

**Codeudor solidario. Fianza comercial y  
concurso del deudor afianzado.**  
(El caso *Aswell SA*)

Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director

**Colaboradores**

Iván Di Chiazza

Florencia Paolini de Vidal

Miguel La Vista

## Codeudor solidario. Fianza comercial y concurso del deudor afianzado. El caso Aswell SA

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se lleva a cabo en el **CEDEF law & finance**

**SUMARIO:** Abstract – I. Los hechos. – II. Decisión de la sala. – III. Nuestra opinión. 1. *¿Para qué la fianza?* - 2. *El fiador mercantil asume el mismo riesgo del deudor (afianzado).* - 3. *El fiador mercantil no asume los costos del deudor (afianzado), salvo quiebra.* - 4. *Fraude del deudor (afianzado).* 5. *Insolvencia del deudor (afianzado).* - 6. *Derecho de repetir contra el deudor (afianzado) concursado.*

### Abstract:

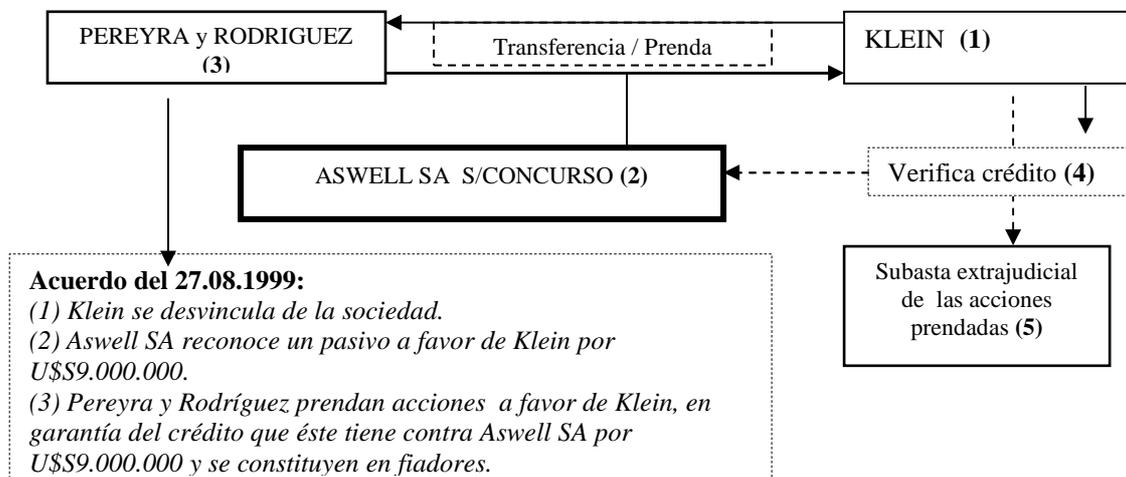
La sala C resolvió declarar nula la subasta extrajudicial de un paquete accionario que había sido dado en prenda en garantía de un pasivo social. Los accionistas, también se habían constituido en codeudores solidarios, lisos, llanos y principales pagadores. De esta forma afianzaron con su patrimonio personal el pago de pasivo social. Esta garantía personal quedó seriamente afectada como consecuencia de la apertura del concurso preventivo del deudor (afianzado): la sociedad Aswell SA.

## II.

### Los hechos:

El caso Aswell trata de un negocio societario *de salida*.

Uno de los socios de la firma Aswell SA (el Sr. Klein) decidió retirarse de la sociedad. El precio de la participación accionaria se pactó en la suma de *U\$S9.000.000*, el que sería cobrado contra ciertos créditos que el accionista Klein tenía contra la sociedad Aswell SA. A fin de facilitar la salida, los adquirentes de las acciones (Sres. Pereyra y Rodríguez) ofrecieron asegurar el pago del precio mediante dos garantías: (i) una real (prenda sobre acciones) y (ii) una personal (fianza mercantil). El siguiente gráfico describe la operación.



(4): Klein verifica el crédito. Es rechazado. Klein desiste del incidente de revisión atento a que procedió a subastar las acciones extrajudicialmente. De esa forma compensa su crédito contra el valor de las acciones prendadas.

(5): Art. 585 C.Com: “En defecto de pago al vencimiento , y cuando no se hubiere pactada un modo especial de enajenación, el acreedor podrá proceder a la venta de las cosas tenidas en prenda, en remate debidamente anunciado con 10 días de anticipación”.

