

LA DISCUTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPAL PAGADOR

Sumario. 1. Las garantías personales. Tipos. 2. Caracterización jurídica del principal pagador. Diversas posiciones. 3. El principal pagador como codeudor solidario. 4. Primera postura: asimilación del principal pagador al fiador. 5. Segunda postura: El principal pagador como deudor solidario y fiador. 6. Efectos que surgen de este tipo de garantía.

1. Las garantías personales. Tipos.

Un principio general del derecho civil es aquel que concibe al patrimonio del deudor como prenda común de sus acreedores. De dicha construcción jurídica derivan ciertas ideas fundamentales: el deudor responde ante su o sus acreedores solamente con sus bienes y no con su persona, y su responsabilidad por la deuda será universal como regla, es decir, con todos sus bienes, presentes y futuros¹. Nuestro Código Civil no consagra este principio tal como lo enunciamos en forma expresa, pero encontramos las directrices que surgen del mismo en cantidad de normas del mismo, como los arts. 505 inc. 3º, 955, 961, 1196, 3474, 546, etc.

En ciertas ocasiones, la mera existencia de este principio trasunta en motivo suficiente para asegurar la tranquilidad y confianza del acreedor en que la prestación que le es debida va a ser cumplida, y que el interés que lo llevó a otorgar su crédito será satisfecho de modo normal. Sin embargo, no siempre se da esta situación.. En tiempos como los actuales, marcados por las leyes de la oferta, la demanda y la evolución de los mercados, en donde la palabra no siempre se cumple, las exigencias del tráfico y la versatilidad del comercio, sumados a la gran inseguridad jurídica que se cierne sobre la sociedad, llevan a los acreedores a buscar nuevas formas de asegurar el cumplimiento de sus créditos ante la eventual insolvencia de su deudor. ¿Cómo pueden hacerlo?. A través de la implementación de las garantías, entendidas como las medidas o

¹ Pizarro, Ramón D.- Vallespinos, Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, T. 2, p. 271 y ss.

modos tendientes a asegurar el eficaz cumplimiento de la obligación, mediante la creación de un derecho subjetivo o de una facultad que se adosa al derecho de crédito². La generalidad de la doctrina distingue dentro del género “garantías” dos especies: las reales y las personales, según que el derecho conferido al acreedor que busca caucionar su crédito se dirija hacia una cosa concreta o determinada o hacia la misma persona del deudor o de un tercero. A nosotros nos interesan, ahora, solamente las garantías personales. Dentro de ellas, se erigen una pluralidad de figuras jurídicas que pueden ser utilizadas con tal sentido, siendo la garantía personal por excelencia la fianza.

Tradicionalmente, la relación entre la prestación garantizada y la garantía se desarrolló en el marco propio de una relación de accesoriedad e, inclusive, de subordinación de la segunda a la primera. Sin embargo, dicho esquema aparece hoy superado, pues proliferan nuevas formas de garantía, dotadas de autonomía respecto de la deuda principal, que asumen un papel fundamental en la economía moderna. Se ha dicho que “...conviene observar que las garantías personales no siempre revisten el carácter de subsidiarias, y que más bien tienden a convertirse en obligaciones conjuntas, para evitar todas las dificultades derivadas de la excusión previa. Por ello, en las relaciones comerciales desaparece este requisito y cada día más se elimina dentro de la misma órbita del derecho civil. A la fianza simple le ha sucedido la solidaria y a ésta la garantía del principal pagador, que es la mas buscada...”³. Con esta idea en mente efectuaremos una caracterización del principal pagador de acuerdo a su real naturaleza, porque no debemos olvidar que, en la actualidad, uno de las formas principales de garantizar un crédito es mediante la implementación de obligaciones solidarias, cuyo uso ya no atiende tanto al interés común de los codeudores entre sí de procurar satisfacción a sus deseos, sino al interés que tiene el acreedor de asegurarse por todos los medios legales posibles el cumplimiento de su crédito.

² Pizarro, Ramón D.- Vallespinos, Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones., T. 2, p. 293.

³ Lafaille, Héctor, Curso de Contratos, compilado por Pedro Frutos e Isauro P. Arguello, t. 3, p. 165.

2. Caracterización jurídica del principal pagador. Diversas posiciones.

Uno de los medios de garantía de las obligaciones a los que nos referíamos en los párrafos precedentes es la figura del principal pagador, regulado en nuestro Código Civil dentro del Título 10 –De la fianza- de la Sección Tercera –De las obligaciones que nacen de los contratos- del Libro Segundo –De los derechos personales en las relaciones civiles-, en el art. 2005. Este artículo, que reconoce explícitamente como precedentes a los juristas franceses Troplong y Aubry et Rau, e implícitamente a Texeira de Freitas, 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 de los codeudores solidarios”.

El principal pagador es una de las figuras propias del derecho argentino que en materia contractual ha provocado más discusiones acerca de su esencia jurídica. Se cimientan alrededor de la misma básicamente tres posiciones. Para una primera posición, que es la que sostienen los comentaristas del Código Civil, Segovia, Llerena⁴, y otros autores como Spota⁵, Lafaille⁶ y su discípulo Frutos⁷ (además de representar la posición mayoritaria a nivel jurisprudencia en el orden nacional y jurisprudencial, existiendo tanto antecedentes del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁸ y de la Corte Suprema de la Nación⁹ en ese sentido), el principal pagador es un codeudor solidario. Este pareciera ser también el criterio del Anteproyecto de Código Civil de Bibiloni¹⁰, del Anteproyecto de Llambías del año 1954¹¹, del Proyecto de

⁴ La postura de estos dos últimos autores la extraemos de las enseñanzas de López de Zavalía, Fernando J., -Teoría de los contratos, t. 5, “Parte especial (4)”, p. 42.

⁵ Spota, Alberto G., Instituciones de derecho civil. Contratos, vol VIII, p. 231.

⁶ Lafaille, Héctor, Curso de Contratos, compilado por Pedro Frutos e Isauro P. Arguello, t. 3, p. 182.

⁷ Frutos, Pedro, Elementos de derecho civil. Contratos, t. segundo, p. 224.

⁸ T.S.J.Córdoba, “Ferrari, Oscar F. c. Martínez, Alberto A. y otro”, voto del Dr. Petitto, 12 de abril de 1994, LLC- 1994, p. 693.

⁹ C.S.J.N., “Lorenza Rodríguez Hernández v. Augusto Carlos Garde y otros”, considerando 6º, 29 de abril de 1997, Fallos-320, p. 752.

¹⁰ El art. 2143 del Anteproyecto de Código Civil de Bibiloni, repitiendo el artículo 2005 del Código Civil vigente 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”.

Código Civil elaborado por la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de 1987¹², y del Proyecto de 1993 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial¹³, aunque ninguno de estos precedentes es lo suficientemente claro –salvo el del año 1987-, limitándose en la mayoría de los casos a repetir las enunciaciones del Código de Vélez, o sentar su posición sobre el tema en notas, las que, como bien se sabe, no tienen valor de ley, y son solamente una guía para el intérprete.

Una segunda posición, intermedia, es la que distingue el aspecto externo de la obligación que contrae el principal pagador del aspecto interno. En el aspecto externo, referido a las relaciones que se establecen entre el garante y sus acreedores, el principal pagador sería un deudor solidario, al que se le aplicarían las normas del Código Civil referidas a solidaridad en este aspecto; pero en el interno, esto es, la relación del principal pagador con el deudor afianzado, se lo debería considerar como fiador, aplicándosele por tanto las reglas enunciadas por nuestro Código en sus artículos 1986 a 2050. Esta es la postura que sostienen López de Zavalía¹⁴, Lorenzetti¹⁵ y Salvat¹⁶, entre otros¹⁷. Similar orientación sigue el Proyecto de Reforma de Código Civil de 1936¹⁸ y el

¹¹ Art. 1378 del Anteproyecto de Código Civil de 1954: "Obligación como principal pagador. 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 Cap. 3, Tít 4 de este libro (sobre obligaciones solidarias) y no por las del presente título".

¹² Dispone el art. 1999 del Proyecto de Código Civil de 1987: "Cuando alguien se obliga como "principal pagador", aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario".

