecto a los efectos jurídicos de la modificación del contrato de compraventa de acciones en cuestión (prórroga del plazo de cumplimiento de pago del precio de compraventa sin consentimiento e intervención de los fiadores) resulta definitorio para la resolución de la presente contienda en relación a los co-demandado fiadores recurridos, quienes a tenor del criterio doctrinario y jurisprudencial asumido en mi voto, resultan eximidos de responder por las obligaciones contraídas por sus afianzadas y que son demandadas en estos autos.- - - - -

-----En lo que respecta a los planteos oportunamente introducidos y mantenidos en las contestaciones del recurso/// ///.-de casación, referentes a la renuncia del actor al 60% de su privilegio en el concurso preventivo de Emprendimiento Bariloche S.A., ha devenido abstracto, motivo éste que ahora me exime de darle tratamiento.- - - - -

-----VII) Por último, en cuanto a las costas del presente recurso, propongo imponerlas en el orden causado, en razón de no existir hasta la fecha de la presente doctrina de este Superior Tribunal, con relación a la específica, particular y compleja cuestión debatida en autos. ASI VOTO.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Sodero Nievas dijo:- - - - -
- - - - -

-----Adhiero en un todo a los fundamentos y solución propuesta por el distinguido colega que me precede en el orden de votación, y agrego las siguientes consideraciones:- - - - -

-----Nos encontramos en el caso en examen, frente al controvertido esquema del art. 2005 del Código Civil, norma esta que dispone que “Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios”.- - - - -
-

-----Como bien lo advirtiera en su voto el Dr. Ballardini, el fiador principal pagador contemplado en el texto del art. 2005 antes transcripto ha recibido una variada y torturada lectura en la doctrina nacional. Se han sustentado diversas tesis.- - -

-----A grandes rasgos, siguiendo la obra de Fernando J. López de Zavalía (Teoría de los Contratos, Tomo 5 - Parte Especial, ps. 41 y sgtes) podemos decir que mientras unos afirman que en tal caso no hay fianza, prefieren otros enseñar que sigue habiendo fianza. Pero sólo a grandes rasgos, porque luego se advierte que falta indagar, respecto de los que niegan que haya fianza, lo que de positivo realmente encuentran y respecto///.- ///23.-a los que afirman que sigue habiendo fianza, en qué medida lo sustentan. No es fácil la catalogación de cada uno de los autores, porque, por un lado, algunos no son suficientemente explícitos y, por el otro, no siempre se encargan de precisar todas las consecuencias de las tesis que adoptan para poder valorar hasta dónde se alejan de otras tesis aparentemente contrarias. Como sería harto fatigoso -y ajeno a los fines de autos- me limitaré -siguiendo al autor citado- a ubicarlos según los respectivos puntos de partida:- - - - -

-----I. 1) Doctrina de la solidaridad. De entre los viejos autores, Segovia y Llerena interpretan el art. 2005 en el sentido de que no hay fianza (Segovia, Código Civil, sobre el art. 2007 de su numeración; Llerena, Concordancias y comentarios, sobre el art. 2005). El primero, en su estilo lacónico, ha dado el mayor número de argumentos que - hasta la fecha- se hayan encontrado a favor de la tesis que niega la existencia de fianza y ha afirmado rotundamente una de las consecuencias que se sigue de la doctrina de la solidaridad que sustenta: la inaplicabilidad de los arts. 2020/2 y la sujeción del principal pagador al régimen de excepciones del art. 715.-

-----Lafaille niega también la existencia de fianza, sin perjuicio de incluir el caso entre las garantías personales, lo que no implica una inconsecuencia, pues observa que también a través de la solidaridad puede llegarse a una garantía (Lafaille, Curso, númes. 200 y 205 y Tratado de las Obligaciones, Nº 1129); Garrido se limita a dejar sentada su opinión en el sentido de que no hay fianza (Garrido - Zago, Contratos Civiles y Comerciales, T. II, pág. 564 -y allí, las opiniones discondantes de los autores-). Fue también la posición del Anteproyecto de Código Civil de 1954, cuyo art. 1378 establecía: “Cuando alguien se obligare como ///.- ///.-principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, cuya deuda se regirá por las normas del Capítulo III, Título IV de este Libro, y no por las del presente Título”.- - - - -

-----2) Doctrina de la solidaridad excepcional. Su representante más ilustre es Colmo (De las obligaciones en general, núms. 501 y 512, d y e.). Si Segovia dio el mayor

número de argumentos a favor de la solidaridad, Colmo se especializó en presentar el mayor número de consecuencias: inaplicabilidad de los arts. 2020/2, 2043, 2046. No le agradaron a Colmo esas consecuencias que detectó en un análisis de la jurisprudencia imperante en materia de fianza de locación de cosas, pero no encontrando otro modo de escapar a la letra del art. 2005, concluyó circunscribiéndola a un caso muy especial:- - -

