Expediente: **3619/98**
Carátula: **LA CUESTA S.R.L. C/ ASEN ALE JOSE Y OTROS S/ COBRO ORDINARIO**

Unidad Judicial: **OFICINA DE GESTIÓN ASOCIADA CIVIL Y COMERCIAL N° 3**
Tipo Actuación: **FONDO CON FD**
Fecha Depósito: **23/10/2024 - 00:00**
Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:
90000000000 - MORA, RUBEN ANTONIO-DEMANDADO/A
90000000000 - VARELA, RITO VICENTE-DEMANDADO/A
90000000000 - PEREZ, DOMINGO FAUSTINO-DEMANDADO/A
20202186360 - LA CUESTA S.R.L., -ACTOR/A
20230560812 - SERRA, MARIA CECILIA-DEMANDADO/A
90000000000 - ASEN, ALE JOSE-DEMANDADO/A
27376575417 - DÍAZ, MARÍA DEL CARMEN-DEMANDADO/A
27376575417 - DÍAZ, RAMON ALCIDES-DEMANDADO/A
27376575417 - DÍAZ, NOEMÍ ADRIANA-DEMANDADO/A
27179475966 - DIAZ, AMADO FRANCISCO-DEMANDADO/A
90000000000 - CARNELLI, JORGE DANIEL-DEMANDADO/A
90000000000 - DIAZ, JUANA ROSA-HEREDERO DEL DEMANDADO
90000000000 - DIAZ FRANCISCO AMADO (H), -HEREDERO DEL DEMANDADO
90000000000 - DIAZ GRACIELA BEATRIZ, -HEREDERO DEL DEMANDADO
90000000000 - DIAZ SILVIA INES, -HEREDERO DEL DEMANDADO
90000000000 - DIAZ YOLANDA MARGARITA, -HEREDERO DEL DEMANDADO
20165407262 - PEDRAZA, MARIA MONICA-HEREDERO/A DEMANDADO/A
20165407262 - SUAREZ, OLGA MONICA-HEREDERO/A DEMANDADO/A
20181850869 - PEDRAZA, MIGUEL ANGEL.--DEMANDADO/A
20165407262 - PEDRAZA, MARIA ALICIA-APODERADO/A DE LOS HEREDEROS/AS
20165407262 - PEDRAZA, MARIA INES-HEREDERO/A DEMANDADO/A

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Oficina de Gestión Asociada Civil y Comercial N° 3

ACTUACIONES N°: 3619/98

H102335218148

FECHA DE MESA DE ENTRADA: 19/11/1998

SENTENCIA N°: ..... - AÑO: .....

JUICIO: “LA CUESTA S.R.L. c/ ASEN ALE JOSE Y OTROS s/ COBRO ORDINARIO - Expte. n° 3619/98”

SAN MIGUEL DE TUCUMAN, 22 de octubre de 2024.-

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en autos del epígrafe, y

RESULTA:

Que, a fs. 35/37, el procurador Alberto Gregorio López Frías, apoderado de Banco Roberts S.A., con el patrocinio de la Dra. Agustina Campero De Alfieri, inicia el presente juicio de cobro de pesos por la suma de U$S50.000 (Dólares Estadounidenses Cincuenta Mil), con más los intereses que correspondan, gastos, IVA, y costas, en contra de los Sres: 1. José Asen Ale, 2. Amado Francisco

Díaz, 3. Rubén Antonio Mora, 4.Miguel Ángel Pedraza, 5. Domingo Faustino Pérez, 6. Rito Vicente Varela, 7. María Cecilia Serra, y 8. Jorge Daniel Carnelli, todo ello por la suma de U$S50.000 (Dólares Estadounidenses Cincuenta Mil) en contra de cada uno de los demandados.

Relata que, en fecha 10/01/1997, los Sres. Ale, Pedraza, Díaz y Varela, y, en fecha 04/01/1998, los demandados Pérez y Mora, y, en fecha 07/01/1998, los demandados Sr. Carnelli y la Sra. Serra, suscribieron un contrato de fianza solidaria, por el cual, cada uno, se constituyó en fiador liso, llano y principal pagador de cualquier obligación contraída por ATEF Prestaciones S.A. y Pronor S.R.L. con el Banco Roberts S.A.

Manifiesta que, en fecha 27/12/96, las sociedades ATEF Prestaciones S.A. y Pronor S.R.L celebraron un contrato de mutuo con garantía hipotecaria por la suma de U$S 408.000 (Dólares Estadounidense Cuatrocientos Ocho Mil), el cual debía ser restituido en 48 cuotas mensuales y consecutivas de capital e intereses, sosteniendo que, las tomadoras del mutuo, abonaron todos los servicios correspondientes a los intereses y, en fecha 05/01/98, cuando debían comenzar a amortizar el capital, junto a los intereses devengados, cayeron en mora no habiendo abonado ni uno, ni lo otro.

Sostiene, que las tomadoras del mutuo fueron intimadas a cancelar lo adeudado mediante carta documento, y que dichas intimaciones fueron realizadas al domicilio constituido en los contratos de fianza, en fecha 24/02/98.

A fs. 50, la parte actora desiste del proceso en contra de los Sres. José Asen Ale y Rubén Antonio Mora, y desiste del derecho y del proceso en contra del demandado Sr. Rito Vicente Varella.

Corrido el traslado de ley, a fs. 60/62, se presenta la demandada María Cecilia Serra y contesta demanda, niega todos y cada uno de los hechos afirmados en la misma y solicita su expreso rechazo.

Reconoce que, en fecha 07/01/97, suscribió un contrato de fianza solidaria, mediante el cual se constituye en fiador solidario liso, llano y principal pagador de cualquier obligación que tenga contraída al presente o contraiga en el futuro de cualquier naturaleza, hasta la suma de U$S50.000 (Dólares Estadounidense Cincuenta Mil) las empresas ATEF Prestaciones S.A. y Pronor S.R.L. con el Banco Roberts S.A., actor en autos. Sostiene que, del propio texto del contrato de fianza, surge claramente que el mismo no tiene relación alguna con el contrato de mutuo con garantía hipotecaria por la suma de $408.000, ya que ninguna parte del mismo lo menciona en forma expresa.

Manifiesta que, para que el contrato de fianza que se pretende ejecutar, tenga validez, el mismo debe inexorablemente hacer expresa mención de la obligación principal afianzada, ya que se trata de una obligación accesoria que reúne las características de la obligación principal, debiendo surgir con claridad cuál es la misma y demás consideraciones de hecho y derecho que expone en su presentación, las cuales, en honor a la brevedad, se tienen por reproducidas en este acto.

A fs. 163, la parte actora desiste del proceso en contra del co-demandado, Sr. Jorge Daniel Carnelli.

A fs. 297, nuestra Excma. Cámara Civil y Comercial Común, revoca la sentencia de fs. 257, y declara la nulidad en autos, desde el traslado de la demanda al co-demandado, Miguel Ángel Pedraza.

A fs. 472, se ordena correr traslado nuevamente de la demanda, al demandado Miguel Ángel Pedraza, conforme lo resuelto a fs. 297.

A fs. 568/572, obra copia de la Escritura N° 85, de fecha 10/03/2005, por la cual el Banco actor cede sus acciones y derechos de la presente causa a favor de La Cuesta S.R.L.

A fs. 739, se denuncia el fallecimiento del co-demandado, Francisco Armando Díaz.

En fecha 23/03/2021, se denuncia en autos el fallecimiento del codemandado Miguel Ángel Pedraza.

A fs. 742, se acompaña declaratoria de herederos del codemandado Francisco Armando Díaz, y se los notifica conforme cédulas de fs. 751,752 y 755.

A fs. 757, se declara la rebeldía de los herederos del demandado Francisco Armando Díaz.

A fs. 769, se abre la presente causa a pruebas.

A fs. 816, se acompaña la ampliación de la declaratoria de herederos del demandado Díaz; y, a fs. 904, se presentan los herederos Díaz María del Carmen, Díaz Noemi Adriana y Díaz Ramón Alcides.

A fs. 893, la parte actora, desiste del derecho en contra del demandado, Domingo Faustino Pérez.