¹³ Art. 1999 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1993: "Cuando alguien se obliga como principal pagador", aunque sea con la calificación de fiador, es considerado deudor solidario". El alcance de esta disposición está delimitado por el informe de la comisión de legislación general que acompaña al anteproyecto, que en uno de los párrafos dedicados a la consideración de las reformas en materia de fianza, textualmente dice: "...se deja en claro que el "principal pagador" no es un fiador, siempre obligado accesorio y subsidiario, sino un codeudor solidario: de allí que desaparezca la referencia al "fiador- principal pagador...".

¹⁴ López de Zavalía, Fernando J., Teoría de los contratos, t. 5, "Parte especial (4)", p. 44.

¹⁵ Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos, t. III, p. 491.

¹⁶ Salvat, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Contratos, t. 2, p. 281.

¹⁷ No coincidimos con López de Zavalía, que coloca a Spota dentro de esta línea de pensamiento. Creemos que de las expresiones que realiza este último en sus múltiples trabajos acerca del tema que nos ocupa, surge claramente que él considera al principal pagador es un codeudor solidario. Sobre algunas consideraciones específicas que Spota realiza acerca del tema en cuestión, véase en nuestro trabajo, &7, p. 30.

¹⁸ De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1315 del Proyecto de Reforma al Código Civil de 1936, "Cuando alguien se comprometiere como principal pagador, aunque fuere a título de garante, se le juzgará con respecto al acreedor, como obligado solidario". De acuerdo a la última parte de este artículo, parece ser que la solidaridad del principal pagador solamente

Proyecto de Código Civil de 1998¹⁹, a pesar de la imprecisión de la norma que regula esta figura.

Por último, una posición extrema, que cuenta con una creciente aceptación jurisprudencial, y que es propiciada a nivel doctrinario por Alejandro Borda²⁰ y Moeremans²¹, sostiene que el principal pagador es un fiador, al que únicamente le son aplicables las normas establecidas dentro del Título 10 –De la fianza- de la Sección Tercera –De las obligaciones que nacen de los contratos- del Libro Segundo –De los derechos personales en las relaciones civiles- y nunca las que rigen las obligaciones solidarias. Aunque despierta dudas, esta parecería ser la posición de los miembros de la comisión que realizó el Proyecto de Reformas al Código Civil en el año 1992²².

Desde ya, nos pronunciamos a favor de la primera postura reseñada, esto es, la que considera que el principal pagador es un deudor solidario, tanto respecto del acreedor de la obligación afianzada como en relación al deudor de la misma.

3. El principal pagador como codeudor solidario.

Decíamos que nuestro Código Civil había regulado dentro del Título dedicado a la fianza la figura del principal pagador. La referencia al mismo se hace en dos preceptos, el art. 2005 anteriormente transcrito, y el art. 2013, inc. 3, que dispone que “No le es necesaria al acreedor la previa excusión de los

jugaría con respecto al acreedor y no en relación al deudor de la obligación afianzada, quien estaría unido al principal pagador por los lazos jurídicos derivados de la fianza.

¹⁹ Art. 1501 del Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998: “Principal pagador. Quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario, y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias”.

²⁰ Borda, Alejandro, La fianza y el nuevo artículo 1582 bis del Código Civil (un paso en la buena dirección, pero insuficiente), LL, 2002-E- 1205.

²¹ Moeremans, Daniel, La fianza en el contrato de locación, LL 2002-F- 1563.

²² El art. 1419 del Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo en el año 1992 preceptúa que “Quien se obligue como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, será considerado deudor solidario y su obligación se regirá por las disposiciones de este Libro, Sección II, Capítulo IX”. Pese a la remisión efectuada a las normas en las obligaciones solidarias, y la aparente claridad del texto, en la nota al mismo se vislumbra la posición de los autores, quienes agregan -después de recordar la posición de los anteriores proyectos de reforma al Código Civil- que “... de todos modos, la obligación no deja de ser accesorio”. Corolario de la accesoriedad de la obligación del principal pagador es su encuadramiento como fiador, siendo el carácter accesorio el principio tipificante de la fianza, como veremos más adelante.

bienes en los casos siguientes.....3.Cuando se obligó como principal pagador...”.

El primero de estos preceptos, el art. 2005, es de meridiana claridad. Según lo que esta norma dispone, cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque fuera con la calificación de fiador, será codeudor solidario, y se le aplicarán las normas sobre los deudores solidarios. En puntos anteriores recordábamos las fuentes de este artículo. En la nota al precepto comentado, Vélez nos remite a las enseñanzas de Troplong y Aubry y Rau. Como bien nos recuerda Spota, el primero de estos renombrados autores, al referirse a la discusión que con motivo del art. 2021 C.C. francés se entabló en la doctrina, expresa “...por lo demás, toda dificultad desaparece si el fiador se obligó como deudor principal”, “siendo claro que no podrá oponer las excepciones ex personae debitoris, porque sería el mismo deudor directo, principal solidario”. Aubry et Rau, por su parte, enseñan una tesis contraria, desde que, para ellos, la fianza no pierde su carácter de obligación accesoria si ha sido contraída solidariamente y como principal pagador²³. Además de los autores citados en la nota, la redacción del precepto hace pensar razonablemente a la doctrina que el principal precedente de nuestro art. 2005 es el art. 3311 del Proyecto de Código Civil de Freitas, que con evidente precisión, después de disponer en el art. 3310 que “La fianza solidaria será exclusivamente juzgada por las disposiciones de este Capítulo y no por las de los arts. 1016 al 1024 sobre codeudores solidarios”, dice en el próximo precepto “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 co-deudores solidarios”.

No cabe duda que, más allá de alguna pequeña diferencia terminológica, este artículo ha sido la base tomada por Vélez para construir nuestro 2005 del Código Civil. Y éste es el sentido que nosotros entendemos que nuestro Código Civil ha adoptado para el principal pagador: él es un codeudor solidario, lo que significa que la totalidad del objeto de su obligación puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores, según lo dispone el art. 699.

²³ Spota, Alberto G., Instituciones de derecho civil. Contratos, vol. VIII, p. 248.

Nos parece que el precepto en cuestión es suficientemente claro. El principal pagador será codeudor solidario, dispone. Incluso, se aclara que se dará esta situación aunque se lo haya calificado de fiador. Obsérvese que en los dos preceptos en los que Vélez Sarsfield hace referencia a esta figura, el codificador se cuida de no usar el término fiador. Esto manifiesta la preocupación que se tuvo de distinguir las figuras de fiador y principal pagador. Cuando se alude a la fianza, se hace referencia a un vínculo que es siempre accesorio, más allá de la caracterización específica que se le otorgue en la especie. Cuando se hace referencia al principal pagador, nos encontramos ante un vínculo de carácter principal. Ese es el significado de la frase principal pagador, “como si fuera el mismo obligado”²⁴. Creemos que la ubicación de la regulación sobre el principal pagador dentro de las normas de la fianza fue lógica dentro del esquema perfeñado por Vélez, quien siguió la metodología de Freitas en este instituto jurídico, aunque con mayor rigor metodológico debió dedicarle el tratamiento del principal pagador a alguna norma dentro del título de las obligaciones solidarias, en pos de evitar discusiones como la que se da en nuestra doctrina con respecto a este tema. Además, no se entiende por qué, si el Código Civil hubiera entendido al principal pagador como fiador, se reguló de manera diferenciada a esta figura de la del fiador solidario. Ya hemos dicho que en el art. 2004 y su respectiva nota, se ha procurado dejar en claro que el vínculo que une al fiador solidario es accesorio con respecto a la deuda principal, y que la única diferencia con respecto a la fianza simple es la exclusión de los beneficios de división y excusión. Si aceptáramos la postura de que el principal pagador es fiador, cuyo vínculo debe ser necesariamente accesorio, llegaríamos a la ilógica conclusión de que se han regulado en dos preceptos consecutivos, con diferentes nombres, dos institutos iguales. Recordemos que la doctrina que emparenta al principal pagador con el fiador encuentra como elemento distintivo de éste con el fiador solidario la improcedencia de la interpelación previa al deudor²⁵, de acuerdo a lo preceptuado para los fiadores solidarios en materia comercial por el art. 480 del Código Mercantil. Esta aplicación analógica de las norma sobre fianza

²⁴ Spota, Alberto G., Alcance de la obligación del fiador solidario y principal pagador en la locación de cosas, JA, t. 60- 526.