-----a) Para Colmo, en el art. 2005 “se parte del supuesto de que medie una deuda indubitable tanto en existencia como en cantidad”, de la hipótesis de “una obligación cabalmente establecida e indiscutible, como por ejemplo, la que consta en documento firmado (pagaré, reconocimiento de deuda, etc.) por deudor y fiador” pues es evidente “que en tal caso el fiador principal pagador se hace deudor directo y solidario, y así podría ser demandado como un cabal deudor solidario”.- - - -

-----b) Fuera de esos casos, descarta el art. 2005.- - - - -

-----3) Doctrina de la Fianza. La dificultad de catalogar a los autores en las distintas corrientes se hace sentir aquí en grado intenso.- - - - -

-----¿Hay algún autor que haya sustentado, pese al art. 2005, que hay fianza y no solidaridad? Si conceptuamos que la piedra de toque para detectar si un autor se pronuncia por la fianza o la solidaridad consiste en la posición que asume frente a///-///24.-las excepciones oponibles, tendremos que concluir que Busso sostiene la doctrina de la fianza, pues enseña que al fiador principal pagador se le aplican los arts. 2020/2 y no el art. 715, bien entendido, en cuanto haya obligado en beneficio del deudor principal y para seguridad del acreedor, ya que en esto “más que a las palabras hay que atenerse al fondo de la cuestión” (BUSSO, Código Civil, sobre el art. 699, n* 31.1).- -

-----Bien mirado, Colmo mismo puede ser ubicado en esta línea, para todos los casos que no entran en la solidaridad excepcional que definió (supra, aquí, sub b) ya que - fuera de ello- fue concluyente en el sentido de que “las excepciones que puede alegar el principal pagador no son propiamente las del art. 715 sino las de los arts. 2020 a 2022” (Colmo, op, cit., n* 512,e).- - - - -

-----Y retrocediendo a los viejos autores, hay que tener presente a Machado quien nos adoctrina “porque en realidad no deja de ser fiador con relación al deudor principal, y si el acreedor puede considerarlo como co-deudor solidario respecto a la ejecución y pago, es siempre fiador (Machado, Exposición, sobre el art. 2005).- - - - -

-----4) Doctrinas intermedias. Otros autores se ubican en posiciones intermedias en las que combinan reglas de la fianza con las de la solidaridad, ya dando prevalencia a éstas, ya a aquéllas. En esta línea ubicamos a Salvat, Borda, Spota, Wayar y Zago.-----

-----5) Luego de hacer una síntesis de las distintas posturas respecto a la naturaleza jurídica del fiador principal pagador, siguiendo la opinión del López de Zavalía, adhiero a la doctrina intermedia, con la aclaración de que lo que combinamos es una fianza con una solidaridad por extensión.-----

-----II. El tema de la calificación por las partes.--- ///.-

///.-De Segovia he dicho que es quien ha expuesto mayor cúmulo de argumentos en favor de la tesis de la solidaridad. Como la combatiré, es contra la postura de este ilustre jurista que debo enfrentarme.-----

-----Segovia arranca de un principio indiscutible: no interesa el nombre que las partes hayan dado al acto, sino la substancia del mismo. Según ese jurista, tal es el principio que el Código aplica en este texto, pues pese a que las partes llamaron al contrato “fianza”, declara que no hay fianza. Es lo que Segovia recuerda con el axioma sermo rei non res sermoni subjicitur, remitiéndose a lo que había dicho en la nota 9 in fine, a la altura del art. 1144 de su numeración.-----

-----Estoy de acuerdo en que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son; y así v.g., no interesa que las partes llamen “compraventa” a lo que es permuta, pues permuta seguirá siendo. Tal es la regla que resulta de la doctrina del art. 1326. Por eso, no interesa que las partes llamen “fianza” a lo que sea solidaridad, como -a la inversa- tampoco interesa que las partes llamen “solidaridad” a lo que sea fianza, pues fianza seguirá siendo.-----

-----Pero, para hacer prevalecer la calificación que resulta del contenido sobre la que pretenden las partes, es preciso que aquélla sea incompatible con ésta. Por lo que luego dire, no observo que se dé esa incompatibilidad, presentándose, simplemente, una especie particular de fianza.-----

-----Tampoco niego que dueño es el legislador -si así lo quiere- de prescribir que, en la especie, no haya fianza. Pero ¿lo ha hecho? Segovia extrae una respuesta afirmativa del “aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario” y explica así la disposición del art. 2013, inc. 3 que niega al principal pagador el beneficio de excusión.- ///.- ///25.-Siguiendo a López de Zavalía, observo que:-----

-----a) Vélez no ha negado que haya fianza. Por el contrario, se ha resistido a hacerlo,

como luego explicare en el punto III.- - - - -

-----b) Si algo puede deducirse del art. 2013 inc. 3, es precisamente que el principal pagador sigue siendo fiador, pues si no lo fuera ¿para que se preocuparía el Código de privarlo de tal beneficio, del que, en principio, gozan los fiadores (art. 2012)?- - - - -