Luego de producida la transferencia del paquete accionario, Aswell SA presentó su concurso preventivo de acreedores. Ante la falta de pago de la deuda el Sr. Klein procedió a la subasta extrajudicial de las acciones dadas en prenda. Este procedimiento había sido pactado de manera expresa en el contrato de prenda. La ausencia de mercado secundario para la compra de un paquete accionario de una sociedad cerrada *insolvente* provocó que Klein termine adquiriendo el 100% de las acciones subastadas retomando así el control total de la compañía.

Un dato no menor: Klein procedió a la ejecución extrajudicial de la garantía prendaria como consecuencia de que la sindicatura concursal le había rechazado la verificación de su crédito en el concurso de Aswell. Aparentemente el pasivo por \$9.000.000 carecía de causa. Así las cosas Klein pudo defender y probar la causa de su crédito formando un incidente de revisión. Este acto se omitió.

Ejecutada la prenda en forma extrajudicial Klein desistió de promover el incidente. Aquel imputó la prenda a la cancelación total del crédito readquiriendo así las acciones prendadas. De esta forma Klein consideró abstracto promover el incidente pues en su opinión la deuda estaba totalmente cancelada.

A continuación los reclamos, los argumentos defensivos y la decisión de primera instancia.

Reclamo de Rodríguez y Pereyra: Los deudores prendarios y fiadores solicitaron se declare la nulidad de la subasta. No se los intimó de pago en forma previa a la ejecución extrajudicial.

Defensa de Klein: (i) Se pactó en el contrato de prenda la “mora automática” y por lo tanto no estaba obligado a intimarlos previamente, (ii) prescripción de la acción, (iii) en cuanto a la fianza se trata de “principales pagadores”, (iv) Pereyra y Rodríguez no habían asumido una obligación accesoria sino una obligación propia y directa y por lo tanto no estaba condicionado su crédito al concurso de Aswell para ejecutar la fianza y la prenda. Keller invocó además que había desistido del incidente de revisión por haber compensado el crédito contra el valor de las acciones prendadas.

**1º INSTANCIA:** Hace lugar a la demanda.

## II.

### Decisión de la sala:

1. Prescripción: La subasta extrajudicial es un acto mercantil razón por la cual no siendo una subasta de carácter judicial corresponde aplicar la prescripción decenal del artículo 847 C.com.

2. Pereyra y Rodríguez eran codeudores solidarios liso, llano y principales pagadores: Aún cuando se admitiera que Rodríguez y Pereyra asumieron sus obligaciones como “principal pagador” (art.2005 C.c) esta sala C tiene dicho que en ese supuesto el

carácter accesorio de la fianza subsiste. Si bien el fiador se obliga con la intensidad de un “principal pagador” su obligación no deja de ser accesorio. La extinción de la deuda principal extingue la fianza. Por lo tanto para que subsista el crédito contra el fiador debe subsistir la deuda afianzada.

3. Subasta de acciones frente al concurso del deudor: No puede procederse a la subasta extrajudicial de las acciones dadas en garantía de un crédito, cuya legitimidad se encontraba cuestionada en el concurso del deudor.

4. Desestimación del incidente de revisión: Habiendo adquirido carácter de cosa juzgada la declaración de inadmisibilidad, queda en entredicho la “causa” de la obligación asumida por Aswell y, por lo tanto, la causa de la prenda. La extinción del principal extingue el accesorio.

5. Intimación previa: Sin perjuicio de la “mora automática” pactada en el acuerdo respecto de la obligación principal, o sea, la deuda de Aswell, corresponde aplicar, siempre, las reglas específicas que gobiernan la ejecución de la prenda:

a. Art. 3224 C.c: *“La venta de la prenda en público remate con citación del deudor”*.

b. Art. 585 C.com: *“La venta de la prenda en remate público debidamente anunciado por 10 días”*

Estos anuncios tienen por objetivo poner en conocimiento al deudor y, en su caso, al garante titular de las acciones prendadas.

6. Comunicación personal: En este caso lo debido hubiera sido una comunicación personal y no edictal que, en el contexto de esta causa parece un acto simplemente formal carente de contenido real.

7. Apropiación de la prenda: La obligación de comunicar la ejecución está íntimamente relacionada con la expresa prohibición legal de que el acreedor se “apropie” de la prenda: *“Es nula toda cláusula que autorice al acreedor apropiarse de la prenda, aún cuando éste fuere de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de los modos establecidos en este Título ...”* (Art. 3222 C.c.)