A fs. 900, presenta alegato la parte actora.

A fs. 907, presenta alegato la demandada, María Cecilia Serra.

A fs. 914, se practica planilla fiscal por Secretaria.

En fecha 12/11/2021, quedan los presentes autos en condiciones de dictar sentencia.

CONSIDERANDO:

I.- Marco Jurídico:

En primer lugar, corresponde dejar establecida la normativa aplicable, atento a que nos encontramos ante un acción de cobro, en el marco de una ejecución de un contrato de fianza, el cual fue celebrado antes de la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial Común. Por ello, comparto el criterio jurisprudencial que interpreta que: “Corresponde abordar la crítica inicial que efectúa la recurrente, en el sentido de que la sentencia de grado se funda en normas del Código Civil (CC) derogado en contradicción con el art. 7 del Código Civil y Comercial (CCyC), que dispone su aplicación inmediata. En el sub lite, las partes reconocen que estuvieron vinculadas por un contrato de aparcería celebrado por un plazo de 10 años a partir del 01/11/2003 Ahora bien, como es sabido, el 1° de agosto de 2015 entró en vigor el CCyC sancionado por la ley 26.994, que derogó el Código Civil y el Código Comercial unificando sus normas, debe señalarse que el nuevo Código respeta a los otros microsistemas normativos autosuficientes, como es el caso de los contratos agrarios. En consecuencia, los contratos de arrendamientos y aparcerías continúan regulándose por la ley especial n° 13.246 (y sus modificatorias 21.452 y 22.298), cuyas normas son de orden público. El art. 41 de la ley indica el orden de prelación de la normativa aplicable a los contratos que regula, colocando en primer término a sus disposiciones, en segundo lugar, a la voluntad de las partes, luego a las normas del Código Civil (CC), en especial las relativas a la locación y finalmente los usos y costumbres. Ahora bien, el art. 7 del CCyC en su parte pertinente prescribe que: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. ()”. De la norma citada se colige que los principios que campean en la materia (eficacia temporal de las leyes) son la aplicación inmediata y no retroactiva

de las leyes. Sobre esa base, atendiendo que el hecho que se invoca como fundamento de la pretensión de cobro incoada en el presente habría tenido lugar bajo la vigencia del Código de Vélez Sársfield, corresponde, en caso de ser procedente para el tratamiento del caso, la aplicación supletoria de las normas allí contenidas. Por tanto, es correcto el criterio de la Juez a quo de aplicar en el presente las normas del anterior Código Civil." (DRES.: AGUILAR DE LARRY - SANTANA ALVARADO; CAMARA CIVIL EN DOC. Y LOCACIONES Y FAMILIA Y SUCES. - CONCEPCIÓN - Sala en lo Civil en Documentos y Locaciones; SUNCHO PUNTA S.R.L. Vs. ROBLES MARTA ELENA S/ COBRO (ORDINARIO) - Nro. Expte: 246/18; Nro. Sent: 98; Fecha Sentencia 23/12/2020).

Conforme lo regula la normativa establecida por el Código Civil de la Nación, el art. 1986 define a la fianza como un contrato en virtud del cual una de las partes (llamada fiador) se obliga accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero acepta su obligación accesoria.

Conforme el art. 1993 del mencionado cuerpo legal, pueden ser objeto de fianza, todo tipo de obligaciones ya sea de dar una cosa cierta, de hacer, de no hacer, de dar dinero, etc; también estas obligaciones pueden ser actuales o futuras (arts. 1989/1990 C.C.). La fianza, conforme el art. 1993 C.C., puede comprender obligaciones actuales o futuras, de valor determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, pero en todos los casos debe precisarse su objeto, aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada (art. 1989 C.C.).

Es decir que, la fianza es un contrato por el cual una parte se obliga accesoriamente por un tercero y el acreedor de este acepta su obligación accesoria; el objeto de la fianza es la obligación contraída por un tercero cuyo cumplimiento se garantiza.

El fiador se obliga a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento por parte del deudor; es decir, que el cumplimiento de la obligación emergente del contrato de fianza se hace exigible frente al incumplimiento de la obligación principal. La fianza es una obligación accesoria por lo que, tanto el régimen jurídico como los cambios que se generen en la obligación principal afectarán directamente a la fianza. El art. 2003 del CCN regula la fianza solidaria estableciendo que la responsabilidad del fiador es solidaria con la del deudor cuando así se convenga expresamente o cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión.

En base a la normativa citada, la doctrina ha señalado que: "1. Unidad y pluralidad en el contrato de fianza. Las figuras contractuales tipificadas están en constante transformación. La fuerte unidad que las caracterizó ha venido morigerándose mediante el reconocimiento en cada una de ellas de múltiples especies que exhiben fuertes matices y diferencias y que se expresan en regulaciones de mayor complejidad. Los ejemplos abundan, pudiendo reconocerse, entre muchos otros, los casos paradigmáticos que suministran la locación de cosas, el leasing y el fideicomiso. En la regulación de la fianza, siempre fueron admitidos una pluralidad de subtipos; así, el Código de Vélez recogió las variantes de la fianza legal, judicial, convencional, simple, solidaria, del principal pagador, de obligaciones futuras. Desde esta perspectiva, el menú de alternativas históricamente disponibles en esta garantía evidencia una marcada complejidad normativa, que coincide con la tendencia actual de muchos otros contratos tipificados. Sin embargo, no puede negarse que la variedad de figuras bajo las cuales fue construido el régimen de la fianza ha sufrido cambios. Frente a la pluralidad de fianzas admitidas para graduar la responsabilidad del fiador, la realidad social demuestra que los acreedores imponen las formas más exigentes, lo que hace que en la práctica negocial resulte poco frecuente la figura de la fianza simple (Lorenzetti, Bueres y Mayo; Fresneda Saieg y Hernández, Esborraz y Hernández). Por su parte, la fianza solidaria ha absorbido a la figura del principal pagador mediante los aportes doctrinarios de las últimas décadas que esclarecieron el sentido del artículo 2005 del Código Civil. Estamos convencidos de que esta aparente simplificación del régimen vigente, esconde nuevas complejidades. En tal sentido, no debe olvidarse que han sido tipificados