-----c) Tampoco puede sostenerse que el Código haya afirmado la existencia de solidaridad. No está sólo el argumento en base a comparación con la fuente literal sino algo más profundo.- - -

-----No niego que el art. 2005 prescribe que el principal pagador “será deudor solidario y se le aplicarán las disposiciones sobre codeudores solidarios”. ¿Como negarlo, si eso dice la letra? Lo que niego es que emplee el vocablo “solidario” en el sentido de los texto donde legisla la solidaridad.- - - - -

-----Es visible que el Código en el art. 2004 empleó los vocablos “solidaridad” y “solidario” con un sentido particular. Ya hay razón para suponer que cae en otra particularidad cuando acude al “solidarios” en el art. 2005. Ello, porque “solidarios” en el art. 2005 no puede significar lo mismo que “solidarios” en los arts. 699 y sgts.- - - - -

-----1) La solidaridad voluntaria del art. 699 exige unidad de título constitutivo. No hay esa unidad de título de la obligación del deudor y de la de fiador principal pagador. En el contrato que celebra el fiador principal pagador con el acreedor, no interviene el deudor de la obligación principal.-

-----Lo más que puede darse es una unidad instrumental en la que figure el contrato del deudor con el acreedor y el ///.- ///.-contrato de fianza que éste celebra con el fiador principal pagador. Pero, por un lado, esa unidad instrumental (que en el caso en examen no se da) no equivale a unidad de título, y por otro, aunque en la vida de los negocios esa unidad instrumental sea un hecho frecuente, no es esencial y podemos imaginar principales pagadores que se obliguen por instrumento separado, especialmente cuando su promesa no es coetánea con la del deudor primario, tanto más cuanto que la obligación de éste puede no emerger de promesa, sino, v.g., de acto ilícito.- - -

-----2) La solidaridad supone unidad de obligación y pluralidad de vínculos. Ante la figura del fiador principal pagador mal puede hablarse de unidad de obligación, cuando nos encontramos con obligaciones emergentes de títulos distintos. Y no sólo se trata entonces de dos obligaciones, sino que, incluso, estamos ante obligaciones de un

contenido distinto. El fiador del art. 2005 no se obliga como “principal deudor” sino como “principal pagador” y la distinción que así establecemos dista mucho de ser una sutileza, porque, ¿es acaso lo mismo “principal deudor” que “principal pagador”?.- - -

-----Me niego a admitirlo. Quien se obliga como principal deudor lo que está haciendo es una expromisión imperfecta (art. 815 a contrario), en tanto que quien se obliga como principal pagador está anticipando una conducta que podría asumir en el momento del pago, haciéndolo como tercero. Son dos actitudes distintas que un sector de los romanistas encuentran en el *constitutum debiti alieni*, como lo señaláramos precedentemente.- - - - -

-----3) La verdadera solidaridad transita en dos direcciones, porque si Primus y Secundus son deudores de una obligación solidaria, Primus es codeudor solidario con Secundus, y Secundus es codeudor solidario con Primus.- - - - - ///.- ///26.-
¿Pretende eso el art. 2005? No. Lo único que el texto afirma es que el principal pagador se lo conceptúa deudor solidario y se le aplican las reglas de los codeudores solidarios. Pero de ninguna parte del texto surge que al deudor primario se lo conceptúe codeudor solidario del fiador principal pagador.- - - - -

-----De allí que, si al lado de Pedro deudor de una obligación, se ubica Juan en calidad de principal pagador, lo más que podrá extraerse de la letra del art. 2005 será que Juan es deudor solidario con Pedro, pero no que Pedro sea deudor solidario con Juan.- - - - -

-----¿Es eso “solidaridad”? No: “solidaridad”, aquí, es una voz que no está empleada en el sentido propio, sino en uno que -por darle un nombre- López de Zavalía califica de “extensivo”.- - -

-----4) Al afirmarlo así, no estoy incurriendo en un mero juego de palabras, pues esa diferencia conceptual tiene su importancia práctica:- - - - -

-----a) Las relaciones entre Pedro (deudor) y Juan (fiador principal pagador) no se sujetan al art. 717, que parte de la base de que haya codeudores solidarios en ambas direcciones. Aquí la caracterización de “codeudor solidario” hecha por el art. 2004 es en una sola dirección. Pagando Pedro el todo, nada puede reclamar contra Juan; Juan, pagando el todo, ese todo lo reclama contra Pedro.- - - - -

-----b) Las relaciones con el acreedor presentan, también, sus diferencias con las de una obligación solidaria. No se queje Juan (fiador principal pagador) que la interrupción de la prescripción contra Pedro le perjudique; tal es la consecuencia, considéreselo fiador o

codeudor solidario (arts. 3997 y 713). Pero no pretenda el acreedor que la interrupción contra Juan afecte a Pedro, ya que éste no es codeudor///.- ///.-solidario. - - - - -

-----III. Las fuentes de nuestro texto. Podemos citar entre las posibles:- - - - -