8. Ejecución extrajudicial de la prenda. Desvinculación de Klein. Mala fe comercial: El considerando “C” del convenio señala que *“por arriba de cualquier situación o redacción que pudiera dar lugar a diferentes interpretaciones, las partes declaran que el espíritu del presente tiende a colocar al Sr. Klein como acreedor de Aswell SA por la totalidad de la sumas ingresadas resignando éste su condición de accionistas por su participación actual o la que hubiere podido llegar a corresponderle por futuras emisiones”*.

A partir de la subasta cuya nulidad se solicita se dio la situación inversa donde Klein pasa a tener el 100% de las acciones de Aswell SA adquiriendo el control total y desplazando a Rodríguez y Pereyra. Ergo, la subasta, con los reparos aquí señalados importa un claro apartamiento de lo pactado y un proceder incompatible con la buena fe: art. 1198 C.c.

Costas por su orden.

Hasta aquí una breve reseña de los argumentos jurídicos de la sala C para fundar su decisión.

### III.

#### Nuestra opinión:

Klein se quedó “*sin el pan y sin la torta*”.

¿Error en la estrategia de salida?, ¿concursumiento de Aswell para evitar el pago del saldo de precio?, ¿préstamo simulado como reembolso de capital?, ¿por qué no instrumentaron un reembolso con garantía prendaria?, ¿es esto posible bajo nuestro derecho?

Sin duda la simulación del préstamo por *US\$9.000.000* como forma de pagar el precio de las acciones fue el Talón de Aquiles del caso Aswell. Me recuerda en alguna medida al precedente Marofa (también comentado por nosotros).

Interesa analizar algunas enseñanzas de este caso; en particular el carácter accesorio de la fianza mercantil.

Sin duda este precedente pone en *jaque* la eficacia de esta garantía. La falsa causa frente al concursamiento del deudor (afianzado) termina por fulminar la fianza mercantil.

Esta postura exige ser revisada profundamente. Caso contrario observamos que el acreedor de buena fe (beneficiario de la fianza) corre con todos los riesgos.

A continuación nuestra crítica:

#### 1. ¿Para qué la fianza?

El tribunal sostuvo lo siguiente:

*“Aún cuando se admitiera que Rodríguez y Pereyra asumieron sus obligaciones como “principal pagador” (art.2005 C.c) esta sala C tiene dicho que en ese supuesto el carácter accesorio de la fianza subsiste. Si bien el fiador se obliga con la intensidad de un “principal pagador” su obligación no deja de ser accesorio. La extinción de la deuda principal extingue la fianza. Por lo tanto para que subsista el crédito contra el fiador debe subsistir la deuda afianzada”.*

En este punto la sala dejó bien sentado que la fianza comercial es, según su criterio, *una obligación accesorio*. Y para ello agregó “... *la extinción de la deuda principal extingue la fianza. Por lo tanto para que subsista el crédito contra el fiador debe subsistir la deuda afianzada”.*

Está claro que la extinción de la obligación afianzada implica la extinción de la fianza. Ahora bien, por extinción entendemos aquellos actos o hechos jurídicos que tienen por efecto cancelar derechos y obligaciones.

Sin duda la cancelación de la deuda afianzada tiene por necesario efecto jurídico la extinción de la obligación de quien asumió el rol de codeudor solidario, liso, llano y principal pagador. Ahora bien esa conexión de efectos no significa que estemos en

presencia de una relación de accesoriedad. El artículo 524 c.c. dice que *las obligaciones son accesorias a las personas obligadas, cuando éstas las contrajeren como garantes ... o fiadores.*

¿Alude este dispositivo a la fianza comercial?

Que *la extinción de la deuda afianzada extingue la fianza* es ocioso decirlo. Admitir lo contrario sería como aceptar el pago múltiple de una misma deuda. La cancelación de la fianza por extinción de la deuda afianzada es el efecto jurídico propio de la extinción de las obligaciones ya sea por pago, compensación, novación, transacción, renuncia, remisión o imposibilidad de pago. El artículo 724 y 1198 c.c son suficiente argumento.