²⁵ Borda, Alejandro, La fianza y el nuevo artículo 1582 bis del Código Civil (un paso en la buena dirección, pero insuficiente), LL, 2002-E- 1206.

comercial a la civil no ha sido tenido en cuenta por Vélez al legislar sobre el principal pagador, y no podemos sostener que esta sea la nota que diferencia a dichos institutos. Tampoco creemos que el apartamiento del texto de Freitas pueda ser prueba de que se ha pretendido darle al vínculo del principal pagador el carácter de accesorio -aunque es cierto que el texto del autor brasileño es más claro que el de nuestro Código. Nuestro ordenamiento civil ha optado, en una norma avanzada para la época, de erigir un tipo de garantía peculiar, caracterizada por ser principal con respecto a la deuda garantizada. Ya se dijo anteriormente que, aunque tradicionalmente las garantías personales se han caracterizado por su accesoriedad, asistimos a un fenómeno en la práctica del derecho, que se manifiesta en el intento de otorgar las mayores seguridades posibles al acreedor, en aras de un fin superior, cual es el posibilitar un mayor acceso al crédito. La figura bajo comentario es uno de los principales supuestos que demuestran esta nueva orientación. No compartimos las afirmaciones de importante sector de la doctrina, que considera que la norma del art. 2005 traiciona la voluntad de las partes, al erigir al principal pagador como codeudor solidario en vez de como fiador²⁶. Más allá de las consideraciones que haremos en el próximo punto, hay que recordar que las cauciones se otorgan en interés del acreedor y del deudor más que del

²⁶ Dassen nos enseña su preocupación de esta manera; "...Mal o bien, ante la precisión de los términos, no puede haber duda de que en el caso del art. 2005 no hay fiador, sino deudor directo, al que no pueden aplicarse las disposiciones de la fianza sino las de los codeudores solidarios. Por mucho que se aguace el ingenio, no será posible hacer decir a esta disposición lo contrario de lo que tan categóricamente dice. Sin embargo, hay quien se ha empeñado en este trabajo. Uno de ellos es el doctor Colmo que en su calidad de miembro de la cámara civil 1ª de la Cap. sostuvo que el que se obligaba en un contrato de locación como "principal pagador", no era otra cosa que un fiador; pero ha tenido el mérito de demostrar, en sus ilustrados votos, las injusticias y las inconsecuencias que resultan de esa disposición -entendida de la única manera que a nuestro juicio puede entenderse- que pugna, en la mayoría de los casos, con la realidad de los hechos y la intención evidente de las partes, que debiera primar en todos los contratos. La intención de las partes queda reducida a cero, ante lo terminante de la disposición: aunque sea con la calificación de fiador, que emplea el art. 2005. La prueba más evidente de que este precepto está en pugna con el propósito manifiesto de las partes, en la casi totalidad de los contratos de locación, es que, casi invariablemente, a la calificación de principal pagador, le precede la palabra fiador y la manifestación de que la fianza a se da "en garantía del cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el presente contrato", lo que evidencia el ánimo claro de erigir al que así se obliga en un garante y no en un coinquilino; pero la ley dice, tiránicamente, que, aunque sea con la denominación de fiador, el principal pagador es un deudor directo, al que deben aplicársele las disposiciones de los codeudores solidarios y no las de la simple fianza. Todo esto demuestra la inconveniencia de un precepto como el del art. 2005, que, ante su claridad, debe ser respetado...". Dassen, Juan J., Los alquileres posteriores al vencimiento del contrato de locación y la responsabilidad del que se obliga en calidad de "principal pagador": estado actual de la jurisprudencia interpretativa de las cámaras civiles de la Capital Federal, JA, t.47- 958, p. 47.

fiador. Sin embargo, a pesar de la caracterización que hacemos del principal pagador, entendemos que la regulación de la figura debe contener una conciliación de los intereses del acreedor con los del garante, los cuáles no suelen ser comunes. Pero nos parece que esta consideración de los intereses a menudo contrapuestos de las partes en ésta figura la ha hecho nuestro ordenamiento legal, y sin necesidad de tener que apelar a la ficción de decir que hay fianza donde no la hay.

Procurando echar luz al alcance del concepto de principal pagador, proponemos examinar las otras teorías sobre su naturaleza jurídica, y posteriormente dedicarnos a delimitar las consecuencias de la doctrina sustentada en este trabajo.

4. Primera postura: asimilación del principal pagador al fiador.

Una de las opiniones que se asoman en doctrina con respecto al tema que nos compete, de particular ímpetu en los últimos tiempos, y que hace énfasis en razones de justicia y protección al deudor -así como continua referencia a lo que conceptúan como una correcta interpretación negocial de la voluntad de las partes- considera que, en el derecho privado argentino, al lado de la fianza solidaria que establece el Código de Comercio, en sus arts. 480 y ss., existirían tres tipos de fianza en nuestra legislación civil: la fianza simple, la fianza solidaria y el “fiador” principal pagador. Se dice que la obligación que nace de la esta última es también accesoria, y que su rasgo distintivo es que el acreedor tiene derecho a exigir el cien por ciento de su crédito al fiador en forma directa. El art. 2005 del Código Civil establece que al principal pagador se le aplican las disposiciones sobre los codeudores solidarios; sin embargo, ello no significa que deje de ser fiador y no se advierte razón alguna para responsabilizarlo en forma más amplia que el fiador puro y simple en otro aspecto que no sea el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento directo de la obligación, máxime si se considera que parece haber quedado sólo en la letra del Código Civil la posibilidad de otorgar una fianza simple. Como corolario, al principal pagador le son aplicables todas las normas sobre la fianza reguladas en el Código de Vélez, y las diferencias que existen entre los tres tipos de fianza son: beneficio de excusión y división (fianza simple),

interpelación previa al deudor (fianza solidaria) y demanda directa al fiador (fianza principal pagador). Pero entre ellas no existen distinciones en lo que hace a la accesoriedad de la garantía²⁷.

Valgan las siguientes aclaraciones. El art. 1986, el primero dentro del Título 10 –De la fianza- de la Sección Tercera –De las obligaciones que nacen de los contratos- del Libro Segundo –De los derechos personales en las relaciones civiles-, nos da la definición de fianza, estableciendo que “Habrà 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”. El contrato sub examine es uno de los que presentan mayor variabilidad en sus caracteres.. Es gratuito, y es discutida por una parte de la doctrina si puede ser oneroso. Es un contrato unilateral, que sólo genera obligaciones para una de las partes, pero si se aceptara que puede ser oneroso, la contraprestación que debería darle el acreedor al fiador teñiría a este acto jurídico de bilateralidad. La exposición de estos caracteres no obedece a nuestro interés de hacer un estudio exhaustivo de este contrato, sino para permitirnos demostrar que hay solamente un carácter cuya existencia o falta determina que nos encontremos ante una fianza u otra especie de garantía personal: el carácter accesorio del mismo, tal como surge de la definición del art. 1986 y las aplicaciones particulares de los arts. 1990, 1991, 1992, 1994, 1995, 2004, 2012, 2037, 2042 y concordantes. No participamos de las opiniones reseñadas en el párrafo precedente. No nos parece que, en aras a lo que se puede conceptuar como “valor justicia”, o “correcta interpretación de la voluntad de las partes”, nos podamos apartar de textos categóricos como los que contiene nuestro Código Civil en el art. 2005, que no dice solamente que al principal pagador se le aplican las disposiciones sobre codeudores solidarios, como relata la doctrina en comentario, sino que será un codeudor solidario. Ni podemos dudar ante la claridad del precepto legal de que la obligación del principal pagador es de carácter principal, no accesoría. Y siendo la accesoriedad el elemento caracterizante de la fianza, donde no hay

²⁷ Borda, Alejandro, La fianza y el nuevo artículo 1582 bis del Código Civil (un paso en la buena dirección, pero insuficiente), LL, 2002-E, p. 1206.

accesoriedad, no podemos encontrar fianza²⁸. Compartimos las afirmaciones de Llambías en este punto, quien, al comentar el art. 1378 de su Proyecto de Reforma al Código Civil, relativo a la figura del principal pagador, dice "...La norma en cuestión, si bien no es de las que regulan directamente el contrato de fianza, que menciona de manera casi incidental, contribuye a limitarlo, aunque de modo negativo, al establecer que la colocación del fiador en igual grado de responsabilidad con el deudor principal, contraría la esencia de la fianza, para venir a constituir una garantía diferente de ese contrato. Como en todos los casos, la calificación de las partes nada significa frente al contenido del acto...²⁹".