-----1) La inmediata literal: Entre los argumentos de Segovia se encuentra el de la fuente, el que -por lo demás- es el favorito de los que afirman la solidaridad o parten de ella para desembocar en tesis intermedias.- - - - -

-----Segovia se remite a Freitas, donde encuentra la fuente de nuestro texto, e interpreta nuestro art. 2005 según la lectura que atribuye al de Freitas.- - - - -

-----Que entre el art. 3311 de Esboco y nuestro art. 2005 haya ciertas coincidencias literales, no autoriza a ubicar en Freitas la fuente de la decisión. Un autor puede servir de dos maneras: para tomar toda su letra y la decisión, o simplemente para provocar una inquietud sobre un tema, que lleve a que se tome solo parte de la letra, introduciéndole modificaciones que conducen a otra decisión.- - - - -

-----Esto último es lo que -en el caso- ha ocurrido: Vélez, tomando sólo parte de la letra de Freitas, no siguió a Freitas. Para llegar a esta conclusión, basta con leer el art. 3311 del Esboco. “Sin embargo, cuando alguien se obligare como principal pagador aunque sea con la calificación de fiador, no deberán aplicarse las disposiciones de este capítulo, sino exclusivamente las otras referentes a los co-deudores solidarios”.- - - - -

-----Bien se advierte que nuestro art. 2005 no contiene esa rotunda negación de la aplicación de las disposiciones sobre fianza, ni tampoco la afirmación de que “exclusivamente” se aplicarán las de las obligaciones solidarias.- - - - -

-----Esas dos diferencias de texto son razón suficiente para rechazar el argumento sin entrar a dilucidar lo que///.- ///27.-Freitas pensaba realmente, y sin olvidar que Freitas no es nuestro legislador.- - - - -

-----2) La inmediata doctrinaria: Segovia, al transcribir la nota al art. 2005, observa que Troplong está a favor del texto (tal como él lo interpreta), aclarando que Aubry et Rau están en contra.- - - - -

-----Se comprende que este argumento tiene escasa relevancia, pues a estar al propio Segovia, habría un empate. Si lo recordamos, es porque, en nuestra opinión, Troplong no ha dicho tanto como lo que Segovia pretende hacerle decir: se limita a hablar del caso en el que “el fiador se hubiera obligado como deudor principal” cuando de lo que

se trata el art. 2005 es de la hipótesis en que se hubiera obligado como “principal pagador”, que es precisamente la que examinan Aubry et Rau.- -

-----Las notas no son ley y el valor doctrinario de la presente es, como se ve, prácticamente nulo, pues sólo cumple una labor informativa.- - - - -

-----3) La mediática histórica: La lectura de Pont nos sugiere que la figura del principal pagador puede encontrarse con una tradición histórica que arranca del *constitutum debiti alieni* (Pont, *Du cautionnement*, n° 13). Con esa aproximación, Pont afirma que al principal pagador no se le aplican las reglas de la fianza pues está sujeto a una obligación que no es accesoria sino principal y ordinaria. Pero eso implica una toma de posición respecto al *constitutum debiti alieni* cuyos alcances son discutidos entre los romanistas. - - - - -

-----4) En conclusión, en la argumentación con las fuentes, Freitas será siempre decisivo. No puede ignorarse la similitud de letras. Pero en el caso, la balanza se inclina contra la tesis de la solidaridad, porque Vélez suprimió parte de la letra de Freitas y precisamente aquella que se ///.- ///.-pronunciaba decisivamente por la tesis que refutamos.- - -

-----La practicidad de espíritu de Vélez lo llevó, sin duda, a no verificar un pronunciamiento tan rotundo, tanto más cuanto que en el régimen de solidaridad misma se apartó de Freitas.- -

-----IV) En definitiva, de los desarrollos que anteceden resulta mi decidida posición en contra de la doctrina de la solidaridad, auspiciada en autos por la parte actora. Por un lado, el art. 2005 a diferencia de su fuente literal, no niega la aplicación de las reglas sobre la fianza, y del art. 2013 resulta que el principal pagador queda incluido entre los fiadores. Por el otro, el art. 2005, también a diferencia de su fuente literal, no pretende que se apliquen “exclusivamente” las disposiciones de los codeudores solidarios. Finalmente, lo decisivo es que la “solidaridad” de que habla el art. 2005 no puede ser la solidaridad en el sentido técnico de los arts. 699 y sigts., sino un *quid* distinto.- - - - -

-----1. La interpretación dada, como bien lo expone López de Zavalía en la obra citada, puede ser gráfica y didácticamente expuesta, fusionando los arts. 2004 y 2005 en un sólo texto, dividido luego en dos incisos, en la forma siguiente: “La solidaridad a la cual el fiador puede someterse, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal: 1) la fianza solidaria queda

regida por las reglas de la simple fianza, con excepción de la privación del beneficio de excusión y del de división; 2) Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios.- - - - -

