Puerto Madryn, Octubre de 2011.-

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**B. D. I. Y C. E. S.A. s/ Incidente de revisión en autos: E. S.A s/ Concurso Preventivo del Garante (83/10)", (Expte. N° 246/11)**, venidos del Juzgado de Ejecución, (Expte. N° 2115 Año 2010), por haber interpuesto el letrado apoderado de la parte concursada a fs. 31 recurso de apelación contra la sentencia obrante a fs. 26/27.

I. A fs. 26/27 el Sr. Juez de grado hizo lugar al incidente de revisión promovido por el B. D. I. y C. E. S.A. y en consecuencia declaró admisible el crédito de éste con carácter de quirografario.

A fs. 31 se presentó el letrado apoderado de la parte concursada y apeló dicha resolución. En su libelo recursivo de fs. 35/39 y vta. expuso que la decisión del *a quo* de darle el carácter de quirografario puro responde a una consideración dogmática, sin dar tratamiento a los argumentos dados por la concursada ni por el síndico. Agrega que dicha resolución judicial no fue fundada debidamente teniendo en cuenta que el Tribunal de grado se encontraba revocando una decisión propia anterior, es decir, volviendo sobre sus pasos en lo resuelto.

Se agravió asimismo en el carácter quirografario puro que el Juez de primera instancia determinó respecto del crédito del BICE, revisando su decisión originaria en la instancia de la resolución del art. 36 de la LCyQ.

Expuso que si el crédito del BICE es declarado admisible en la forma en que el tribunal de primera instancia lo ha hecho (quirografario puro), la entidad bancaria tendría una acreencia verificada del doble a la que debía tener, a los fines de los votos y mayorías necesarias para el acuerdo concursal.

Por último, manifestó que ante el concurso del deudor principal, el fiador solidario puede exigir su liberación de conformidad con el art. 482 inc. 2 del

CCom. por ello y teniendo en cuenta que quien puede lo más puede lo menos entiende que el acreedor no puede duplicar su fianza solidaria en cada uno de los concursos de los deudores de tal carácter.

A fs. 41/43 vta. los letrados apoderado patrocinantes del incidentista contestan el traslado de la expresión de agravios.

II. a).- Sostiene el apelante que la decisión del *a quo* de darle el carácter de quirografario puro responde a una consideración dogmática, sin dar tratamiento a los argumentos dados por la concursada ni por el síndico. Tal crítica es inviable pues, en el sistema de la ley argentina, tanto las defensas esbozadas por la concursada, como el dictamen del síndico carecen de fuerza vinculante, siendo el juez soberano para decidir la composición del pasivo falencial.

Con relación a este último, aunque la ley concursal considere al síndico como parte (arts. 142 y 275, inc. 8°, párr. 2°), reconociéndole también su condición de funcionario (art. 251), la verdadera naturaleza de su función es la de órgano del concurso, que como tal no representa a los acreedores ni al deudor, aunque su actuación coincida a veces con los intereses de unos y de otro. Como explica ROUILLON *"...aunque en ciertos casos actúe como contradictor, no es estrictamente parte, estando obligado a ser imparcial, velar por el interés general, y desempeñar, tanto en la etapa necesaria de verificación como en la eventual de revisión, una función de auxiliar técnico encargado de la correcta conformación del pasivo, en situación equivalente a la de un perito, cuyo dictamen, como lógico corolario no es vinculante para el magistrado..."* (ROUILLON, Adolfo "Apuntes sobre el recurso de revisión" Publicado en Rev. de JA. Tomo 1987-III. Pag. 691).

Conforme con lo expuesto, el hecho de que el síndico, –al igual que la concursada-, pregonara un criterio determinado al respecto, no obliga en lo más mínimo al Juez universal.

Como es sabido, los jueces no están obligados a tratar todas y cada una de las alegaciones de las partes, ni todos los hechos probados en la causa (Ver criterio de la CSJN en Fallos 310:1835, 2012). También lo es, que la ponderación de la pertinencia y relevancia de esos hechos y proposiciones para la correcta solución de la controversia corresponde, por regla general, a los jueces de las instancias de mérito. (Ver criterio de este Cuerpo en autos: AFIP-DGI s/Incidente de verif. Tardía de crédito en autos: "NEDAR S.A. s/ Concurso preventivo por agrupamiento, Expte. N° 255/2011, SIC Reg. N° 120/11).

De lo expuesto se desprende que el agravio esgrimido a tales afectos carece de sustento en los presentes actuados.

II. b).- Con relación a la afirmación del apelante en torno a que la entidad bancaria tendría una acreencia verificada del doble a la que debía tener, a los fines de los votos y mayorías necesarias para el acuerdo concursal, vale señalar que el agravio adolece de contenido normativo conforme se explicará en los párrafos venideros.

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 (art. 699, Cód. Civil).

Desde muy antiguo la solidaridad ha sido considerada una excepción al derecho común, la que únicamente se admite con la existencia de una causa específica y expresa que la autorice, entendiéndose por tal el acto jurídico o la ley. Pese a ser excepcional (Vg. Art. 701 del CC), en las presentes

actuaciones la misma ha cobrado virtualidad por la fuente convencional de la que emana, la cual no se encuentra controvertida en los presentes actuados. En este sentido ha sostenido la jurisprudencia que *"...la solidaridad -con la consiguiente agravación de la posición deudora de cada obligado- debe nacer explícitamente de la voluntad de la ley o de las partes..."* (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 22/02/1988, Meras, Héctor c. Gaslardo, Francisco, AR/JUR/676/1988).