nuevos subtipos de fianza; allí está el reciente ejemplo de la fianza en las locaciones inmobiliarias (art. 1582 bis). Del mismo modo, el estatuto de defensa del consumidor proyecta sus efectos sobre las fianzas prestadas para garantizar negocios de consumo. También, la fianza de obligaciones futuras ha cobrado una inusitada significación que genera nuevas tensiones que imponen consideraciones precisas sobre sus matices y peculiaridades. Todo lo dicho acontece en un contexto de creciente demanda de protección del fiador, la que debe ser armonizada con la inexorable tutela del crédito. 2. La fianza en el marco de los negocios de garantía. Tradiciorialmente la doctrina nacional y extranjera comienza el tratamiento de la fianza ubicándola dentro del ámbito de las garantías personales, como su especie más representativa y paradigmática. En el caso de la fianza, la garantía supone acordar al acreedor un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto al deudor (Bueres Mayo). La fianza, en tanto garantía personal, suscita diferentes cuestionamientos. Algún sector de la doctrina extranjera la critica al considerar que la misma se encuentra desacreditada por no producir frente al acreedor las seguridades que le proporcionan las garantías reales. Más allá de la innegable fortaleza de estas últimas, el criterio no puede compartirse dado que la fianza constituye un importante instrumento económico, expeditivo, simple y eficaz, útil para garantizar satisfactoriamente al acreedor un elenco infinito de operaciones (Borda); su utilidad reposa en la flexibilidad que expresa, contrapuesta a la rigidez de las garantías reales. No desconocemos que en las últimas décadas se ha puesto en duda su eficacia desde la perspectiva de las dificultades que genera a la hora de su ejecución, en especial debido a la dependencia y consecuente conexidad que presenta con el negocio principal. Por ello, no sorprende que las nuevas garantías personales, en especial la garantía a primera demanda o requerimiento, dan cuenta de una marcada autonomía, que las hace aún más flexibles que la fianza (Bueres y Mayo). En ese contexto, la fianza ve reducido su campo de actuación, aunque no deja de tener protagonismo a fin de garantizar negocios civiles, comerciales y de consumo. 3. El contrato de fianza: concepto legal, caracteres y elementos tipificantes. La norma que comentamos describe al contrato de fianza mediante una fórmula que reconoce su antecedente en el artículo 3285 del Esbozo de Freitas, incorporando una definición típicamente legislativa (Irti). El concepto da cuenta de la multivocidad del vocablo fianza, que como garantía puede nacer de un contrato, supuesto al que alude expresamente el texto anotado, o por declaración unilateral de voluntad, como luego veremos al comentar el artículo 1987 del Código Civil. El contrato de fianza presenta los siguientes caracteres, a saber: a) unilateral o bilateral, según puedan reconocerse al momento del perfeccionamiento del contrato prestaciones a cargo de una o ambas partes. El texto legal que glosamos reconoce -a priori- sólo la obligación nuclear asumida por el fiador; b) incoloro o neutro, en cuanto la gratuidad u onerosidad no ha sido regulada por el legislador dejando a las partes libertad para actuar (Bueres y Mayo, Massidda). La gratuidad supone que el acreedor no asume en el contrato prestación o sacrificio alguno, siendo recipiendario de una liberalidad. La situación no cambia cuando el deudor asume una prestación para con el fiador, ya que, en tal caso, el primero es ajeno al contrato de fianza (Borda, López de Zavalia, Lorenzetti). La fianza sí es onerosa cuando el acreedor asume una prestación para con el fiador. Algunos autores creen ver allí un contrato de seguro (López de Zavalía) y otros juzgan que se trataría de un contrato atípico (Rodriguez). En verdad, nos parece que en tal caso la estructura del contrato presenta una gran cercanía al seguro de caución, pero las partes en ejercicio de su autonomía- pueden adoptar la forma que mejor se ajuste a la regulación de sus propios intereses (Lorenzetti); c) conmutativo, por conocer las partes al momento formativo las ventajas y sacrificios recíprocos. Lorenzetti afirma con acierto que la incertidumbre sobre el cumplimiento o inejecución de la obligación afianzada, no debe ser considerada como alea del contrato sino como condición de la efectiva responsabilidad del fiador; d) consensual, en tanto basta para su formación el mero consentimiento de las partes contratantes; e) no formal aunque con forma exigida para la prueba, según veremos al comentar el artículo 2006 del Código Civil; 1) típico, en cuanto tiene regulación legal. Al respecto recordamos que se trata de uno de los contratos que

presenta una doble regulación en el ámbito del Derecho Privado, lo que obliga a trazar -como luego veremos- diferencias con la fianza disciplinada en el Código de Comercio; g) de disposición, al exceder la administración ordinaria del patrimonio del fiador (Bueres y Mayo); h) de duración, por resultar el tiempo jurídicamente relevante (Massidda). La doctrina nacional también enuncia como caracteres del contrato de fianza a la subsidiariedad y a la accesoriedad. Nos parece que en verdad se trata de elementos tipificantes, sin los cuales no podría predicarse la existencia de esta garantía. Por tanto, ellos han de estar presentes en toda especie de fianza. La subsidiariedad supone que el fiador sólo debe cumplir su obligación si el deudor principal no cumple o ejecuta defectuosamente la suya (Valenzuela Garach). El incumplimiento del deudor es presupuesto de la responsabilidad del fiador. En alguna especie de fianza -simple- la subsidiariedad presenta expresiones de mayor intensidad al exigir la excusión de los bienes del deudor. La accesoriedad se explica en el contexto de la conexidad que gobierna al contrato y a la relación de fianza. Por ello, nuestro Codificador señala en la nota al artículo 2004 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". Aunque no puede dudarse de la validez de los pactos que importen su derogación (Massidda), cabe cuestionarse acerca de la naturaleza de la garantía en tal caso. Lo mismo sucede cuando es el legislador quien acepta la quiebra de dicho principio. Así, en el excepcionalísimo supuesto previsto en el artículo 1994 -fiador que afianza a un incapaz- la doctrina duda que estemos frente a una verdadera fianza (Alegría, Lacruz Berdejo). Acerca de los intensos debates que genera la accesoriedad en las fianzas generales y en las prestadas por quien se obliga como principal pagador, ver nuestros comentarios a los artículos 1988, 1989, 1990 y 2005. 4. La relación de fianza y el contrato de fianza como manifestaciones de la conexidad negocial. Se afirma con acierto que mayor interés que el contrato de fianza presenta la relación de fianza (Lacruz Berdejo), toda vez que la misma trasciende las fronteras del vínculo acreedor-fiador para ingresar en las relaciones entre fiador y deudor, y entre los propios cofiadores. Desde la relación de fianza puede apreciarse mejor el entramado complejo de vinculaciones que la conforman, y su conexión con la obligación garantizada. A partir de los modernos desarrollos de la Teoría General del Contrato la relación de fianza puede situarse en el ámbito de la coligación o conexidad negocial que permite considerar todos los vasos comunicantes existentes. Sabemos que el fenómeno de la coligación negocial puede expresarse de diferentes maneras. En lo que aquí nos interesa, creemos que la relación de fianza en sí considerada conforma una red negocial, que se manifiesta a través de vínculos horizontales, concurrentes y preferentemente simultáneos, en donde todos ellos aparecen unidos o ligados en un solo sujeto. Adviértase que la relación de fianza se constituye con cierta simultaneidad a partir de la celebración del contrato de fianza, que gira en torno a la figura del fiador -único o plural-. Por ello se explican algunas proyecciones de efectos entre las relaciones fiador-acreedor, fiador-deudor y cofiadores. El caso del artículo 2033 -en cuanto regula la oponibilidad del pago realizado por el fiador al acreedor- resulta suficientemente representativo. Del mismo modo, no puede soslayarse que la relación de fianza guarda un vínculo de subordinación o dependencia respecto del negocio garantizado. La consideración se centra respecto del contrato de fianza, fuertemente condicionado por el rasgo de accesoriedad que lo priva de eficacia -al menos como regla general- cuando se extingue la relación garantizada (López Frías). Expresiones concretas de esa dependencia se observan con nitidez en los artículos 1994, 1995 y 2042, entre otros, a cuyos comentarios remitimos. 5. Modalidades contractuales bajo las cuales se perfecciona el contrato de fianza. Aunque en ocasiones la garantía se otorga luego de una meditada negociación de sus términos, que se evidencia en el conocimiento por parte del fiador de los riesgos contractuales que asume, con frecuencia la vida negocial da cuenta de otra realidad, en donde la fianza se formaliza bajo el esquema de predisposición-adhesión, con escasos niveles de transparencia negocial, lo cual se refleja en la insuficiente información con la que cuenta el fiador al momento de la celebración del contrato, e incluso, en fase de ejecución del mismo, y en la