-----Obsérvese que:- - - - -

-----a) Se da un común encabezamiento a los dos casos que///.- ///28.-se incluyen. Para ninguno de los dos la palabra “solidaridad” con que comienza dicho encabezamiento, está tomada en sentido técnico. Para el inciso 1 de esta fórmula “didáctica”, hay una “falsa” solidaridad en tanto que para el inciso 2 se trata de una solidaridad “extensiva”.- - - - -

-----En dicho encabezamiento (y abarcando por lo tanto los dos incisos) el sometimiento a una “solidaridad” no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria. Con ello, se extiende a la fianza del principal pagador el argumento que Vélez diera en la nota al art. 2004 para la del fiador solidario: “La fianza no es sino una obligación accesoria, y debe guardar siempre este carácter esencial, cualquiera que sean las modificaciones y las cláusulas más o menos rigurosas, bajo las cuales se ha constituido”.- - - - -

-----b) Señalado en el encabezamiento el género común, paso a distinguir en los incisos de la fórmula “didáctica”. En el inciso 1, la fianza solidaria, de la que -con palabras de Vélez de la nota al art. 2004- tiene cláusulas más rigurosas que las de la fianza simple. Y en el inciso 2, la fianza del principal pagador tiene cláusulas más rigurosas todavía que las de la fianza solidaria.- - - - -

-----V. Con la conceptualización expresada, el problema se reduce. Se trata, simplemente, de saber cuáles son las cláusulas más rigurosas que presenta la fianza del principal pagador respecto a la fianza solidaria con el deudor.- - - - -

-----En ese sentido, advierto que en el debate en torno a si hay solidaridad o fianza, existe, a menudo, más polvareda que substancia.- - - - -

-----1) Así, debemos despreocuparnos de un tema que, interesando a los franceses, es el que ha hecho que Troplong, en el párrafo citado por la nota a nuestro art. 2005, trate///-///.-el tema del fiador “principal deudor” (recuérdese: del “principal deudor”, no del “principal pagador”): el de la compensación.- - - - -

-----Por el art. 1294 del Código de Napoleón, el fiador “puede oponer la compensación de lo que el acreedor le deba a su deudor principal”, pero no pueden oponerla ni el deudor principal ni el deudor solidario.- - - - -

-----Con un texto de esa índole se comprende que discutan los franceses si el fiador solidario puede o no invocar la compensación y que Troplong concluya negándola para el “principal deudor”.-----

-----En nuestro sistema, el que al principal pagador se lo trate como un codeudor solidario (solidaridad por extensión) no impide que invoque la compensación, porque el codeudor solidario puede invocarla: art. 707. Este es un claro caso en el que no son incompatibles las normas sobre fianza y solidaridad.-----

-----Pero obsérvese que no sería admisible que el deudor principal invocara la compensación de la deuda del acreedor con el fiador. Como creo que nadie esté dispuesto a sostener lo contrario, tenemos aquí una prueba más de que no estamos ante la solidaridad de los arts. 699 y sgts.. En consecuencia, despreocupémonos de todos aquellos casos en los que se llega a la misma solución si se aplican, sean las reglas de la fianza, sean las de la solidaridad.-----

-----2) Pero hay más: también debe descartarse cualquier regla de la solidaridad que resulte directamente inaplicable al fiador principal pagador cuando de la propia formulación de la misma derive que ella supone una solidaridad en doble dirección, ya que el art. 2005 no la postula ni siquiera literalmente. Tal es el caso de la norma sobre la ///.- ///29.-confusión (art. 866).-----

-----VI. En definitiva, las reales diferencias prácticas entre el fiador solidario y el fiador principal pagador residen en que:-----

-----a) Estando éste sujeto a una relación accesorio, no lo está a una obligación subsidiaria: el acreedor puede dirigirse contra el fiador principal pagador sin necesidad de requerir previamente al deudor. Eso es lo que denota su carácter de “principal” pagador, pues no siendo principal deudor, es principal a los efectos del pago, y el acreedor tiene derecho a requerirle el pago en primer término.-----

-----Se marca, aquí, una diferencia entre el fiador solidario y el fiador principal pagador. Ninguno de los dos goza del beneficio de excusión pero el fiador solidario tiene derecho a que previamente se requiera al deudor.-----

-----b) El fiador principal pagador experimenta los efectos de la confirmación de las nulidades relativas, por lo que, a este respecto, no se le aplica la disposición del art. 2022.-----

-----VII. El caso de duda. Al ser la del principal pagador una posición más intensa, en la

duda, no se presume. Debe resultar de términos inequívocos, lo que no significa que la denominación de “principal pagador” constituya una suerte de expresión sacramental de uso ineludible, aunque, en la práctica, será difícil encontrar otra tan elocuente mientras el negocio pretenda contener el fenómeno en términos lacónicos.- -

-----VIII. Finalmente, y como consecuencia de adherir a la tesis que descarta la solidaridad, y de considerar que en el supuesto del “fiador principal pagador”, sigue habiendo fianza, corresponde que me expida ahora sobre la extinción de la fianza invocada oportunamente por los codemandados.- - - - -