O sea en este punto poco o nada tengo para aportar a un debate innovador. Lo mismo puedo decir respecto del régimen de excepciones. El sistema de fianza solidaria expresamente dice que el codeudor solidario puede oponer al acreedor las mismas excepciones que podría oponer el deudor. Me remito así al artículo 715 y 2020 c.c. El primero fija la siguiente regla: *cada deudor solidario puede oponer al acreedor las excepciones comunes a todos y, también, las personales.* El segundo nos dice lo siguiente: *el fiador solidario puede oponer al acreedor todas las excepciones propias, y las que podría oponer el deudor principal (en la fianza simple).*

Así podemos sacar una primera regla: la fianza (sea simple o solidaria) se extingue por cancelación de la obligación afianzada. Segunda regla: a la hora de su ejecución el fiador solidario puede oponer al acreedor todas las excepciones, sean personales o comunes; incluso, la excepción de nulidad.

El tribunal dictó sentencia sobre la base del artículo 2005 c.c.. Esta norma enseña lo siguiente *cuando alguien se obligue como principal pagador (...) será considerado deudor solidario.* Ergo, siendo corresponde aplicar las dos reglas del párrafo anterior. Así llegamos al siguiente silogismo jurídico: como el deudor principal es deudor solidario, el deudor principal puede oponer al acreedor todas las excepciones.

¿Funciona esta lógica jurídica del código civil para la fianza comercial?

Es cierto que el código de Acevedo nos remite al código de Vélez (vrg., artículo 207 c.com). Ahora bien no es menos cierto que esa remisión sólo funciona cuando el código de comercio omitió regular algún instituto expresamente previsto por Vélez. Lo cierto es que tanto la prenda como la fianza mercantil cuentan con una regulación propia, y una fuerte autonomía conceptual que no sólo hace a la estructura jurídica del negocio de garantía sino a su inserción en el mundo de los mercaderes. A la hora de ponderar un dispositivo respecto de otro en materia de fianza debe priorizarse el régimen *ad-hoc*, esto es, el comercial.

Si la aproximación al tema no fuera ésta que propongo la pregunta que debo formularme es: ¿Por qué Acevedo incorporó la prenda y la fianza en el digesto mercantil si ya están previstos en forma expresa en el ámbito civil?

A este interrogante le corresponde una respuesta sensata y libre de *clichés*: los mercaderes precisan instrumentos versátiles que agilicen la circulación de los derechos de crédito con reducidos costes de transacción.

Si aceptamos este punto de partida observamos entonces que la fórmula: *codeudor solidario, liso, llano y principal pagador (...)* tiene por única finalidad dotar al acreedor de certeza de que su crédito cuenta con varios deudores principales.

A mi modo de ver las cosas esta es precisamente, la ventaja económica del régimen de solidaridad y si se quiere, la eficiencia jurídica de la fianza mercantil: la posibilidad de agredir varios patrimonios personales de manera indistinta y directa aún frente al concursamiento del deudor afianzado. Esta solución jurídica aleja el horizonte de incertidumbre de potencial incobrabilidad. Y esto tiene dos efectos positivos en la economía de los negocios: (i) facilita y *dinamiza* la circulación de la riqueza y (ii) reduce el costo del capital. Este aspecto no puede ser descuidado por el Derecho.

Si creemos que la fianza comercial no opera con esta lógica económica debemos preguntarnos: ¿cuál es la utilidad práctica de afianzar una deuda comercial?

## **2. El fiador mercantil asume el mismo riesgo del deudor (afianzado).**

El código de comercio nos enseña que la fianza mercantil es siempre solidaria. Pero esto no es todo deja bien aclarado que el fiador mercantil responde, siempre, como deudor principal. Y no sólo esto el fiador mercantil tiene vedado en forma expresa el beneficio de excusión y división. Esta es la regla del artículo 480 c.com. Y es el punto de partida que diferencia a la fianza mercantil de la civil.

A pesar del artículo mencionado tenemos en el código de Vélez el artículo 2005 citado por el Tribunal que nos dice lo siguiente: *cuando alguien se obligue como principal pagador (...) será considerado: deudor solidario*. Ergo, se le aplica al fiador principal pagador las reglas de las obligaciones solidarias.

Más arriba el artículo 2004 c.c. fija la siguiente regla: el fiador solidario no es deudor directo de la obligación principal; y *la solidaridad pactada no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria*. Podríamos decir que esta norma sella la suerte del debate. No puedo dar un paso más. Sin embargo mi espíritu crítico no permite darme por vencido con tanta facilidad.