rigurosidad de las cláusulas bajo las cuales se celebra (Fresneda Saieg y Hernández, Nicolau). Allí están los ejemplos que nos proporcionan las fianzas constituidas para garantizar locaciones inmobiliarias y negocios bancarios celebrados para satisfacer necesidades de consumo. Dentro de ese contexto, no debe llamar la atención que tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado se ha generado una fuerte preocupación por la protección del fiador, procurando que el mismo tome debido conocimiento de los riesgos contractuales que asume, y que estos riesgos guarden una adecuada relación con el tipo de negocio garantizado, la actividad ordinaria del deudor y su situación patrimonial. Pese a la ausencia en nuestro ordenamiento de reglas especiales que vayan en esta dirección, se ha postulado enriquecer las normas relativas al contrato de fianza a través de una interpretación vivificadora al amparo de los principios generales, particularmente los de buena fe, razonabilidad y protección del consumidor, que actúan como instrumentos flexibles a la hora de juzgar el alcance de la responsabilidad del fiador (Fresneda Saieg y Hernández). No se trata de defender una protección exagerada del fiador que conmocione las bases mismas de esta garantía, sino de preservar estándares mínimos de tutela en aras de la afirmación de la lealtad negocial en aquellos supuestos en donde se reconozca la predisposición del contrato". 8. Encuadramiento de la figura del principal pagador: remisión. Acerca de la figura indicada en el título se discute su naturaleza jurídica y sus consiguientes efectos. Como luego veremos al comentar el artículo 2005, reivindicamos su ubicación dentro del cuadro de la fianza con todas las implicancias que ello supone. 9. La doble regulación del contrato de fianza: relaciones y diferencias con la fianza comercial. Conforme hemos señalado al recordar el carácter típico del contrato de fianza, nos encontramos con una doble regulación, la del Código Civil que aquí comentamos y la del Código de Comercio, contenida en su Libro II, Título V, Capítulo I. Para delimitar el campo de actuación de una y otra, el artículo 478 del Código de Comercio -concordante con el criterio objetivo sustentado en su artículo 8°- (Fernández y Gómez Leo) dispone que "Para que una fianza se considere mercantil, basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante". En orden a las consecuencias de tal emplazamiento, la doctrina comercialista afirma de manera uniforme (Argeri, Fernández y Gómez Leo, Rouillon) que la diferencia de régimen sólo cobra intensidad respecto al carácter bajo el cual se presume la constitución de la garantía: simple en materia civil (arts. 2003 y 2012) y solidaria en el ámbito comercial (art. 480 del Cód. de Com.). Ello no importa desconocer otras variantes, como la relativa a los efectos de la insolvencia del fiador. Al respecto remitimos al comentario al artículo 2001. Tal desdoblamiento no se justifica, por lo cual se pondera como favorable la postura de los Proyectos de Reforma al Código Civil, encaminados a la unificación del Derecho Privado.". ("Código Civil Comentado" – Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía – Contratos – Parte Especial – Tomo II – Artículos 1648 a 2050; Director: Ricardo Luis Lorenzetti; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2008; págs. 610/620).

De los instrumentos acompañados por la parte actora, resulta que las fianzas suscriptas por los demandados fueron tituladas como "Fianza Solidaria", y se extiende a una serie de obligaciones, inclusive futuras, que asuman las entidades fiadas ATEF Prestaciones S.A. y Pronor SRL.

Al respecto, y comentando los artículos 1988 a 1990 del C.C., la doctrina ha señalado: "1. La fianza general, la fianza de obligaciones futuras y la fianza ómnibus. Los artículos que comentamos dan cuenta del régimen de afianzamiento de obligaciones futuras. De manera introductoria recordamos que el Código admite ampliamente la garantía otorgada en seguridad de una obligación futura, lo que ha generado intensos debates en nuestra doctrina. Para comprender cabalmente dicho régimen creemos necesario formular algunas precisiones conceptuales, ligadas al objeto de la fianza, que permiten adentrarnos en los límites del riesgo asumido por el fiador (Lorenzetti). De acuerdo a su objeto, la fianza puede ser especial o general (Fargosi); en el primer caso garantiza obligaciones derivadas de una relación singular determinada; en el segundo, se constituye en seguridad de una

pluralidad de créditos, existentes o futuros, determinados o determinables. Usualmente, la fianza general supone el afianzamiento de obligaciones futuras, conocidas en el Derecho Comparado como fianza ómnibus por cuanto da cuenta de "...deudas futuras en [las que] se garantizan previamente por el fiador las obligaciones que un tercero pueda contraer con la persona a la que se afianza su cumplimiento" (Diez-Picazo y Gullón). Como mecanismo de garantía, la fianza ómnibus presenta indudables ventajas, toda vez que permite considerar de manera unitaria a las diferentes obligaciones que gravan al deudor frente al acreedor. El peligro radica en que el acreedor no valora la situación de su deudor para concederle créditos "..pues tiene la seguridad que le proporciona aquella garantía que se da «a ciegas»" (Diez-Picazo y Gullón). La necesidad de privilegiar la transparencia de estas operaciones jurídicas ha llevado a algunos países a modificar su legislación. Por ejemplo, en Italia se han incorporado normas especiales sobre la materia mediante la ley 154 del 17 de febrero de 1992, titulada "Normas para la transparencia de las operaciones y de los servicios bancarios y financieros", que importó reformas al Código Unificado de 1942 en orden al afianzamiento de obligaciones futuras en dicho ámbito negocial. Antes de ello, la Corte Suprema admitió recurrentemente la validez de este subtipo de fianza juzgando que la determinación del objeto debía inferirse de la relación existente entre el acreedor y el deudor (Bozzi). Ahora, el artículo 1938 reformado dispone que "La fianza puede ser prestada por obligaciones condicionales o futuras, con la previsión en este último caso, del importe máximo garantido". No se afecta "a priori" la validez de la fianza ómnibus, pero se prohíbe el otorgamiento de una garantía ilimitada, carente de una razonable limitación del riesgo asumido por el fiador (Fresneda Saieg y Hernández). 6. La concesión abusiva de créditos al deudor principal garantizada mediante una fianza ómnibus. La responsabilidad del fiador emergente de una fianza ómnibus puede verse limitada o incluso exonerada por la conducta culposa o dolosa del acreedor en la concesión del crédito; por ejemplo, en aquellos supuestos en los cuales, bajo el amparo de una fianza general relativa a obligaciones futuras, se otorgan nuevos créditos conociendo que la condición patrimonial del deudor se ha agravado notablemente. Aunque nuestro Código no ha valorado de modo especial la conducta del acreedor en las fianzas generales o abiertas, a diferencia de lo previsto en otros casos (v. gr., arts. 2015, 2018, 2043, etc.), es evidente que tal apreciación debe ser realizada recurriendo a los principios informadores de nuestro ordenamiento” (“Código Civil Comentado” – Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía – Contratos – Parte Especial – Tomo II – Artículos 1648 a 2050; Director: Ricardo Luis Lorenzetti; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2008; págs. 627/631).

Al comentar los artículos 1991 y 1992 del C.C., se remarca que: “1. Alcances del principio de accesoriedad en relación al objeto mediato de la fianza. El artículo 1991 del Código Civil consagra el principio de identidad entre las prestaciones emergentes de la obligación principal y el contrato de fianza. Ello se explica en el marco de la accesoriedad que caracteriza estructuralmente a esta última (Lacruz Berdejo). Aunque el objeto de la fianza desborda la prestación prometida, toda vez que apunta a la operación jurídico-económica que las partes moldean al tiempo de la concertación de la garantía, no puede negarse que la prestación debida integra su objeto mediato. La fórmula empleada por el legislador presenta un énfasis especial, que parece no dejar margen a dudas. Sin embargo, algún sector de nuestra doctrina admite que el fiador asuma una prestación diferente (Lavalle Cobo). En ese marco se entienden las propuestas de los proyectos de reformas -en especial el Proyecto de la Comisión creada mediante el decreto 468/92 y el Proyecto de Código Civil de 1998- que admiten una solución opuesta a la vigente. 2. La prestación debida por el fiador frente al incumplimiento del deudor principal. Cuando la deuda afianzada consiste en pagar sumas de dinero, dar cosas fungibles o ejecutar hechos que no requieran esencialmente el obrar del deudor, el fiador está obligado a su ejecución y a los daños y perjuicios resultantes (Llerena, Salvat y Acuña Anzorena, Zago); se trata de una consecuencia directa del principio de identidad material antes enunciado. En cambio, si la deuda importa dar un cuerpo cierto no fungible, o prestar un hecho personal del deudor, la prestación se limita a pagar los daños y perjuicios, por imperio de lo

dispuesto en el artículo 1992. La quiebra del principio de identidad persigue en estos casos limitar el riesgo asumido por el fiador, posibilitando su liberación mediante el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento (Lorenzetti); por ello no se ha dudado de las facultades con las que cuenta el garante para cumplir con la prestación de dar un cuerpo cierto no fungible en tanto sea posible y en la medida que no se hubiera extinguido el contrato, con sustento en el principio del abuso del derecho (Spota).". ("Código Civil Comentado" – Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía – Contratos – Parte Especial – Tomo II – Artículos 1648 a 2050; Director: Ricardo Luis Lorenzetti; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2008; págs. 635/636).