-----Según las reglas generales, la novación “extingue la///.- ///.-obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias”. El art. 803 que así lo prevé hace una salvedad, al disponer que el acreedor puede “por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito que entonces pasan a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha”.- - -

-----Con una salvedad de ese tipo podían crearse dudas respecto a la fianza. El art. 2047 las suprime: “La extinción de la fianza por la novación de la obligación principal hecha entre el acreedor y el deudor, tiene lugar aunque el acreedor la hiciese con reserva de conservar sus derechos contra el fiador”. La regla se aplica incluso a la fianza del principal pagador que, en mi opinión, como ya dije precedentemente es un deudor accesorio, aparte de que, aunque se pretendiera que es un deudor solidario, la consecuencia sería la misma por aplicación del art. 810.- - - - -

-----Sin embargo la prórroga del contrato, que es el supuesto de autos, no implica novación. Pero, para la fianza, el Código -como bien observara en su voto el Dr. Balladini- sigue un principio distinto.- - - - -

-----En efecto, entre las causas especiales de extinción de la fianza, se encuentra la prórroga del plazo del pago.- - - - -

-----Al respecto, el art. 2046 del Código Civil dispone: “La prórroga del plazo del pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza”.- - - - -

-----Se trata, aquí, del caso de prórroga, fenómeno distinto del de inacción del acreedor contemplado por los art. 2026, inc. 2, 2015 y 2018; prórroga, que implica un diferimiento de la obligación que ata al acreedor.- - - - -

-----Como el art. 2046 no distingue según que la prórroga haya sido acordada antes de que haya llegado la oportunidad ///.- ///30.-del pago, o después del vencimiento de la obligación, abarca ambas hipótesis, a las que Vélez adscribe como consecuencia la

extinción de la fianza, apartándose de la tradición francesa, inspirándose en la Patria y tomando la letra de García Goyena, aunque con una variante en el espíritu que seguidamente precisaré y que lo aproxima a Freitas.- - - -

-----Cabe observar, sí, que para el art. 2046 sub examen, no interesa que durante el tiempo de la prórroga el deudor haya caído en insolvencia. La insolvencia no forma parte de su supuesto de hecho. Integra, sí, el supuesto de hecho, el que no medie consentimiento del fiador.- - - - -

-----En la tradición francesa, Pothier se pregunta sobre cuáles son los efectos de la prórroga del plazo del pago concedida por el acreedor si, en el interín, el deudor cae en insolvencia. Señala que este caso es distinto al de pago por dación de una cosa de la que luego el acreedor es evicto. En la dación en pago, durante el tiempo que va hasta la evicción, la fortuna del deudor puede comenzar a debilitarse, pero el fiador no podría tomar medidas precautorias que carecerían de sentido porque la obligación principal aparece extinguida; de allí que, en equidad, si luego la cosa dada en pago resulta evicta y el deudor en estado de insolvencia, debe tenerse al fiador por liberado, porque lo contrario implicaría perjudicarlo. En la prórroga, en cambio, la deuda no aparece pagada, y el fiador tiene medios para obrar contra el deudor si advierte que su fortuna comienza a debilitarse. Concluye de allí que la caución “no puede pretender que esta prórroga del término acordada al deudor le perjudique, puesto que, por el contrario, le aprovecha”.- - - - -

-----Los redactores del Código Napoleón se encontraron con esa tradición jurídica y dispusieron en el art. 2039 que “la ///.- ///.-simple prórroga del término, acordada por el acreedor al deudor principal, no libera a la caución, que puede, en este caso, perseguir al deudor para forzarlo al pago”. El rígido principio “no libera” queda luego atenuado, al contrabalancearse con la facultad que tiene el fiador de forzar al pago, lo que ha hecho que se diga con razón que está en sus manos el tornar ilusoria la prórroga acordada por el acreedor, ya que para disfrutar de ella el deudor tendrá que negociarla con la caución, ofreciéndole, por ejemplo, una hipoteca en salvaguarda de su eventual derecho al reembolso.- - - - -

-----La tradición patria, y especialmente Vélez se apartó de la doctrina francesa. Invocó la ley 10, tít. 18, libro III del Fuero Real de España, según la cual: “Si algún home fiare a otro por alguna cosa pagar, ó facer á plazo, é si ante del plazo, sin otorgamiento del fiador, alongáre aquel plazo, el fiador non sea tenuto de la fiadura; ...”.- - - - -

-----Obsérvese que esta ley, en su literalidad, sólo contempla la prórroga acordada con anterioridad al vencimiento de la obligación: “é si ante del plazo ... alongáre aquel plazo”.- -

-----Esa prórroga anterior queda, sin duda, abarcada por nuestro art. 2046. Así lo señala expresamente López de Zavalía, porque en la exposición de algunos autores, ella parece quedar olvidada.- - - - -