De lo dicho hasta aquí llego a la siguiente conclusión: por remisión del artículo 2004 y 2005 del c.c. el fiador mercantil sería un híbrido; o sea una suerte de codeudor solidario mercantil cuya obligación accede a otra (supuestamente principal) gozando el fiador de todas las ventajas puestas por Vélez para la fianza civil.

Si esto funciona con esta lógica jurídica me pregunto: ¿Para qué la fianza mercantil?

El artículo 2005 c.c. intentó morigerar (dentro del exclusivo ámbito civil) los efectos del principal pagador previsto en el artículo 2013. Está claro y salta a la vista que el digesto comercial intentó apartar la fianza comercial de esta lógica tuitiva.

El fiador mercantil toma el mismo riesgo del deudor afianzado. No lo sustituye, sino que asume la contingencia de ser ejecutado por incumplimiento. Este riesgo consiste en que (i) el crédito le pueda ser reclamado por el acreedor de manera directa sin que el fiador codeudor, principal pagador pueda invocar otras defensas más allá de la cancelación, y (ii) su patrimonio puede ser agredido en forma directa sin que el acreedor tenga que ejecutar el patrimonio del deudor afianzado.

A mi modo de ver las cosas el principio rector de los artículos 2004 y 2005 del c.c. quedan desplazados del ámbito comercial. Lo contrario sería aceptar que la fianza comercial no es más que un disfraz: una fianza civil que tiene por objeto asegurar una obligación comercial (art. 478 c.com). Cuesta imaginar que el esfuerzo intelectual puesto por Acevedo en la creación de un instituto mercantil dinámico termine empantanado en la fianza civil.

El esquema de solidaridad del régimen mercantil o, si se quiere, de la fianza comercial, escapa de la lógica jurídica de la solidaridad civil. Me refiero al régimen de los artículos 699 y sgtes del c.c. que expresamente regulan el sistema de obligaciones mancomunadas solidarias.

Si uno analiza con detenimiento ambos digestos observará con atención que mientras Vélez aceptó y admitió el régimen de fianza solidaria pudiendo el fiador civil asumir el rol de deudor principal, incluso renunciando por pacto expreso al beneficio de excusión y división, lo cierto es que a pesar de ese esfuerzo, Vélez terminó acotando los efectos prácticos del fiador codeudor, principal pagador. Los artículos 2004 y 2005 son elocuentes en ese sentido y salen en defensa del fiador civil. La fianza civil es necesariamente accesoria y solidaria. Y esta fórmula responde a una lógica puramente civilista.

En cambio en el código de Acevedo uno puede observar que esa lógica jurídica se invierte. Podría decirse que es la antítesis. El fiador comercial es necesariamente un codeudor principal. Esta fórmula rompe y quiebra la lógica de los artículos 2004 y 2005 de Vélez.

Esa ruptura obedece a que es imperativo que los acreedores comerciales cuenten con varios deudores en un mismo pie de igualdad jurídica, esto es, que el crédito pueda reclamarse directamente a uno o a otro sin demasiadas piedras en el camino. Si éstas existen es un problema de los codeudores, más no del acreedor.

Ya no se trata de una relación de principal – accesorio sino de la creación jurídica de deudores sometidos a una solidaridad mercantil mucho más severa que la prevista en el régimen civilista. Y esto que digo tiene su correlativa contrapartida en los balances de todos quienes intervienen en este complejo negocio jurídico.

Paso a explicarme:

- a. *Balance del deudor (afianzado)*: Registra la obligación como “pasivo exigible”.
- b. *Balance del codeudor (fiador)*: Registra la deuda como “nota”.
- c. *Balance del acreedor (afianzado)*: Registra su crédito en el activo. Anota que dicho crédito se encuentra garantizado con fianza comercial.

El hecho de que el codeudor (fiador) registre la deuda como “nota” y no como pasivo exigible no significa desconocerle a la fianza mercantil la calidad de deuda principal. Y esto que digo queda confirmado por el propio artículo 65 de la ley de sociedades comerciales que impone registrar los “avales” como nota a los estados contables. Esta pauta de registración contable responde a una lógica jurídica. El fiador posee un débito y un crédito al mismo tiempo. La obligación frente al acreedor afianzado (pasivo) y el crédito contra el deudor afianzado (activo).

Nada impediría, en términos estrictamente jurídicos que el fiador registre en su balance la fianza en el pasivo con su correlativa contrapartida en la columna del activo. De esta forma respetaríamos a pie juntillas la “partida doble”. Lo cierto es que dicho pasivo es considerado contingente aún cuando el fiador califica como codeudor principal pagador.