Y, al tratar los artículos 1994/1995, se agrega: "1. Algunas manifestaciones de la coligación o conexidad en el contrato de fianza. Al comentar el artículo 1986 del Código Civil hemos señalado que el contrato de fianza se encuentra fuertemente condicionado por el rasgo de accesoriedad, que lleva a situarlo dentro del campo de los negocios coligados o conexos (López Frías). Son expresiones concretas de ese emplazamiento el hecho de que: a) La fianza no puede existir sin una obligación principal válida; b) la extinción de la obligación afianzada se proyecta al contrato de garantía; c) la garantía no puede generar obligaciones más amplias ni más onerosas que las nacidas del negocio principal. 2. La extinción de la obligación principal y del negocio afianzado. Si la obligación principal no se constituyó válidamente, por estar afectada por una causa de nulidad o anulabilidad, la fianza habrá de extinguirse. Existe comunicabilidad de los vicios entre la obligación principal y la accesoria (Lorenzetti). A ello se refiere de manera central la fórmula del artículo 1994. Cabe aclarar, sin embargo, que la nulidad no borra todos los efectos de la garantía en tanto subsiste la eventual responsabilidad por los efectos restitutorios y resarcitorios que pudieran gravar al deudor principal (Nicolau). El texto nada dice sobre las vicisitudes extintivas que afectan al negocio garantizado. Pensemos, a título de ejemplo, en el distracto, la revocación -en los casos en los cuales se habilita legalmente-, la resolución emergente de la frustración del fin del contrato o la derivada del incumplimiento del deudor, etcétera. Nos parece que en tales supuestos, la extinción de la fianza actuará como principio, aunque no puede desconocerse que en aquellos casos en los cuales la causa extintiva del negocio principal ha sido pensada como mecanismo de tutela del crédito, su configuración no evitará la ejecución de la garantía (Fernández y Gómez Leo). Sobre el particular puede verse nuestro comentario al artículo 2042." ("Código Civil Comentado" – Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía – Contratos – Parte Especial – Tomo II – Artículos 1648 a 2050; Director: Ricardo Luis Lorenzetti; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2008; págs. 640/641).

En el caso de autos, el actor invoca una fianza solidaria, propia del ámbito comercial, por entonces regulada por el artículo 480 del Código de Comercio ("El fiador o fiadores responden solidariamente como el deudor principal, sin poder invocar el beneficio de división ni el de excusión que nunca se admiten en materia comercial"). El mismo supuesto de solidaridad resulta de los artículos 2003 a 2005 del Código Civil Velezano.

Precisamente, al comentar este régimen, la doctrina enseña que: "La multivocidad del vocablo solidaridad: sus repercusiones en el contrato de fianza. El Codificador recurre en diferentes oportunidades a la expresión solidaridad a fin de referir a la modalidad que puede acompañar a ciertas figuras jurídicas del Derecho obligacional. Así, se considera que la obligación es solidaria cuando exige -en virtud de su título- satisfacer la totalidad del objeto debido (Llambías), en tanto se aprecia que la fianza es solidaria cuando se priva al obligado de los beneficios de excusión y división. En la variada gama de posibilidades conferidas a los agentes económicos para moldear esta garantía personal, junto a la fianza solidaria aparece la fianza asumida como principal pagador, para cuyos efectos el Código parece reenviar a las normas de las obligaciones solidarias. Esta remisión ha generado intensos debates con proyecciones especulativas y prácticas que abordaremos en los puntos siguientes. 2. Fuentes de la fianza solidaria. Según el artículo 2003 la

fianza solidaria puede nacer de un pacto expreso entre las partes; de allí se infiere que en el ámbito civil la fianza se presume simple a la inversa de lo que ocurre en el ámbito mercantil (art. 480 del Cód. de Com.). También se entiende que la fianza es solidaria cuando el acreedor es la hacienda nacional o provincial, como privilegio reconocido al fisco (Lorenzetti). Un supuesto dudoso se presenta cuando el fiador hubiera renunciado al beneficio de excusión. El silencio del legislador hubiera conducido a ver allí una fianza simple en la cual el fiador no contara con la citada ventaja, sin embargo, el Codificador prefirió calificar al negocio como fianza solidaria. 3. Régimen jurídico de la fianza solidaria. El Código Civil ha considerado que la fianza puede exteriorizarse bajo dos modalidades, la simple y la solidaria. A ambas les son aplicables las mismas reglas referidas a sujetos, objeto, causa y efectos, con excepción de los beneficios de excusión y división (Lorenzetti). Por ello, el vínculo entre el fiador solidario y el acreedor no deja de estar gobernado por los principios de accesoriedad y subsidiariedad. El primero supone expandir la extinción de la obligación principal a la fianza solidaria, en tanto que el segundo importa reconocer -como regla- que el acreedor debe interpelar al deudor principal antes de dirigirse contra el fiador solidario (Borda, Lorenzetti); quedan fuera de esta exigencia los casos en los cuales la mora de la obligación principal fuera automática o hubiera sido decretado el concurso o quiebra del deudor. En las fianzas comerciales, el artículo 480 del Código de Comercio establece que la interpelación debe asumir forma judicial. La doctrina precedente -que compartimos- no hace más que aplicar la solución consagrada en el artículo 2004 en cuanto establece que "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". 4. La figura del fiador principal pagador como especie de fianza. El artículo 2005 da cuenta de una regla interpretativa especial por la cual se considera que quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, debe ser considerado como un codeudor solidario, sustrayéndoselo de las normas de la fianza. Una calificada corriente doctrinaria ha hecho una aplicación estricta de dicho precepto, construyendo una rígida frontera entre la fianza solidaria y la garantía constituida por el fiador principal pagador (Lorenzetti; Bueres y Mayo; Lafaille; Moglia Claps). Ello no ha impedido interpretar restrictivamente a ciertas cláusulas ambiguas donde la voluntad de obligarse en los términos del artículo 2005 no puede reconocerse fácilmente, tales como las que hacen asumir al garante el rol de liso llano pagador, fiador liso y llano o fiador pagador. La negativa a situar al fiador principal pagador dentro del ámbito de la fianza no es uniforme. Hay una fuerte tendencia en la doctrina actual que postula aplicarle los efectos de la fianza (Anaya y Trigo Represas; Fresneda, Esborraz y Hernández; Ghersi y Weingarten; Nicolau, Zago). Tal postura encuentra antecedentes antiguos. Asi, Machado se quejó de la alteración de los hechos que supone la postura emergente del artículo 2005 y Spota propuso interpretarlo a la luz del principio del abuso del derecho. Sin embargo, quien ha empleado argumentos de mayor solidez para combatir la postura de la interpretación estricta ha sido López de Zavalía, entre los que cabe destacar a los siguientes: a) Vélez quiso apartarse de su fuente inmediata, el artículo 3311 del Esboço de Freitas, que expresamente afirma: "Sin embargo, cuando alguien se obligare como principal pagador aunque con la calificación de fiador, no deberán aplicarse las disposiciones de este capítulo, sino exclusivamente las otras referentes a los codeudores solidarios"; b) la solidaridad voluntaria del artículo 699 del Código Civil exige unidad de título constitutivo, unidad de obligación y pluralidad de vínculos; es evidente que este esquema no se presenta en la figura del fiador principal pagador donde no hay unidad de obligación, y cada una de ellas tiene diferente contenido. Se ha dicho además que aplicar a ultranza la doctrina del artículo 2005 provoca graves confusiones, especialmente en las fianzas prestadas para garantizar contratos con prestaciones recíprocas, en donde, por ejemplo, en una locación de cosas, el garante gozaría como el locatario de los derechos emergentes de su calidad de parte (Nicolau), con todas las distorsiones imaginables. Del mismo modo, la posición que combatimos supone negar al fiador principal pagador la posibilidad de valerse del régimen de las excepciones de los artículos 2020, 2021 y 2022, y la aplicación de diferentes

causales extintivas de la fianza (arts. 2042 y concs.), sin que ello resulte justificado (Fresneda, Esborraz y Hernández; López de Zavalía; Nicolau). Sobre estas cuestiones volveremos al comentar las citadas disposiciones. Desde esta perspectiva, se intenta retener al principal pagador dentro del campo de la fianza, y se respeta la voluntad histórica del Codificador expresada en la nota al artículo 2004 en cuanto sostiene 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". Por lo demás, la interpretación propuesta trasunta una comprensión más realista de la garantía en estudio, generalmente formalizada de manera predispuesta y con bajos niveles de transparencia e información conforme planteamos al comentar el artículo inicial de este título 6. Diferencias entre el fiador solidario y el fiador principal pagador. Nuestra postura exige precisar las relaciones entre la fianza solidaria y la figura del fiador principal pagador. Al respecto, parece pertinente considerar a esta última como una variante más exigente de la primera, en donde "...el acreedor puede dirigirse contra el fiador principal pagador sin necesidad de requerir previamente al deudor [...] pues no siendo principal deudor, es principal a los efectos del pago, y el acreedor tiene derecho a requerirle el pago en primer término" (López de Zavalía). En tal caso, la responsabilidad del fiador sólo exige que se encuentre consumado el incumplimiento total o defectuoso del deudor principal. Al respecto, puede verse nuestro comentario al artículo 1986". ("Código Civil Comentado" – Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía – Contratos – Parte Especial – Tomo II – Artículos 1648 a 2050; Director: Ricardo Luis Lorenzetti; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2008; págs. 657/660).