-----¿Quid de la prórroga acordada con posterioridad al vencimiento? La citada ley del Fuero Real no la contempla expresamente, pero ella parece derivar de su espíritu, y en todo caso, queda incluida en la generalidad de los términos de otras de las fuentes de nuestro Codificador de la que seguidamente paso a examinar.- - - - -

-----García Goyena y Freitas. Por el art. 1765 del Proyecto de García Goyena: “La prórroga concedida al deudor por el///.- ///31.-acrededor, sin consentimiento del fiador extingue la fianza”.- - - - -

-----Sin duda que en ese texto se debe detectar la fuente literal de nuestro art. 2046. Pero una cosa es la letra, y otra el espíritu.- - - - -

-----En García Goyena, su art. 1765 es la consecuencia natural de lo que estaba ya previsto en el art. 1134, donde se disponía que constituía novación la sujeción a “distintas condiciones o plazos”. Una prórroga es un plazo distinto, y pues la novación extingue la obligación principal, extingue la fianza por vía de consecuencia.- - - - -

-----En nuestro Código, el tema se plantea en otros términos. Para nuestro art. 812, una estipulación que concierna al tiempo modifica la obligación pero no la extingue, por lo que (de aplicarse el art. 812) tendríamos que (a tenor del *accessorium sequitur principale*) modificaría la obligación del fiador, pero no la extinguiría. Pero el *accessorium sequitur principale* choca con la regla *fidejussio non extenditur*, pues ¿cómo sin el consentimiento del fiador se lo va a hacer responsable por una obligación que subsiste pero que aparece modificada? Se dirá que la prórroga favorece al fiador, especialmente cuando éste no goza del beneficio de excusión, ya que por el *accessorium sequitur principale* disfrutará también de ella, pero no cabe olvidar que puede perjudicarlo si sobreviene la insolvencia. El art. 2046 corta por lo sano y, sin preocuparse de que advenga o no la insolvencia decide que el fiador quede liberado, es decir, trata a la prórroga concedida al deudor como si fuera novación de la obligación principal. Decimos “como si fuera” novación, porque en las relaciones deudor principal

- acreedor la obligación subsiste.- - - - -

-----En esa forma de encarar el problema, coincide con ///.- ///.-Freitas, sin que, para el caso, tenga importancia el que no lo cite en la nota al art. 2046. Para el art. 3375 del Esboco: “Toda novación entre el deudor principal y el acreedor sobre la deuda afianzada extingue la fianza, y para tal efecto, se reputará novación la prorrogación del plazo del pago sin consentimiento expreso del fiador”.- - - - -

-----En síntesis, de todo lo expuesto podemos concluir como doctrina aplicable del art. 2046 del Código Civil, que:- - - -

-----a) El art. 2046 no se aplica a la inacción del acreedor, sino a la prórroga otorgada por éste. Abarca tanto las prórrogas anteriores al vencimiento, como las posteriores. Existiendo prórroga, no interesa que sea a través de un plazo cierto o de uno incierto. No forma parte del supuesto de hecho del art. 2046 el que, durante la prórroga, el deudor caiga en insolvencia, pues la liberación del fiador se produce por la sola concesión de la prórroga “como si” hubiera habido una novación.- - - - -

-----b) Contra lo que enseña un sector de la doctrina, considero que el art. 2046 puede ser invocado, no sólo por el fiador simple y el solidario, sino también por el fiador principal pagador. El texto habla de “la fianza” sin calificativo alguno, debiendo tenerse presente que una prórroga acordada al deudor por el acreedor, implicaría la pretensión de modificar unilateralmente su contrato con el principal pagador. (conf. LOPEZ de ZAVALIA, Teoría de los Contratos, T. 5, Parte Especial (4), Ed. Zavalian 1995, ps. 41/207).- - - - -

-----En igual sentido, en el ámbito de la jurisprudencia se ha dicho que: “El principal pagador sigue siendo un fiador, pues de lo contrario el art. 2013, inc. 3 del Código Civil no se ocuparía de privarlo del beneficio de excusión, del que en principio gozan todos los fiadores.” (Cámara de ///.- ///32.-Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala II, “Banco de santa Fe c/Sapino, Jorge H. y otra” del 18.04.2006, LLLitoral 2006 (julio), 811 - IMP 2006-15, 1924); “Es improcedente extender al fiador la condena en costas en un proceso de desalojo si el locador admitió que el inquilino continuara en el uso y goce de la cosa después de transcurrido un año y medio de vencido el contrato de locación y recién luego de dicho plazo inició, sin intimación previa, el juicio de desalojo, pues debe entenderse que existió prórroga tácita de contrato y el fiador no prestó conformidad para obligarse en la continuidad de la locación” (Cám. 4a de Apel. Civ. Com. Minas, Paz y Trib. de Mendoza, “Moreno, Isabel F. c. Sosa, Adriana M y

otros” del 27.07.2006, LLGran Cuyo 2007 -marzo-, 200); “Aún cuando le sean aplicables al principal pagador las disposiciones sobre los codeudores solidarios (conf. art. 2005 del Código Civil), el alcance temporal de dicha obligación no puede proyectarse fuera del ámbito que le es propio, esto es, el del contrato por el que entendió obligarse” (CSJN., abril 29.1997, Rodríguez Hernández, Lorenza c/ Garde, agosto Carlos”, en Ghersi - Weingarten, Código Civil. Análisis Jurisprudencia. Comentado, Concordado y anotado, Ed. Nova Tesis, T.III, p. 125).-----