Observamos entonces que el artículo 65 LSC exige registrar en “nota” las fianzas comerciales precisamente por la contundencia de los derechos y obligaciones que la condición de codeudor solidario, liso, llano y principal pagador impone a quien asume ese rol.

Las vicisitudes de la deuda afianzada no pueden alcanzar la obligación sumida por el fiador que, en su relación con el acreedor asume una relación de principal pagador.

Un dato no menor: el artículo 65 LSC impone anotar a los “avales”; y como tal, refiere al aval cambiario (abstracto, literal y autónomo). Aún cuando la fianza comercial no llega al grado de abstracción de un aval está claro que comulga con la misma agilidad comercial para su cobro. La fianza civil no encaja en esta normativa.

### ***3. El fiador mercantil no asume los costos del deudor (afianzado), salvo quiebra.***

En efecto quien asume todos los costos es el deudor (afianzado). Si éste no paga y paga el codeudor (fiador) éste último repetirá contra aquel buscando recomponer así su posición patrimonial. Por lo tanto, al final del día el costo de la operación será siempre soportado por el deudor (afianzado). Si no funcionara así la contabilidad del deudor (fiador) diría otra cosa.

El fiador mercantil asume la totalidad del costo de este complejo negocio de garantía cuando su codeudor se declara insolvente. Sólo en este caso la nota del artículo 65 LSC se convierte en un crédito con su correspondiente previsión contable (total o parcial). Es aquí donde el fiador absorbe todos los quebrantos del negocio y por ende asume los mismos costos transaccionales del deudor (afianzado).

Incluso si el fiador liberara al deudor del pago de la deuda esa liberación implicará una pérdida para el fiador y al mismo tiempo una ganancia para el codeudor afianzado. Una suerte de remisión total de deuda.

### ***4. Fraude del deudor (afianzado).***

El fraude del deudor (afianzado) en perjuicio de sus acreedores no alcanza al codeudor solidario, liso, llano y principal pagador. Nadie en su sano juicio iría contra el fiador por fraude del deudor (afianzado). O sea el acreedor (afianzado) víctima de fraude podrá optar entre cuestionar el fraude en sede judicial o ser más eficiente y ejecutar la fianza contra quien asumió el rol de codeudor solidario, liso, llano y principal pagador.

Compartimos la tesis de que la obligación asumida por el fiador codeudor es un negocio relacionado con otro pero esa relación no se da en un plano de principal – accesorio sino en una relación de estricta igualdad jurídica frente al acreedor. Esta igualdad es la que impone y exige al codeudor solidario conocer muy bien a favor de quien otorga fianzas. El artículo 902 c.c lo impone.

Coherente con lo anterior observamos que no se le puede aplicar al codeudor solidario el plazo de prescripción liberatoria para la acción pauliana; precisamente por no ser accesoria. Esto que digo traza una línea bien precisa.

Siendo la causa del negocio afianzado ilícita, simulada o inexistente, la pregunta que uno debe formularse es si dichos vicios, que tornan al negocio jurídico nulo o anulable, se extienden al negocio de fianza.

Si compartimos la tesis de que la fianza mercantil no posee una relación de accesoriadad la respuesta inevitable es que la nulidad en la obligación afianzada no alcanza a la fianza.

El fiador pagará bien y deberá repetir contra el deudor (afianzado). Éste no podrá invocar excepción de nulidad. En el pago de la fianza no hay “subrogación” de derechos sino, una estricta relación de crédito – débito entre el fiador y el deudor (afianzado).

Y esta es, precisamente, la eficacia de la fianza comercial. Si el acreedor fue víctima de un fraude aquel está habilitado automáticamente a ejecutar los bienes del codeudor solidario, liso, llano y principal pagador. Caso contrario, ¿para qué me hago otorgar una fianza comercial?

Observemos un dato no menor: la propia estructura jurídica del negocio de afianzamiento pone en una encerrona a quien pretenda defraudar. Lo deja sin salida ni escapatoria. La excepción de nulidad no podrá se opuesta, como no lo sería, la excepción de inhabilidad de título por firma “falsa” del librador, respecto del avalista de título de crédito. O sea, la fianza comercial pone al defraudador entre la espada y la pared: debe pagar.