Más allá de esto, debemos recordar que, en las hipótesis en donde la constitución de una garantía personal se da de manera gratuita, se genera una situación especial. Sin olvidarnos de la defensa del interés del acreedor, en este caso hay que tener muy en cuenta el particular entorno en el cual una persona se constituye en garante de una obligación. Las cauciones gratuitas suelen obedecer a motivos puramente altruistas, o de amistad, y ocurren muy a menudo como expresión del trato familiar que mantienen las personas entre sí. En el fondo de estas relaciones jurídicas, reside un motivo subjetivo esencial: la confianza del garante en el deudor, y la seguridad de que este último va a cumplir la prestación a su cargo. Ninguna persona presta una caución presuponiendo el incumplimiento del deudor garantido, y menos sin ninguna esperanza de recibir alguna prestación en dinero para el supuesto de inobservancia de la obligación de pago por parte del solvens. Es por eso que las garantías personales gratuitas –género dentro del cual podemos encontrar a la fianza y al principal pagador en el común de los casos-, son obligaciones

²⁸ Al respecto, Díez-Picazo opina que "...la fianza de deuda futura supone, en cierta medida, una quiebra del principio de accesoriedad, pues la relación o situación de fianza nace, se constituye y existe, sin que exista la obligación principal. ¿Cómo repercute todo ello en la posición jurídica del fiador?. En particular, como ha señalado Gullon, lo que debe decidirse es si el fiador se encuentra ya vinculado, incluso antes del nacimiento de la obligación principal y si en consecuencia puede o no revocar libremente la fianza. La solución que se desprende del artículo 1825 (del Código Civil Español, que dispone que puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida) es, sin duda, la primera. La constitución de fianza produce una vinculación del fiador a la situación creada, de la cual no puede desligarse". Nótese que, en este caso, el vínculo del fiador cobra realmente eficacia sólo al existir la obligación principal, a cuyo nacimiento su obligación está supeditada. Si la obligación principal del deudor resultara abortada, la fianza no tendría sustento válido ni existencia posible. Díez-Picazo, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial, p. 597.

²⁹ Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina, comentario al art. 1378.

contraídas en interés ajeno -del deudor, principalmente- con la finalidad de facilitarle a éste el acceso al crédito, del que de otra manera podría verse privado. El interés es , en su significación vulgar, sentido de aprovechamiento económico, de utilidad o de ventaja que la ejecución de un negocio jurídico puede procurar al titular de dicho interés, y en connotación jurídica, constituye el núcleo de un derecho subjetivo³⁰. No olvidemos que en estos tiempos de inseguridad, resulta muy difícil conseguir préstamos, o efectuar convenciones de plazo diferido o tracto sucesivo sin una garantía detrás que le brinde apoyo al negocio jurídico que vinculará a deudor y acreedor. Es esta idea -según la cual la obligación que contrae el principal pagador es otorgada en interés del deudor- la que debe iluminar las soluciones a adoptar en esta controvertida materia, sin que sea necesario apartarnos de la regulación de nuestro Código Civil sobre obligaciones solidarias para lograr este cometido.

Dediquémonos ahora a analizar los argumentos de la tesis sub examine, para ayudarnos a definir aún más las bases de la postura sustentada en este trabajo.

1-En primer lugar, se dice que el principal pagador no deja de ser fiador con relación al deudor principal aunque el acreedor haya adquirido el derecho de demandarlo como si fuera el obligado principal. Contestamos que donde la norma no distingue, no debe hacerlo el intérprete. El art. 2005 dice que el principal pagador será codeudor solidario, sin realizar una distinción con respecto al acreedor o al deudor garantizado. Téngase en cuenta además que si el principal pagador fuera fiador con respecto al deudor, se vería conculcado el interés del acreedor, quien al contratar tuvo especialmente en miras el tipo de garantía que asume el principal pagador. Nuestro ordenamiento le concede derechos al fiador con respecto al deudor, legislados en el capítulo tercero del título de la fianza, que no han sido tenidos en cuenta por el acreedor al conceder su crédito. Resultaría contrario al principio de la buena fe contractual, recogido en nuestro ordenamiento civil en el art. 1198, concederle al principal pagador privilegios como la exoneración de la fianza, que no han sido tenidos en miras por el acreedor al momento de contratar. Nótese además que esta tesis, que comienza enunciando que el principal pagador es fiador, luego

³⁰ Aparicio, Juan M., Contratos, Parte General, t. 2, p. 205.

contradice su postura, reconociendo que en las relaciones que lo unen al acreedor es deudor solidario. Este contrasentido contribuye a que no quede claro el alcance que esta posición doctrinaria pretende dar a la figura del principal pagador.

2- Además- se agrega-, el modelo excluyente de contratación moderna es el de fiador principal pagador, convirtiendo a la locación y a la fianza accesoria en verdaderos contratos con cláusulas predisuestas – con todo lo que ello implica en materia de interpretación contractual-, celebrados mediante instrumentos prerredactados (sea por el locador, sea por el intermediario inmobiliario- que normalmente defiende los intereses de este último-), y en donde al locatario y al fiador no les queda otra opción que aceptar el contrato tal como viene o no celebrarlo. En primer lugar, en contra de este fundamento, debemos reiterar las consideraciones efectuadas en el sentido de que se debe procurar la conciliación de los intereses del principal pagador con los de su acreedor, y como los de éste último no deben ceder con respecto a los del caucionante, salvo en situaciones reñidas con la buena fe contractual. Agregamos que no nos parece que la forma de contratación en formularios prerredactados pueda influir sobre la calificación jurídica de la posición que ocupan las partes en estas convenciones. Recordemos que, al fin y al cabo, los contratantes son los que se obligan, sin tener deber legal alguno que los constraña a hacerlo, quedando por tanto comprometidos a su palabra como si esta fuera la ley misma, conforme a nuestro artículo 1197 del Código Civil. Con respecto a las cláusulas prerredactadas, tenemos que recordar que no hay una norma general que determine sanciones a esta forma de contratación en nuestro derecho privado, muy utilizada en la actualidad³¹, salvo en lo que respecta a la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, que regula este tipo de contratación dentro de su Capítulo Noveno. Sin embargo, para el tema que aquí nos interesa, recuérdese que el art. 1 de la ley 24.240 excluye a los contratos de locación de inmuebles de las convenciones que son objeto de regulación por esa ley, por lo cual no existe norma alguna que impida celebrar estos contratos prerredactados, ni impongan sanciones o interpretaciones específicas. El único control que se puede ejercer sobre ellos son los derivados

³¹ Aparicio, Juan Manuel, Contratos, Parte General, t. 1, p. 299 y ss.

de los principios de los arts. 953 –licitud del objeto de las convenciones-, 1071 –abuso del derecho-, y 1198 –buena fe contractual-, lo que constituye una cuestión de hecho a la que debe estarse en cada caso. Aunque no estamos a favor de los contratos con cláusulas prerredactadas, no dudamos en su naturaleza contractual, y no hay interpretación que valga a la hora de cambiar las calificaciones jurídicas que surgen de dichos instrumentos de contratación. Además, si seguimos el hilo de razonamiento de esta posición, el principal pagador que cauciona un contrato de locación, obligándose en un contrato de cláusulas prerredactadas sería fiador, y no así el principal pagador que garantiza un mutuo, por ejemplo, u otro contrato. La posición que criticamos adolece de un defecto sustancial: al analizar la figura en cuestión desde la óptica de los contratos de locación, ata su naturaleza jurídica a la práctica de los arrendamientos, y olvida que la del principal pagador es una figura autónoma, que puede ser utilizada para caucionar diversidad de obligaciones.