Es dentro de este marco jurídico que se procederá al análisis y estudio del presente caso a los fines de resolver el cobro pretendido por la empresa actora que demanda en autos.

II.- Análisis Probatorio y Cuestión de Fondo:

Que, a fs. 35/37, el procurador Alberto Gregorio López Frías, apoderado de Banco Roberts S.A., con el patrocinio de la Dra. Agustina Campero De Alfieri, inicia el presente juicio de cobro de pesos por la suma de U$S50.000 (Dólares Estadounidenses Cincuenta Mil), con más los intereses que correspondan, gastos, IVA, y costas, en contra de los Sres: 1. José Asen Ale, 2. Amado Francisco Díaz, 3. Rubén Antonio Mora, 4.Miguel Ángel Pedraza, 5. Domingo Faustino Pérez, 6. Rito Vicente Varela, 7. María Cecicilia Serra y 8. Jorge Daniel Carnelli, por la suma de U$S50.000 (Dólares Estadounidenses Cincuenta Mil) en contra de cada uno de los demandados.

Manifiesta que, los demandados en autos, se constituyeron en fiador solidario liso y llano, y en principal pagador de cualquier obligación que ATEF S.A. y PRONOR SRL tenga contraída en el presente, o contraiga en el futuro, por incremento en la calificación crediticia de cualquier naturaleza, durante la vigencia del presente, hasta U$S 50.000 (Dolares Estadounidenses Cincuenta Mil). En base a ello, se dirige contra los demandados, en sus calidades de cofiadores, invocando la existencia de una deuda impaga que identifica como derivada de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, celebrado por ATEF S.A. y PRONOR SRL, en fecha 27/12/1996, que debía ser restituido en 48 cuotas mensuales y consecutivas de capital e intereses; el importe originario del mutuo fue de u$s 408.000, del cual, la parte actora reclama el pago de un saldo de u$s 432.464, según compulsa contable realizada por la CPN Alicia Mabel Vidal, al día 05/05/1998.

A fs. 50, la parte actora desiste del proceso en contra de los Sres. José Asen Ale y Rubén Antonio Mora, y desiste del derecho y del proceso en contra del demandado Sr. Rito Vicente Varella. Posteriormente, también desistió respecto del demandado Jorge Daniel Carnelli (fs. 163) y de Domingo Faustino Pérez (fs. 893).

A fs. 60/62, la parte demandada, Sra. María Cecilia Serra, contesta demanda se opone al progreso de la misma, niega todos y cada uno de los hechos enunciados por el actor y, sostiene, que su

mandante suscribió, en fecha 07/01/97, un contrato de fianza solidaria, mediante el cual se constituye en fiador solidario, liso llano y principal pagador de cualquier obligación que tenga contraída al presente o que contraiga en el futuro ATEF Prestaciones S.A. y Pronor S.R.L. con la entidad actora, Banco Roberts (hoy la cesionaria La Cuesta S.R.L.).

Manifiesta que, para que el presente contrato de fianza, que se pretende ejecutar en este proceso, tenga validez como tal, debe inexorablemente hacer expresa mención de la obligación principal afianzada (Contrato de Mutuo con Garantía Hipotecaria), debiendo del mismo contrato surgir con claridad manifiesta cual es la obligación principal afianzada.

Sostiene que, de una lectura del contrato de fianza celebrado, en ninguna parte del mismo, figura el contrato de mutuo que la actora dice haber celebrado con los afianzados, y por el cual es fiadora solidaria, siendo de esta manera el contrato que pretende ejecutarse, incausado por ser inexistente la obligación principal (Contrato de Mutuo).

Dicho crédito fue cedido a la hoy actora, La Cuesta S.R.L., mediante Escritura N° 85, de fecha 10/03/2005, por la cual el Banco actor cede sus acciones y derechos de la presente causa a favor de La Cuesta S.R.L. (fs. 568/572).

En suma, teniendo presente los desistimiento efectuados por la parte actora, sólo quedaron como demandados en autos los Sres. Amado Francisco Díaz (hoy, ante su fallecimiento, sus herederos), Miguel Ángel Pedraza (hoy, ante su fallecimiento, sus herederos) y la Sra. María Cecilia Serra.

De las pruebas aportadas en autos, en especial copia del contrato de fianza solidaria que se celebró entre el Banco Roberts y los accionados en autos, surge que los mismos se constituyeron en fiadores solidarios, lisos, llanos y principales pagadores de cualquier obligación que tenga contraída al presente o contraiga en el futuro hasta la suma de U$s 50.000 (Dólares Estadounidense Cincuenta Mil), ATEF Prestaciones S.A. y Pronor S.R.L.

A fs. 876/887, obra copia certificada por la Escribana María Emilia Colombo de Anadon, de la escritura N°1036, de fecha 30/12/1996, por medio de la cual entre los Sres. Jorge Manuel Franco, Alfredo Miguel Franco, por sus propios derechos, y los Sres. Eduardo Freytes y Miguel Ángel Cruz, en nombre y representación del Banco Roberts Sociedad Anónima, convienen gravar con derecho real de hipoteca en primer grado, en garantía de la deuda asumida por ATEF Prestaciones S.A. y PRONOR S.R.L a favor del Banco, por el monto de US$ 408.000 (Dólar Estadounidense Cuatrocientos Ocho Mil) dos inmuebles: 1) ubicado en calle San Juan 812, 816 y 818 - Matrícula Registral N-38112; 2) ubicado en calle San Martín 3449, Matrícula Registral N-36094.

Los contactos de fianza solidaria suscriptos por los demandados en autos, fueron firmados con posterioridad (Sra. Serra el 07/01/1997, Sr. Pedraza y Sr. Díaz el 10/01/1997), resultando una curiosidad, que, pese a ello, en los mismos no se haya efectuado una mención expresa del referido mutuo con garantía hipotecaria, a los fines de despejar toda duda de que las fianzas otorgadas también comprendía la deuda derivada del mismo.

Conforme se señala con anterioridad, una de las principales características de la fianza, exigible aún respecto de las denominadas “solidaria” y “ómnibus”, es la accesoriedad; es decir, la necesidad de que existe una deuda por la cual se otorga la garantía personal

En tal sentido resulta admisible la defensa esgrimida por la accionada Serra que ha negado que la fianza solidaria haya sido otorgada por dicha obligación nacida del referido mutuo con garantía hipotecaria que invoca la parte actora.

Tampoco en autos se ha producido prueba alguna tendiente a acreditar, por un lado, que las fianzas solidarias otorgadas por los accionados hayan comprendido el mutuo de u$s 408.000 contraído por ATEF Prestaciones S.A. y Pronor SRL, con la garantía hipotecaria constituída mediante Escritura N°1036, de fecha 30/12/1996; y, por otro lado, que tal obligación, cuyo cumplimiento fuera exigido en otros procesos judiciales, y respecto de los obligados principales o de los constituyentes de la hipoteca, tenga a la fecha un saldo deudor, ni su cuantía.