-----En conclusión, conforme a la posición doctrinaria asumida precedentemente, y considerando que la prórroga del plazo del pago del precio del contrato de compraventa de acciones en cuestión fue acordada por el acreedor Juan Carlos DEICAS PARDIE (ver fs. 14) sin el consentimiento e intervención de los fiadores, la fianza como principales pagadores oportunamente otorgada por los aquí co-demandados, inexorablemente se ha extinguido (art. 2046, Código Civil). ES MI VOTO.----- A la misma cuestión la señora Juez subrogante doctora ///.- ///.-Liliana L. Piccinini dijo: -

-----Atento la coincidencia de los votos que anteceden, ME ABSTENGO de emitir opinión.-----

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:-----

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 1572/1586 y vta. por el señor Juan Carlos Deicas Pardie. II) Confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de S. C. de Bariloche, en cuanto ésta rechazara la demanda respecto de los co-demandados Daniel R. Arroyo, Raimundo Runge, Janez Fleré, Yamandú Carrera (hoy, sus herederos: Mariana Carrera, Nicolás Pedro Carrera y Lucía Carrera), Armen Stambulian, Osmar Barberis, Héctor Barberis, Manuel Boto, Daniel Visconti, Carlos Otto Frei y Enrique Saiz. III) Dejar sin efecto el punto 3ro) de fs. 1559 en cuanto impone las costas de ambas instancias a la actora, e imponer las misma en todas las instancias, en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCCm.). Ello, atento la gran disparidad jurisprudencial y doctrinaria existente en la materia precedentemente tratada, y la inexistencia -a la fecha del recurso- de doctrina legal vigente del Superior Tribunal de Justicia, respecto a la cuestión planteada. IV) Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en esta instancia

extraordinaria, a los doctores María Mercedes LASMARTRES, Jorge GOMEZ y Alberto R.J. CORTES -en forma conjunta- en el 25%; a los doctores Ana María TRIANES, José MARTINEZ PEREZ y Pablo GONZALEZ -en forma conjunta- en el 30%; a los doctores Justo J. GIRAUDY y Blanca M. PASSARELLI - en forma conjunta- en el 30%; a la doctora Gladys Adriana MEHDI en el 30%; y al doctor Oscar René ///.- ///33.-LOZANO en el 30%, todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente se regulen a cada representación por sus labores en Primera Instancia (art. 14 L.A.). ASI MI VOTO.- -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Soderó Nievas dijo: - - - - -

- - - - -

-----ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto precedente.- - - - -

- - - - - A la misma cuestión la señora Juez subrogante doctora Liliana L. Piccinini dijo: - - - - -

-----ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el señor Juan Carlos Deicas Pardie a fs. 1572/1586 y vta. de las presentes actuaciones y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de S. C. de Bariloche, en cuanto ésta rechazara la demanda respecto de los co-demandados Daniel R. Arroyo, Raimundo Runge, Janez Fleré, Yamandú Carrera (hoy, sus herederos: Mariana Carrera, Nicolás Pedro Carrera y Lucía Carrera), Armen Stambulian, Osmar Barberis, Héctor Barberis, Manuel Boto, Daniel Visconti, Carlos Otto Frei y Enrique Saiz.- - - - - Segundo: Dejar sin efecto el punto 3ro) de fs. 1559 en cuanto impone las costas de ambas instancias a la actora, e imponer las misma en todas las instancias, en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCyC.).- - - - - Tercero: Regular los honorarios profesionales de los ///.- ///.-letrados intervinientes en esta instancia extraordinaria, a los doctores María Mercedes LASMARTRES, Jorge GOMEZ y Alberto R.J. CORTES -en forma conjunta- en el 25%; a los doctores Ana María TRIANES, José MARTINEZ

PEREZ y Pablo GONZALEZ -en forma conjunta- en el 30%; a los doctores Justo J. GIRAUDY y Blanca M. PASSARELLI - en forma conjunta- en el 30%; a la doctora Gladys Adriana MEHDI en el 30%; y al doctor Oscar René LOZANO en el 30%, todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente se regulen a cada representación por sus labores en Primera Instancia (art. 14 L.A.).- - - - - Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse.--

FDO.: ALBERTO I. BALLADINI JUEZ - VICTOR H. SODERO NIEVAS JUEZ - LILIANA L. PICCININI JUEZ SUBROGANTE EN ABSTENCION (ART. 39 L.O.) - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.- - - - -