3- Lo que las partes quieren -más allá del nombre que se le dé- es una fianza. Siempre el garante ha tenido en vista ser fiador, y esta es la causa de la obligación. En primer lugar, el art. 2005 aclara que aunque sea con la calificación de fiador, el principal pagador se obliga como deudor solidario. La ley adscribe, a una manifestación específica de voluntad, una consecuencia clara. No importa que el contratante haya insertado en el contrato la expresión de que se obliga como fiador, sino que la ley prescinde de esa calificación y hace primar el carácter de deudor solidario que tiene el principal pagador. Valga aquí la reproducción de la manifestación de Llambías realizada precedentemente, en el sentido de que “...como en todos los casos, la calificación de las partes nada significa frente al contenido del acto...”. Nótese, además, que el principal pagador no podría alegar nunca que ha caído en un yerro, que pensó obligarse como fiador y no como codeudor solidario y que ésta fue su voluntad real, ya que en nuestro sistema legal el error de derecho no excusa, de acuerdo a lo preceptuado por los arts. 20 y 923 del Código Civil. Seguramente al lego le resultará mas claro que al estudioso derecho, de la lectura del artículo 2005, que si se obliga como principal pagador asume el carácter de codeudor solidario. Recuérdese que el sistema jurídico no niega la posibilidad de constituirse en fiador y tener de esta manera un vínculo de naturaleza accesorio. Lo único que requiere la ley a tal efecto es la claridad de

dicha manifestación de voluntad. Obligándose la persona como fiador, simple fiador o fiador solidario, no existiría problema alguno en adquirir ese carácter. Más allá de esto, debemos sostener, por la mayor responsabilidad que asume el que ostenta el carácter de principal pagador, la expresión volitiva que lo constituye como tal debe interpretarse con carácter restrictivo, y aunque no se exijan fórmulas sacramentales, su caracterización debe surgir claramente del instrumento contractual, pudiéndose apelar a fórmulas como “deudor solidario y principal pagador”, o lisa y llanamente “principal pagador”³².

4-La fianza – de cualquier tipo- constituye siempre una obligación accesoria por un interés ajeno. Estamos de acuerdo con la idea antes transcrita, pero recordamos que el principal pagador no es deudor accesorio, sino principal, y que, por lo tanto, su vínculo no puede ser calificado como fianza. Sin embargo, como hemos reseñado anteriormente, la obligación del principal pagador, cuando es gratuita, es una obligación en interés ajeno, orientada hacia dos fines: por un lado, facilitar el otorgamiento del crédito al deudor, y por el otro, proporcionar mayores seguridades al acreedor de que la prestación a su favor será cumplida. Es con esta consideración de que la obligación del principal pagador se otorga en interés ajeno -lo que determina la causa del acto, esto es, su finalidad o razón de ser³³- con la que debemos abordar el próximo argumento de la tesis sub examine, quizás el más importante que se tiene para juzgar al principal pagador como fiador y no como codeudor solidario.

5- Es inimaginable que el principal pagador sólo pueda repetir la parte proporcional y no toda la deuda contra el deudor principal, lo que refleja que se está mucho más cerca de la fianza que de la codeada solidaria. Compartimos la idea de que el principal pagador que paga al acreedor tiene derecho a repetir no una parte proporcional de la deuda, sino la totalidad de su monto. Esta idea de repetición íntegra está en la base de los negocios de garantía gratuitos, otorgados con finalidad altruista y no con la expectativa de ganar un precio o

³² No es conteste la doctrina en cuanto al carácter restrictivo de las cláusulas contractuales en donde una persona se obliga como garante. En este caso, apoyamos la posición de Lorenzetti, quien dice que “para que exista la figura del principal pagador debe pactarse expresamente, siendo esa cláusula de interpretación restrictiva, aplicándose el principio in dubio pro libertatis. En tales casos, si en lugar de “principal” se utilizan los términos de “liso y llano pagador” o “fiador pagador”, o semejantes, no se aplica la regla del artículo 2005, sino se entiende las disposiciones de la fianza”. Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos, t. III, p. 491.

³³ Aparicio, Juan M., Contratos, Parte General, t. 2, p. 317

una comisión por la caución de una prestación. Sería injusto que la persona que ha visto comprometido su patrimonio sin recibir contraprestación alguna y que se ve obligada a solventar la obligación que el deudor no cumplió por su monto total no tenga derecho a que se le reintegre integralmente lo efectivamente pagado. No se olvide que el principal pagador, con particular frecuencia, presta su consentimiento como tal en consideración de la confianza que tiene en la figura del deudor principal, y no espera que éste no cumpla con sus compromisos. No sería apropiado hacerle repetir sólo una parte proporcional de lo pagado, sino el todo de lo efectivamente abonado al acreedor. Para la doctrina que estamos examinando, esta característica de la restitución total de lo pagado es un argumento para caracterizar a la obligación del principal pagador como fiador, siéndole aplicable a éste, entonces, con respecto a su relación con el deudor garantizado, los arts. 2025 a 2036 del Código Civil, en materia de fianza. Destáquese que compartimos la premisa sostenida por esta tesis referente al derecho subjetivo del principal pagador que abonó el todo de la deuda en repetir por íntegro el monto efectivamente erogado del patrimonio del deudor garantido, pero creemos que caracterizando al principal pagador como codeudor solidario también podemos llegar al mismo resultado que la doctrina reseñada, sin necesidad de conceptuar al principal pagador como fiador. El Código Civil, en su art. 717, regula las relaciones internas entre codeudores solidarios que hubiesen pagado el todo de la deuda, remitiendo a lo dispuesto en el art. 689 en materia de obligaciones solidarias. Dicho precepto dispone “Las relaciones de los acreedores conjuntos entre sí, o de los deudores conjuntos entre sí, después que uno de ellos hubiese cumplido una obligación divisible o indivisible, se reglarán de la siguiente manera: 1º Cada uno de los acreedores conjuntos debe pagar una cuota igual o desigual, designada en los títulos de la obligación, o en los contratos que entre sí hubiesen celebrado. 2º Si no hubiere títulos, o si nada se hubiese prevenido sobre la división del crédito o de la deuda entre los acreedores y deudores conjuntos, se atenderá a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las relaciones de los interesados entre sí, y a las circunstancias de cada uno de los casos. 3º Si no fuese posible reglar las relaciones de los acreedores o deudores conjuntos entre sí, se entenderá que son interesados por partes iguales, y que cada persona constituye un acreedor

o un deudor”. La norma transcripta anteriormente, en orden a establecer la medida de la acción recursoria entre codeudores solidarios, sienta cuatro criterios a tener en cuenta de manera sucesiva. En primer lugar, debe estarse a los títulos de la obligación, o sea, a la causa fuente de la misma. Si nada surgiera de los títulos, cobrarán relevancia los contratos celebrados por las partes entre sí. En caso de no darse ninguno de los supuestos anteriores, habrá que estarse a “la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las relaciones de los interesados entre sí, y a las circunstancias de cada uno de los casos”. Por fin, con criterio residual, si no se puede determinar la medida de la acción de reintegro por ninguna de las pautas antes indicadas, se entenderá que son “interesados por partes iguales”³⁴. Apliquemos esta norma al supuesto que nos interesa aquí. Por este artículo, la acción de reintegro que compete al principal pagador se regirá, primero, por lo convenido en el instrumento que sirve de causa fuente de la obligación, esto es, el contrato por el cual el principal pagador se constituyó como tal. Si en este acto jurídico se hubiere establecido la medida de la restitución, a tal convención habrá de referirse el garante a la hora de pretender el reintegro. En segundo lugar, si no se ha pactado nada en la causa de la obligación conjunta, se estará a lo dispuesto a contratos particulares concertados entre el deudor y su garante, por los cuales también se puede establecer la medida de la acción recursoria. Lo más común es que estos dos primeras situaciones no se den en la práctica, omitiéndose la regulación expresa entre deudor garantido y garante de la medida de la restitución. Por eso, aquí cobra especial importancia el tercer criterio a tener en cuenta para establecer las acciones de regreso: esto es, a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente. Aquí cobra toda vigencia lo anteriormente dicho con respecto de que la obligación que asume el garante se otorga en interés ajeno cuando no se conviene contraprestación, lo que significa que como el principal pagador no asume ninguna deuda en interés propio, sino por consideración a una situación ajena, no podría verse perjudicado patrimonialmente por el pago íntegro que realizó, y le corresponde en este caso, exigir el reembolso de la totalidad de las sumas pagadas como garante. En el caso contrario, si se

³⁴ Pizarro, Ramón D.- Vallespinos, Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, t. 1, p. 598.