Esta falta de toda precisión sobre la subsistencia de la supuesta obligación garantizada, así como su cuantía impiden verificar el cumplimiento del artículo 1994 del C.C., así como verificar los límites de la garantía que resultan de los artículos 1995 y 1996 del C.C..

Por ello, considero que la acción de autos no puede ser admitida.

Sin perjuicio de ello, y, considerando que la fianza solidaria otorgada por los demandados comprendía la deuda por el mutuo de u$s 408.000 contraído por ATEF Prestaciones S.A. y Pronor SRL, con la garantía hipotecaria constituída mediante Escritura N°1036, de fecha 30/12/1996, entiendo que en autos ha resultado acreditada la extinción de la fianza por las causales previstas en los artículos 2042 (“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”) y 2043 (“La fianza se extingue también, cuando la subrogación a los derechos del acreedor, como hipoteca, privilegios, etc., se ha hecho imposible por un hecho positivo, o por negligencia del acreedor”) del Código Civil.

Al respecto, la doctrina ha dejado establecido que: “1. Modos de extinción de la fianza. Nuestra doctrina ha criticado la redacción del texto que anotamos habida cuenta de su escasa claridad. Pese a ello, existe consenso en cuanto al sentido y alcance que debe dársele, en orden a que las causas generales de extinción de las obligaciones extinguen la obligación del fiador, sea por vía de consecuencia -al afectar la obligación principal-, sea por vía directa -al incidir sobre la obligación accesoria-. A estos supuestos se añaden algunas causas particulares de extinción de la fianza (López de Zavalía). La extinción por vía de consecuencia es una muy clara manifestación de la coligación o conexidad que se encuentra presente en la relación de fianza. La dependencia de la garantía al negocio principal justifica la comunicación de causas extintivas, lo que lleva a pensar que aun cuando el Código no hubiera consagrado expresamente esta solución, el efecto de igual manera se produciría (López Frías). Sobre esta misma línea argumental se ha planteado la inquietud de saber si la extinción directa de la obligación accesoria puede proyectarse al negocio principal. Coincidimos con el director de la obra en cuanto a que ese efecto normalmente no puede ocurrir, ya que la conexidad presente en la relación de fianza es de subordinación, lo cual -a priori- impide la comunicación de efectos del negocio subordinado al principal. En el artículo 880, Vélez consagra esa solución al establecer que "La remisión hecha al deudor principal, libra a los fiadores; pero la que se ha hecho al fiador, no aprovecha al deudor". De todos modos, debe aclararse que al existir identidad de objeto entre la fianza y la obligación afianzada, los modos extintivos que satisfacen al acreedor producen respecto a él la liberación del deudor, aunque no así respecto del fiador por imperio de la subrogación a la que aluden los artículos 2029 y 2030 (Lorenzetti). Sobre los alcances de la conexidad en la relación de fianza ver nuestro comentario al artículo 1986. 2. Causas de extinción de la fianza por vía de consecuencia. En virtud del principio de accesoriedad, la extinción de la obligación principal produce como consecuencia la extinción de la fianza al desaparecer -como señala el artículo 523- la razón de ser de su existencia (Lorenzetti). Las causas son múltiples: a) en relación al pago, para que logre efectos liberatorios debe cumplir con los principios de identidad, integridad, localización y puntualidad. La liberación no habrá de producirse si proviene de la acción de un tercero, quien tendrá acción subrogatoria contra el deudor y el fiador (Lorenzetti). El Código regula de modo expreso el supuesto de dación en pago en el artículo 2050, a cuyo comentario

remitimos; b) con relación a la novación, también enviamos a nuestros comentarios a los artículos 2046, 2047 y 2049; c) la prescripción de la obligación garantizada comporta la extinción de la fianza. Al considerar las defensas oponibles por el fiador (arts. 2021 y 2022) hicimos referencia a esa posibilidad, agregando que a falta de previsión expresa para el caso correspondía aplicar el plazo de prescripción decenal del artículo 4023; d) según el artículo 862, la confusión sucede cuando se reúnen en una misma persona la calidad de acreedor y deudor. Este supuesto típico, que extingue la obligación principal y consecuentemente la fianza, no es el único que puede presentarse en el ámbito de la relación de fianza, en donde es posible reconocer otros supuestos. Así, la confusión entre las personas del acreedor y el fiador, aunque extingue la fianza deja subsistente la obligación principal. Un supuesto particular se presenta cuando la confusión se da entre deudor y fiador. Sobre sus efectos remitimos a lo dicho al comentar el artículo 2048; e) a la renuncia de los derechos del acreedor caben las consideraciones que hemos vertido al anotar el artículo 2049; f) la transacción que no tiene efectos novativos no extingue la fianza (Borda); g) la rescisión o distracto extingue la fianza hacia el futuro, habida cuenta de ser la resultante de la voluntad común entre acreedor y deudor; h) la resolución por incumplimiento desplegada por el acreedor no extingue la fianza, toda vez que constituye uno de los mecanismos de tutela con los que cuenta el acreedor. Diferente es el supuesto en el cual la resolución es planteada por el deudor ante el incumplimiento del acreedor (Lavalle Cobo); i) la nulidad de la obligación afianzada se proyecta sobre la fianza, aunque subsiste la eventual responsabilidad por los efectos restitutorios y resarcitorios que pudieran gravar al deudor principal (Nicolau). 3. Causas de extinción de la fianza por vía principal. A las causas que provocan la extinción directa de la fianza nos hemos referido al comentar los artículos 2015, 2018, 2043/5 y 2046. 4. Las causas de extinción en las diferentes especies de fianza. Los conflictos generados con motivo del fiador principal pagador. Al comentar los artículos 2003, 2004 y 2005 hemos tenido ocasión de referir y tomar postura sobre la figura del fiador principal pagador. Allí rechazamos el criterio doctrinario que lo considera codeudor solidario, y con ello, cuestionamos diferentes efectos derivados de tal interpretación, entre otros, la negativa a aplicar las causales extintivas propias del contrato de fianza. Con sustento en el carácter de obligado accesorio que -en nuestra opinión- reviste el principal pagador, hemos postulado la posibilidad de recurrir a las causas de extinción contempladas en el Título "De la fianza" (Fresneda, Esborraz y Hernández). Los planteos en esta dirección se han multiplicado en los últimos años (Anaya y Trigo Represas; Nicolau). Quien mayores esfuerzos ha dedicado al tema es López de Zavalía, el cual 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 especiales reguladas en los artículos 2043/6.En esta dirección se orienta la reciente reforma incorporada al Código Civil mediante el artículo 1582 bis, cuyo último párrafo, al referir a la nulidad de las cláusulas anticipadas de extensión de la fianza en los contratos de locación de cosas, alude a todas las formas bajo las cuales esta garantía puede asumirse. La voluntad del legislador ha sido captar con la reforma a todos los modos de constitución de la fianza, cualesquiera que sean las cláusulas más o menos rigurosas bajo las cuales se hubiera celebrado, incluyendo al fiador principal pagador. C) Jurisprudencia. 1. Transacción entre acreedor y deudor. Haciendo aplicación expresa de la norma bajo comentario, nuestra Jurisprudencia ha dicho que "Si acreedor y deudor principal han celebrado un acuerdo transaccional en el cual no ha intervenido el fiador, la fianza otorgada en el contrato de locación, se ha extinguido”, dado que "...al ser la fianza una obligación accesoria, extinguida la principal -por medio de la transacción- lo mismo ha de suceder con aquélla" (CNCiv., sala D, 18-7-2003, Lexis N° 10/9513).” (“Código Civil Comentado” – Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía – Contratos – Parte Especial – Tomo II – Artículos 1648 a 2050; Director: Ricardo Luis Lorenzetti; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2008; págs. 7220/726).

Ahora bien, de las pruebas producidas en autos resulta lo siguiente:

A fs. 862/866, en fecha 26/06/2019, el Registro Inmobiliario de la Provincia, informa que en las matrículas N°-38112 y N°36094, cuyas copias se adjuntan en autos, la Escritura Hipotecaria N°1036, se encuentra cancelada en el Asiento 2 del Rubro N°8.