Flaco favor la haríamos al mercado del crédito si permitimos que deudores inescrupulosos defrauden al mercado y además, liberen de responsabilidad al fiador, principal pagador respecto del acreedor afianzado. Si aceptamos que el sistema funcione así en el ámbito mercantil, poco valor práctico tiene la fianza comercial. El acreedor siempre soportará los costos del fraude.

##### ***5. Insolvencia del deudor (afianzado).***

La sala C sostuvo que decretada la inexistencia de la causa de la obligación principal corresponde extender sus efectos a la fianza comercial. Para llegar a esa conclusión el tribunal se apoyó en la doctrina civilista del artículo 2505 del c.c. En este punto el fallo es coherente puesto que parte de la tesis de la accesoriadad.

La no verificación del crédito o, en su caso el desistimiento de la revisión por parte de Klein selló la suerte de la fianza comercial. Por un acto ajeno a la voluntad de los fiadores éstos se liberaron de un pasivo. O sea Klein fue funcional a los propios accionistas vendedores garantes del pasivo social.

O sea aquellos costes transaccionales que todo codeudor asume en su calidad de fiador, liso, llano y principal pagador, sin beneficio de excusión y división, se ven plenamente extinguidos por vicios en la causa del negocio afianzado. ¿Es esto jurídicamente cierto?

Observo en esta manera de ver la fianza mercantil un incentivo peligroso: los vicios del negocio afianzado terminan anulando la garantía. Entiendo que esta fórmula debe ser revisada cuanto antes. Se pone en cabeza del acreedor todos los riesgos del negocio, liberando a deudores inescrupulosos. Así las cosas observo que la fianza comercial deja de tener un uso útil. Algo que Acevedo quiso evitar desde el vamos.

¿Para qué tomar una fianza comercial si los riesgos de incobrabilidad son los mismos que no tomarla? Está claro que si el efecto es neutro, el acreedor evitará papelerío absurdo e inútil ahorrándose costes improductivos.

En este caso aparece dudosa la causa del préstamo. Aparentemente Klein no pudo demostrarla en su verificación. Aparentemente no surgía de los libros comerciales de Aswell aquel pasivo por U\$9.000.000. Ahora bien, no tengo duda de que aquel pasivo incorporado a los balances de Aswell contó con el consentimiento de Aswell, Klein y los accionistas compradores. La simulación estuvo presente en todo momento y se puso en evidencia ante la crisis del deudor afianzado (Aswell).

Imposibilitado Klein de justificar la causa del préstamo y habiendo desistido del incidente de revisión por compensación mediante ejecución extrajudicial de la prenda, aquel se quedó sin el pan y sin la torta. Los deudores solidarios, lisos, llanos y principales pagadores se vieron beneficiados por la propia simulación que ellos montaron para justificar la salida de Klein.

Si adherimos sin reparos a esta tesis la fianza comercial está hoy pagando un precio demasiado alto: su más absoluto descrédito.

Una cosa es que protejamos a la masa de acreedores frente a negocios simulados y fraudulentos, y otra muy distinta es que el fiador solidario, liso, llano y principal pagador salga indemne de sus obligaciones, haciéndole correr al acreedor con la totalidad de los riesgos. O sea, finalmente los deudores salen con la suya.

Un negocio montado entre todas las partes para viabilizar la salida de un socio se ve frustrado en exclusivo perjuicio de una de ellas por la simple razón de que el deudor (afianzado) se presentó en concurso de acreedores.

Esto que digo en nada perjudica los intereses de la masa. Todo lo contrario a ellos debemos proteger. Eso sí bajo la excusa de la protección del crédito no podemos dar rienda suelta a quienes operan de manera oportunista.

#### ***6. Derecho de repetir contra el deudor (afianzado) concursado.***

Hay una salida jurídica más sensata.

Pagada la deuda a Klein los accionistas codeudores, solidarios tendrían derecho a repetir contra el concurso de Aswell.

Frente a esta situación se presentan dos alternativas posibles:

---

1. Que el tribunal oponga a los fiadores las mismas razones para el rechazo del crédito (invocadas contra Klein) bajo la teoría de la accesoriedad. En este caso los fiadores asumen la totalidad de la pérdida.

2. Que el tribunal los admita siendo oponible a los fiadores la propuesta de pago. En este caso el fiador absorbe el quebranto en proporción a la propuesta.

Esperamos que estas breves reflexiones sean de interés.

Atte.,

Prof. Pablo A. Van Thienen  
Director académico  
CEDEF-LAW