concediera al caucionante sólo el derecho a una reintegración por partes iguales con el deudor garantido, éste se vería enriquecido indebidamente. Por eso, a falta de acuerdos entre principal pagador y deudor sobre la cuantía del reembolso, debe estarse siempre al criterio de la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente a la hora de establecer el monto del reintegro. Este principio relativo a la contribución terminará constituyendo, en la mayoría de los casos que se presentan en la vida real, la vía sobre la cual deben circular las acciones de repetición. Creemos que con este razonamiento podemos contestar lo dicho por la doctrina con la que estamos en disidencia en este punto, quienes pareciera que parten de la base que una persona, por ser deudora solidaria junto con otra, tiene en sus relaciones internas solamente derecho a la división por cabezas de la deuda. Obsérvese que este es el criterio que hemos visto como residual dentro de la determinación de la medida de la acción recursoria, pero nos parece que nunca sería aplicable este parámetro para el caso del principal pagador que se ha obligado gratuitamente³⁵. La norma del artículo 689 demuestra que en la concepción liberal de Vélez, favorable al movimiento de los bienes, la circulación de las riquezas y el otorgamiento de empréstitos, late una consideración del uso de las obligaciones solidarias como medio de garantía, que después lleva al codificador a prever en el art. 2005 la figura del principal pagador, con el alcance que se pretende dar en esta monografía, esto es, la de un garante, codeudor solidario, en interés ajeno, y con derecho a ver reintegrado totalmente su patrimonio en el caso de tener que afrontar el pago de la totalidad –o parte- de la deuda caucionada.

6-Se dice que el principal pagador, al igual que los demás fiadores, está autorizado a solicitar la exoneración de la fianza o a pedir el embargo de bienes del deudor principal en los casos previstos en la ley (arts. 2025 y 2026), y que la relación entre el principal pagador y el locador se extingue por la extinción de la obligación principal o por prórroga que el acreedor conceda al deudor (arts.

³⁵ Entonces, si una persona toma un crédito para comprar un automóvil, por la suma de \$40000, y otra se constituye en principal pagador para garantizar la restitución del crédito, si este último debiere pagar la totalidad de la deuda, la medida de la acción recursoria surgirá de la causa por la que se contrajo la obligación conjunta. Así, el principal pagador tendrá acción de regreso contra el deudor garantido por la totalidad del monto desembolsado. Si, en cambio, fuese el deudor quien pagare la deuda, no tendrá acción de regreso alguna en contra del otro codeudor solidario. Pizarro, Ramón D.- Vallespinos, Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, t. 1, p. 599.

2042 y 2046). En primer lugar, nótese que en este punto se tienen como argumentos a favor de la tesis que emparenta al principal pagador con el fiador lo que en realidad son efectos que le atribuye esta doctrina al vínculo del principal pagador, caracterizado por ellos como fianza. En segundo lugar, como hemos ya explicado, el principal pagador no es fiador, sino deudor solidario, por lo que no se le pueden aplicar las normas sobre fianza, como lo hace en este aspecto la tesis reseñada. Valgan algunas aclaraciones. No consideramos que se puedan aplicar al principal pagador los institutos de la exoneración de la fianza ni el pedido de embargo de bienes del deudor principal, que son dos especies dentro del género de las acciones de cobertura³⁶ que surgen del contrato de fianza. A tenor de resultar repetitivos, si no son fiadores: ¿por qué se les tendrían que aplicar las normas que regulan el contrato de fianza?. Con respecto a la afirmación de que la relación entre principal pagador y el locador se extingue por la extinción de la obligación principal o por prórroga que el acreedor conceda al deudor, creemos que no hace falta considerar al principal pagador como fiador para llegar a esta conclusión³⁷. En referencia a que la relación entre los contratantes se extingue por la extinción de la obligación principal, cabe responder que cuando un codeudor solidario paga la totalidad de la deuda al acreedor, por el efecto expansivo de la solidaridad, la obligación se extingue respecto de todos. En el supuesto de prórroga que el acreedor concede al deudor, estamos ante un nuevo contrato, que como consecuencia de los arts. 1195 y 1199, es inoponible a los terceros que no participaron en él, a los que no puede mejorar ni perjudicar de ningún modo. Si no hubo consentimiento del principal pagador a esta prórroga, no podemos hacerlo responsable de un contrato del cual no fue parte, pero esto no es una consecuencia de que sea un fiador, sino de que es un tercero respecto al convenio celebrado entre deudor y acreedor, que no le es oponible, ni aún

³⁶ La acción de cobertura, según las enseñanzas de Díez-Picazo, es una facultad del fiador, que le atribuye una acción frente al deudor, tendiente a obtener la relevación (en nuestro régimen legal, exoneración) o el otorgamiento de una garantía que ele ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de la insolvencia del deudor. Díez-Picazo, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial, p. 605.

³⁷ Esta afirmación de la tesis que asimila al principal pagador con el fiador proviene de la vieja disputa que se sostenía en nuestra doctrina con motivo de la responsabilidad del principal pagador en el contrato de locación cuando se había obligado a responder por las obligaciones derivadas del arrendamiento “hasta la efectiva restitución del inmueble locado”. A la luz del nuevo art. 1582 bis, esta discusión ha perdido vigencia, como se verá en el segundo capítulo de este trabajo.

cuando en otro convenio con el mismo objeto sí hubiere sido parte en el carácter de codeudor solidario. También, si acreedor y deudor solidario hubieran novado la obligación garantida, se propagarían los efectos de dicho acto jurídico y el vínculo del principal pagador desaparecería, no por acción del art. 2047 en materia de fianza, sino por el dispositivo legal contenido en el Código Civil en el art. 707, que establece “La novación, compensación o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación”.

5. Segunda postura: El principal pagador como deudor solidario y fiador.

Una segunda doctrina, a la que se puede conceptuar como intermedia, combina dentro de la figura del principal pagador las reglas de la fianza con la de las obligaciones solidarias. Esta posición, sustentada por varios de los mayores exponentes de nuestra doctrina contractual contemporánea, postula básicamente la siguiente distinción: en el aspecto externo, esto es, la relación del principal pagador con el acreedor de la obligación garantizada, aquel es un codeudor solidario, entonces, 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 término³⁸. Mientras tanto, el aspecto interno –entendido como las relaciones que se establecen entre principal pagador y deudor de la obligación garantizada- se rige por las normas de la fianza, siendo sus consecuencias más importantes la aplicación del régimen de excepciones de los arts. 2020 a 2022, y el derecho del principal pagador a solicitar el reintegro del cien por ciento de la deuda pagada al deudor garantido. El principal pagador sería, finalmente, un deudor accesorio, pero no subsidiario. Se advierte que, en el fondo de esta tesis, también trasuntan las razones de justicia y de interpretación de la voluntad de las partes que sostenía la doctrina

³⁸ López de Zavalía, Fernando J., Teoría de los contratos, t. 5, “Parte especial (4)”, p. 53.

reseñada en el punto anterior, pero con un mayor interés en salvaguardar la posición del acreedor de la prestación caucionada.

Sin embargo, continuamos sosteniendo que no se puede hacer esta diferenciación, y que el principal pagador es un codeudor solidario, tanto respecto del acreedor como del deudor garantido, porque esta es la interpretación más adecuada que surge de los textos legales que regulan la figura, a los que debemos atenernos. No puede el intérprete, so pretexto de garantizar valores como la justicia o la real voluntad de las partes, apartarse de las normas legales cuando son tan claras como el caso que nos ocupa. Ahora sí, sin perjuicio de que procuraremos rebatir los argumentos de la tesis sub examine, cabe destacar que el aspecto que más les preocupa a los autores que la sustentan es la posibilidad del principal pagador de repetir contra el deudor garantido el todo de la deuda, facultad que también tiene –en nuestro esquema lógica- si lo conceptuamos como codeudor solidario. Las otras diferencias que surgen entre la tesis sostenida en este trabajo y la que se nos opone son pocas; principalmente, que para nuestra postura, el principal pagador no puede oponer las excepciones que sean puramente personales del deudor garantido, y para la otra teoría, si podría oponerlas, con excepción de las que se refirieran a la incapacidad del deudor. Además, se dice que el vínculo del principal pagador sería accesorio, pero nos llama la atención que si se parte de esa base se pueda efectuar un distingo entre las relaciones entre principal pagador y fiador y entre aquél y el acreedor. Entonces, siguiendo a esta tesis, un vínculo sería principal, directo, y el otro accesorio. Pero :¿ no se había dicho que la relación del principal pagador era accesorio?.