Mediante presentación de fecha 09/11/2022, se acompaña escritura N°416 de cancelación de hipoteca otorgada por La Cuesta S.R.L. a favor de Alfredo Franco, por medio de la cual se establece que, habiendo la parte deudora dado cumplimiento a lo establecido en el convenio de fecha 15/04/2005, se da por cancelado el gravamen hipotecario, únicamente respecto a la propiedad de calle San Juan N°812/816/818, inscripto en Matrícula Registral N°38112.

Conforme escritura N°489, se realiza la protocolización de los autos caratulados “HSBC Banco Roberts S.A. c/ Franco Alfredo Miguel y otro s/ Especiales - Expte n°6277/98” en el cual la firma Delfy Express S.R.L. adquirió por subasta el inmueble identificado catastralmente como Padrón n°:17.865, matrícula y orden n°: 4559/203, e inscripto en el Registro Inmobiliario en Matrícula N-36094.

De las tales instrumentos surge que: 1) por un lado, en la ejecución hipotecaria del mutuo tomado por las fiadas ATEF Prestaciones S.A. y Pronor SRL, por un monto originario de u$s 408.000. uno de los inmuebles gravados con hipoteca constituida por Escritura N°1036, de fecha 30/12/1996, fue subastado y adquirido por una sociedad que, casualmente, es socia de la actora (ver contenido de Escritura N° 489), lo que implica que se ha cancelado, total o parcialmente, la deuda que fuera objeto de la fianza que se pretende cobrar en autos; 2) además de lo anterior, por Escritura N° °416, otorgada por La Cuesta S.R.L. a favor de Alfredo Franco, en la que se refiere que la parte deudora ha dado cumplimiento a lo establecido en el convenio de fecha 15/04/2005, se da por cancelado el gravamen hipotecario, respecto a la propiedad de calle San Juan N°812/816/818, inscripto en Matrícula Registral N°38112.

Es decir, los dos inmuebles que estaban gravados con hipoteca, en garantía del crédito que se pretende cobrar en autos, fueron desafectados en pago del referido crédito, uno por subasta en la ejecución hipotecaria, y otro por transacción celebrada entre deudor y acreedor, sin intervención de los fiadores, y en el cual se tiene por cumplida la obligación, motivo por el cual se cancela la hipoteca.

El otorgamiento de la Escritura de Cancelación de Hipoteca N° 416, de fecha 07/09/2005, por parte de la actora La Cuesta SRL, me genera la plena convicción de que el crédito que se pretende cobrar en autos a los fiadores fue totalmente pagado y se ha extinguido; y, como consecuencia de ello, también debe considerarse extinguida la fianza oportunamente otorgada por los demandados en autos.

Pero, aún en la hipótesis de que el crédito no hubiera sido totalmente cancelado, el otorgamiento de la Escritura de Cancelación de Hipoteca N° 416, de fecha 07/09/2005, por parte de la actora La Cuesta SRL, sumada a la subasta del otro inmueble gravado con la misma garantía hipotecaria, hacen aplicable lo dispuesto por el artículo 2043 del Código Civil, operándose la extinción de la fianza dada por los demandados.

Sobre este tema, la doctrina enseña que: “1. Relevancia de la mala fe o negligencia del acreedor en la extinción de la fianza. Al comentar los artículos 2015 y 2018 hemos puesto de relieve la significación que adquiere en la fianza el comportamiento diligente y de buena fe del acreedor, especialmente por tratarse de un contrato de duración. En este caso, la buena fe y diligencia se pondera a los fines de preservar las seguridades y privilegios existentes al tiempo de constitución de la garantía. Es comprensible que quien asume la deuda de otro valore las cualidades que enriquecen al crédito garantizado debido a que podrán ser invocadas -como lo acepta expresamente

el artículo 2029- en la correspondiente acción de reembolso. De allí que su privación por el obrar de mala fe o negligente del acreedor, siempre ocasiona perjuicios que imponen la extinción de la fianza (Lorenzetti). La medida del daño ocasionado delimitará el alcance de la extinción, ya que si la subrogación se ve afectada sólo en parte, el fiador quedará liberado únicamente en esa proporción (art. 2045). 2. Ámbito de aplicación de las normas bajo comentario. Hace ya varías décadas Colmo criticó la doctrina que postula la inaplicabilidad de las normas bajo comentario al fiador principal pagador. Sobre los criterios doctrinarios contemporáneos y las argumentaciones que aceptan la aplicación de estos textos a dicho garante, ver nuestros comentarios a los artículos 2003, 2004, 2005 y 2042." ("Código Civil Comentado" – Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía – Contratos – Parte Especial – Tomo II – Artículos 1648 a 2050; Director: Ricardo Luis Lorenzetti; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2008; págs. 728/729).

En el presente caso, la garantía hipotecaria otorgada en seguridad del crédito afianzado por los demandados de autos, fue constituida mediante Escritura N°1036, de fecha 30/12/1996, y los contratos de fianzas solidarias fueron celebrados en enero de 1997. Es decir, que la Sra. Serra y los Sres. Díaz y Pedraza, al obligarse como fiadores solidarios, tuvieron en cuenta que el crédito estaba garantizado con derecho real de hipoteca sobre dos inmuebles, por lo que, en caso de tener que responder como fiadores, se subrogará en los derechos del acreedor con esa garantía hipotecaria.

Es evidente que con el otorgamiento de la Escritura de Cancelación de Hipoteca N° 416, de fecha 07/09/2005, por parte de la actora La Cuesta SRL, posterior a la subasta del otro inmueble hipotecado (marzo 2005), tuvo lugar un acto positivo del acreedor que torna imposible toda subrogación en la garantía hipotecaria constituida oportunamente, con lo que corresponde tener por operada la extinción de las fianzas otorgadas por los accionados, en virtud del citado artículo 2043 del Código Civil.

En virus de las consideraciones vertidas, los hechos probados en la causa, la doctrina y jurisprudencias citadas y que se comparten, corresponde rechazar la presente demanda de cobro de pesos interpuesta originariamente por el Banco Roberts S.A., y continuada luego por su cesionario La Cuesta SRL, en contra de los Sres. Amado Francisco Díaz (hoy sus herederos), Miguel Ángel Pedraza (hoy sus herederos), y la Sra. María Cecilia Serra.

III- Costas y Honorarios:

En cuanto a la costas, siguiendo el principio objetivo de la derrota, y atento al resultado de la presente acción, éstas se aplican a la parte actora vencida, conforme ley expresa. (arts. 61 del CPCyCT Ley 9.531). Respecto a los honorarios, resérvese los mismos para ser resueltos en su oportunidad.

Por ello,

RESUELVO:

I.- SE TIENEN PRESENTE LOS DESISTIMIENTOS formulados respecto de los originalmente accionados José Asen Ale, Rubén Antonio Mora, Rito Vicente Varella, Jorge Daniel Carnelli y Domingo Faustino Pérez, quedando desvinculados del presente proceso.

II.- NO HACER LUGAR a la demanda de **COBRO DE PESOS** interpuesta por el **BANCO ROBERTS S.A.**, por medio de su apoderado Proc. López Frías con el patrocinio de la Dra. Agustina Campero De Alfieri, y seguida luego por su cesionario **LA CUESTA SRL** - CUIT N° 30-70841317-4, en contra de los Sres. **AMADO FRANCISCO** DÍAZ - DNI°3.672.386 (hoy sus herederos), **MIGUEL ÁNGEL PEDRAZA** - DNI N°6.976.999 (hoy sus herederos), y la Sra. **MARIA CECILIA SERRA** - DNI

N°10.592.906, conforme las consideraciones vertidas.

III.- COSTAS, a la parte actora vencida, La Cuesta SRL, conforme lo considerado (arts. 61 del CPCyCT Ley 9.531).

IV.- RESERVAR pronunciamiento sobre honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER.- 3619/98 MAB

DR. PEDRO MANUEL RAMON PEREZ

JUEZ

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL COMUN - 8a. NOM. (GEACC3)

Actuación firmada en fecha 22/10/2024

Certificado digital:
CN=PEREZ Pedro Manuel Ramon, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 20146618759

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán https://www.justucuman.gov.ar.