Procedamos a examinar ahora los argumentos que brindan los autores para fundar esta postura.

1- Vélez no ha negado que haya fianza, por el contrario, se ha resistido a hacerlo, pues se ha apartado de la fuente del artículo, que es Freitas, quien dice en el artículo 3311 de su proyecto que “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 codeudores solidarios”. Se alega que Vélez suprimió parte de la letra de Freitas, y precisamente aquella que se pronunciaba directamente por la tesis de la solidaridad. Subrayamos el hecho de que, por

más de que la letra no es igual, las consecuencias son exactamente las mismas. Que se no se haya incluido en el art. 2005 de nuestro Código Civil la frase “no deberán aplicarse las disposiciones de este capítulo, sino exclusivamente las otras referentes a los codeudores solidarios”, no implica que las consecuencias sean las mismas que si dicha frase se hubiere incorporado al texto legal. El art. 2005 establece dos cosas expresamente: que el principal pagador será codeudor solidario, y que se le aplicarán las normas sobre codeudores solidarios. Y no sólo eso: aclara que el principal pagador será codeudor solidario aunque las partes lo hubieren calificado como fiador. ¿Esto implica que también se apliquen las normas sobre la fianza en este caso?. No precisamente. Si ya la norma ha caracterizado claramente la naturaleza jurídica de la figura en cuestión y ha efectivizado la remisión a las normas de las obligaciones solidarias, sería redundante excluir expresamente las disposiciones sobre fianza en la regulación jurídica de la figura del principal pagador. Nótese que con ese criterio, también podríamos decir que para caracterizar un supuesto jurídico, el Código debería aclarar que disposiciones no se aplican al mismo, lo que sería sobremanera reiterativo e impropio. La exclusión de la aplicación de las normas de la fianza es tácita, infiriéndose dicha conclusión de que el Código expresamente establece por este artículo que al principal pagador se le aplicarán las normas sobre las obligaciones solidarias. Sin embargo, destacamos que para la posición que estamos criticando, queda muy claro que Freitas ha aceptado expresamente el criterio de que el principal pagador es un codeudor solidario, lo que tendremos en cuenta al tratar el siguiente argumento.

2- Se dice si algo puede deducirse del art. 2013 inc. 3, es precisamente que el principal pagador sigue siendo un fiador, pues si no lo fuera, ¿para qué se preocuparía el Código de privarlo de tal beneficio, del que, en principio, gozan los fiadores?. No nos parece válida esta argumentación, por varias razones. En primer lugar, recordemos que los autores que sustentan la tesis contraria siempre se empeñan en recordar el art. 3311 del proyecto de Freitas para diferenciarlo de nuestro art. 2005, y sobre esta base dicen que Freitas se expide sin lugar a dudas sobre el carácter del principal pagador como codeudor solidario y nuestro codificador no. Ahora: ¿cuál es la fuente del inc. 3 del art. 2013?. Una norma del proyecto de Freitas, que no es citada nunca por la

doctrina que estamos cuestionando. En efecto, el art. 3329 inc. 2 del Esboço prescribe: “Si (el fiador) no se reservó el beneficio de excusión, el acreedor podrá inmediatamente demandarlo sin necesidad de probar previamente que ya ha excutido al deudor principal, más el fiador podrá oponerle tal beneficio, salvo: 2º Si se obligó como principal pagador (art.. 3311)...”. Pero a esta doctrina no le cabe ninguna duda de la posición de Freitas, entonces: ¿cómo una norma casi idéntica puede tener en el Código de Vélez un significado y para Freitas otro diametralmente distinto?. Si el jurista brasileño estuvo tan seguro de conceptualizar al principal pagador como codeudor solidario: ¿para qué tuvo necesidad de aclarar expresamente que se lo privaba del beneficio de excusión, si no era un fiador?. ¿Por qué, entonces, se interpreta una misma norma en un sentido en el Código de Vélez, y en otro en el proyecto de Freitas?. No resulta muy consecuente esta posición en el punto bajo examen. Además, no sólo con la explicación histórica de la norma nos basta para desacreditar este argumento. Creemos que el inciso que estamos discutiendo puede ser analizado desde dos perspectivas: la metodológica y la práctica, y en este sentido podemos decir que la ubicación de este precepto es metodológicamente incorrecta, pero prácticamente irreprochable. Desde la primera perspectiva, la ubicación de la disposición es errada, ya que correspondería haber tratado la figura del principal pagador como un capítulo dentro del título de las obligaciones solidarias, o en un título sobre garantías. No nos extraña que se le haya dado una ubicación inadecuada, por cuanto esto ha sucedido con muchas otras disposiciones del código. Véase, por ejemplo, el contrato a favor de tercero, legislado en el art. 504, correspondiente al Título Primero de la Parte Primera de la Sección Primera del Libro Segundo, que trata sobre las obligaciones, en vez de incluirla en la Sección Tercera, que trata las obligaciones que nacen de los contratos. Obsérvese el art. 1184, incluido en el capítulo que trata de la forma de los contratos, aunque trata los requisitos solemnes de actos que no son o pueden no tener naturaleza convencional como son los poderes, los actos accesorios de contratos redactados en escritura pública, el pago de obligaciones consignadas en escritura pública, las particiones extrajudiciales de herencia, etc.. Estos ejemplos y otros³⁹ nos

³⁹ Sobre los errores metodológicos incurridos por el codificador en materia contractual, Aparicio nos dice que “...En el terreno de la crítica, cabe objetar la incorporación a este ámbito

muestran que muy a menudo nuestro codificador ha insertado materias en lugares donde no debieron haber estado, sin que su error metodológico en casos como estos pueda argüirse como argumento válido a la hora de realizar consideraciones sobre la naturaleza jurídica de una figura particular. También decimos que la ubicación de este precepto es prácticamente irreprochable. Esto es así por cuanto la naturaleza jurídica del principal pagador es arduamente discutida, y hay diversas posiciones encontradas al respecto, las que justamente son objeto de análisis en este estudio. Podrían surgir -y en efecto surgen- dudas acerca del régimen jurídico aplicable al principal pagador. Si se lo conceptúa como fiador, obviando la letra del art. 2005, ¿por qué no se podría decir, desde la posición que venimos criticando, que tiene el beneficio de excusión, si nada dice el texto del art. 2005 al respecto?. Por lo tanto, bien hizo Vélez en aventar de manera expresa toda posible discusión acerca de esta situación, aunque para ello resignara rigor metodológico en su regulación. Como bien se puede observar, nuestra ley civil sigue en esta materia a Freitas, tanto en método como en espíritu, y, al igual que su inspirador, se ha pronunciado claramente sobre la esencia de la figura jurídica en cuestión.

3-Por último, se argumenta que tampoco puede sostenerse que el Código haya afirmado la existencia de solidaridad, sino que ha utilizado el vocablo “solidario” en un sentido diferente al común, porque solidarios en el art. 2005 no puede significar lo mismo que solidarios en los arts. 699 y siguientes, básicamente porque la solidaridad voluntaria del art. 699 exige unidad de título constitutivo y no hay esa unidad de título de la obligación del deudor y del principal pagador, y además la solidaridad supone unidad de obligación y pluralidad de vínculos, lo que tampoco acaece en la figura sub examine⁴⁰.

Este quizás sea el argumento más importante de esta reconocida posición doctrinaria. Sin embargo, otra vez los textos legales nos dan

contractual del Título II, referido a la sociedad conyugal; en él se legisla sobre el régimen patrimonial del matrimonio, el cual, dentro de nuestra legislación, es un régimen legal único y forzoso que desprovee de operatividad a las convenciones matrimoniales. En los Títulos XIII y XIV se reglamenta, respectivamente, la evicción y los vicios redhibitorios. Aparecen entremezcladas con las figuras contractuales típicas estos dos institutos que configuran elementos naturales o efectos de los contratos a título oneroso. Finalmente, el último título de la Sección III del Libro II, el Título XVIII, regla dos figuras cuasicontractuales clásicas, al gestión de negocios y el empleo útil, que no revisten la naturaleza de contratos”. Aparicio, Juan M., Contratos, Parte General, t. 1, p. 43

⁴⁰ López de Zavalía, Ricardo, Teoría de los Contratos, t. 5, p. 46 y ss.

argumentos para oponernos a esta caracterización. Veamos. El art. 699, el primero en materia de obligaciones solidarias, nos dice que “la obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores”. Entonces, tenemos que la solidaridad puede surgir de la voluntad de las partes, la que debe ser manifestada de forma expresa, de acuerdo a lo que dispone el art. 701, o de la disposición de la ley. Nosotros nos encontramos en uno de los casos en que la solidaridad nace de una disposición de la ley, que tiene en este supuesto la función de interpretar la voluntad de las partes. Es el Código, de manera expresa, el que le otorga a la caución del principal pagador el carácter de obligación solidaria, realizando una interpretación iuris et de iure de la voluntad de las partes. Esta norma pasa a integrar las declaraciones volitivas de los contratantes, y de esta manera convierte su obligación en solidaria, sin ser óbice para ello incluso que ellos hubieren conceptuado al principal pagador como fiador. No dudamos que las obligaciones del principal pagador y del deudor principal provienen de causas fuentes diferentes, pero tampoco creemos que traiga esto una imposibilidad absoluta de hacer solidarios sus vínculos, porque es la voluntad de la ley la que ha decidido conceptuarlos de esta manera. La facultad de la ley de crear solidaridad no se agota en lo preceptuado por el art. 699, sino que a renglón seguido, en los arts. 700 y 701 se dispone “La solidaridad puede también ser constituida por testamento, por decisión judicial, que tenga fuerza de cosa juzgada, o puede resultar de la ley respecto de los deudores”, y “para que la obligación sea solidaria, es necesario que en ella esté expresa la solidaridad por términos inequívocos, ya obligándose in solidum o cada no por el todo, o el uno por los otros, etc., o que expresamente la ley la haya declarado solidaria”. Correlacionando estas normas con el art. 2005, tenemos que el principal pagador es codeudor solidario con respecto al deudor principal y al acreedor, en una aplicación clara de la última parte del art. 700 “...la solidaridad...puede resultar de la ley respecto de los deudores”, y que la obligación del principal pagador es una de las que la ley ha declarado expresamente solidarias, de acuerdo al art. 701 “...para que la obligación sea solidaria, es necesario... que expresamente la ley la haya declarado solidaria”. Por último, correlacionemos al art. 2005 con la

definición de obligación solidaria, para decir que la obligación del principal pagador es solidaria, porque la totalidad del objeto de ella, en virtud del título constitutivo y por expresa disposición de la ley, de acuerdo al art. 2005 del Código Civil, puede ser demandada por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores. Además, consideramos que si bien no hay unidad de causa, hay dos aspectos que, a nuestro juicio, resultan esenciales para poder conceptuar al principal pagador como un codeudor solidario. Primero, por el especial vínculo que une a la obligación que contrae el principal pagador con el contrato que el cauciona, debemos entender a dichos pactos como un supuesto de coligación o unión de contratos. Aunque cada una de las convenciones tenga una función autónoma, ambas tienden a la realización de una operación económica global, unitaria y compleja, y suponen intereses económicos entrelazados cuya realización exige la celebración de esos contratos conexos, aunque distintos⁴¹. La coligación funcional que se establece entre la prestación garantizada y la obligación del principal pagador, por la cual la segunda está tan imbricada que no tiene ningún sentido sin la primera, permiten -a nuestro modo de ver- que se pueda dar en la práctica jurídica esta anomalía de una obligación solidaria que surge de dos causas diferentes, aunque profundamente relacionadas. Por último, la figura del codeudor solidario es utilizada día a día con función de garantía, y nadie discute que esta situación es perfectamente factible en nuestro ordenamiento jurídico, entonces: ¿por qué no admitir que el principal pagador ostente el mismo carácter de codeudor solidario con función de garantía?

6. Efectos que surgen de este tipo de garantía.

Como cierre del tema que ahora nos ocupa, y corolario de la exposición hecha anteriormente, podemos delimitar la situación que ocupa el principal pagador, y las consecuencias que surgen para la persona que con esa calidad se obliga.

⁴¹ Aparicio, Juan M., Contratos, Parte General, t. 1, p. 143.

1º Quien se obliga como principal pagador es codeudor solidario, y se le aplican todos los preceptos relativos a las obligaciones solidarias, porque así se interpreta tal cláusula contractual⁴².

2º El principal pagador, aunque su regulación se encuentre en el título de la fianza, no es un fiador, y es deudor de una obligación principal y no de una accesoria.

3º Al no ser fiador, no le son aplicables ni los beneficios de excusión ni de división, ni la acción de cobertura con respecto al deudor, ni puede oponer al acreedor las excepciones que fueran puramente personales al deudor garantido, ni se le aplican las causas de extinción de la fianza que no sean a la vez causa de extinción de las obligaciones solidarias.

4º El acreedor principal, después de producido el incumplimiento del deudor garantido, puede exigir al o los principales pagadores el cumplimiento íntegro de la prestación caucionada –respondiendo por los daños e intereses derivados de la inobservancia de la prestación por parte del deudor garantido-, con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de la prestación (art. 705).

5º Si el acreedor no puede percibir su crédito porque demandó solamente al deudor garantido y este resulta insolvente, puede accionar contra el principal pagador reclamando la totalidad de la deuda, y no es necesario ni indispensable acreditar la insolvencia del deudor garantido contra el que se promovió la acción para dirigir una nueva pretensión de cobro contra los demás obligados al pago⁴³.

6º La novación efectuada entre el deudor garantido y el acreedor, propaga sus efectos y extingue la obligación del principal pagador (arts. 707 y 810 C.C.).

7º Tanto el principal pagador como el deudor garantido pueden oponer la compensación del crédito que cualquiera de ellos tenga contra el acreedor demandante o cualquiera de los restantes coacreedores (art. 830 C.C.).

⁴² Spota, Alberto G. Instituciones de derecho civil. Contratos, vol. VIII, p. 250.

⁴³ Esta es la postura de Pizarro y Vallespinos, contraria a la mayoría de la doctrina, que sostiene que en este supuesto, el acreedor debe probar la insolvencia del demandado como requisito necesario para la procedencia de una nueva acción. Pizarro, Ramón D.- Vallespinos, Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, t. 1, p. 589.

8º La remisión de deuda efectuada por el acreedor a favor de los codeudores propaga sus efectos a los restantes coobligados y extingue la obligación solidaria (art. 707 C.C.).

9º La transacción celebrada entre uno de los codeudores solidarios con el acreedor aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta (art. 853 C.C.).

10º La interrupción de la prescripción propaga sus efectos beneficiando a todos los beneficiando a todos los acreedores y perjudicando a todos los codeudores (arts. 688, 3993 y 3996 del C.C.)

11º En el caso de suspensión de la prescripción, si la obligación garantizada fuera de objeto indivisible, la suspensión de la prescripción sólo tiene efectos personales. Si el objeto de la obligación fuese indivisible, la suspensión de la prescripción propaga sus efectos, por aplicación de las reglas que rigen la indivisibilidad.

12º Aunque uno de los deudores fuere incapaz de contraer la obligación, ésta no dejará de ser solidaria para los otros. La incapacidad sólo puede ser opuesta por el deudor incapaz (art. 703), solución acorde con la existente en materia de fianza (art. 2020 C.C.)

13º Cada uno de los deudores puede oponer a la acción del acreedor, todas las excepciones que sean comunes a todos los codeudores. Puede oponer también las que le sean personales, pero no las que lo sean a los demás deudores (art. 715 C.C.).

14º La cosa juzgada recaída en juicio, es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el acreedor que fue parte en el juicio (art. 715 C.C.)⁴⁴.

15º Si el principal pagador cumple con la deuda garantida, en ausencia de previsiones contractuales con el deudor garantido, tiene derecho a reclamarle la totalidad del monto invertido (art. 717 y 689 C.C.).

16º Si el deudor garantido paga su deuda, no tiene derecho a reclamarle ninguna contribución al principal pagador (arts. 717 y 689 C.C.).

⁴⁴ El esquema sobre los efectos de las obligaciones solidarias está tomado de Pizarro, Ramón D.- Vallespinos, Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, t. 1, p. 562 y ss..