Desde esta perspectiva, y siendo que la solidaridad tiene como fundamento y finalidad el interés común en base al cual se ha constituido la obligación a favor o a cargo de varias personas y que permite dar mayor seguridad al acreedor para percibir el pago, no se aprecian razones para desnaturalizar dicha perspectiva teleológica jurídica que en definitiva sirve para resguardar el cumplimiento de la obligación asumida.

Ello es así ya que, como ha señalado la Sala E de la CNCom., *"...privar al acreedor de gestionar el cobro de su acreencia de uno de sus deudores conllevaría un deterioro injustificado de su patrimonio, atento a que, si ha pactado la solidaridad pasiva, es -en el orden normal de los negocios- para reasegurar el cumplimiento de la obligación y constituye, corrientemente, un importante elemento tenido en cuenta al contratar..."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 21/11/1983, Compañía de Tierra Santa Fe, S. A. c. Banco Río de la Plata, S. A., AR/JUR/2699/1983)

Por su parte, la verificación en diversos concursos no lesiona los dogmas del proceso concursal ya que su admisión y el correspondiente cobro se encuentra limitado por la propia naturaleza y cuantía del crédito asumido. Es decir, siendo el origen del crédito una deuda solidaria, los acreedores se encuentran facultados para hacerlos valer en tantos concursos como deudores solidarios concursados existan, ya que de la pluralidad de deudas proviene la pluralidad de acciones.

No obstante lo expuesto, la obtención efectiva del crédito se encuentra limitada por la cuantía de la deuda, independientemente del proceso concursal en donde ésta se obtenga, ya que en caso contrario se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa que no se condice con los lineamientos de nuestro sistema jurídico civil.

En este sentido la jurisprudencia es clara al respecto, y ha precisado la Sala C de la CNCom que *"...la existencia de una deuda solidaria verificada en los distintos procesos concursales no incide en la prestación del servicio de justicia, que se cumple en cada expediente con independencia de las normas de fondo que rigen respecto del pago de la deuda entre los obligados solidarios..."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 29/11/1996, Mendy Brum de Caderosso, Auristela, AR/JUR/5085/1996).

II. c).- Por último el apelante sostiene que ante el concurso del deudor principal, el fiador solidario puede exigir su liberación de conformidad con el art. 482 inc. 2 del CCom.

Es preciso señalar que a partir de la moderna concepción del contrato las relaciones existentes en el contrato de fianza deben situarse en el ámbito de la coligación o conexidad negocial que permite tener en consideración todos los elementos que componen su entramado contractual.

En este sentido, apunta el Prof. rosarino HERNÁNDEZ que *"...la relación de fianza en sí considerada conforma una red negocial, que se manifiesta a través de vínculos horizontales, concurrentes y perfectamente simultáneos, en donde todos ellos aparecen unidos o ligados a un solo sujeto...."* (HERNÁNDEZ, Carlos. En LORENZETTI, Ricardo Luis. "Código Civil Comentado". Tomo II. Ed. Rubinzal-Culzoni. Pag. 614)

No obstante lo expuesto, se advierte que dicho entramado convencional debe devenir del acuerdo contractual propiamente dicho, y afectar a las

partes que lo componen. El derecho a la exoneración que consagra el art. 482 del Cod. Com. se refiere a la relación deudor-fiador, siendo el primero ajeno al contrato de fianza. Por ello, como han sostenido los Maestros españoles DIEZ PICAZO y GULLON *"...se trata de una terminología impropia debido a que el deudor carece de la potestad de liberar al fiador al no ser parte en el contrato de fianza..."* (DIEZ PICAZO, Luis. GULLON Antonio. "Sistema de Derecho Civil" Vol. II. 9° Ed. Tecnos. Pag. 495).

Es decir, el ejercicio del derecho que se le otorga al fiador no afecta en los más mínimo a la relación contractual de fianza que se configura entre acreedor y fiador. Desde esta perspectiva, la retractación, en los términos del art. 482 del Cód. de Comercio, sólo resulta vinculante para el acreedor cuando va acompañada de la sustitución por otro fiador o bien aquél ha liberado expresamente al fiador, sin que éste configure un modo de extinción de la fianza frente al deudor. (Ver, entre otros, los criterios análogos seguidos por la Sala E y A de la CNCiv. en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 21/08/1998, Banco Los Tilos S.A. c. Líderes en Tecnología S.A. y otros., LA LEY 1999-B, 428 - DJ 1999-2, 334, AR/JUR/2877/1998 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 02/06/2009, First Trust of New York National Association c. Szusterman, Judel, LA LEY 31/08/2009, 31/08/2009, 10 - LA LEY 2009-E, 309, AR/JUR/22955/2009).

Respecto a esta eventual caducidad o inaplicabilidad de la fianza, la Sala I de la CNFed. ha interpretado, siguiendo lo expuesto precedentemente y la postura doctrinaria unánime en la materia, que *"...en los casos contemplados en el art. 482 del Cód. de Comercio el fiador puede reclamar sólo del deudor principal su liberación, pero ello en modo alguno puede perjudicar al acreedor que tiene derecho a que se mantenga la garantía o seguridad de su crédito en la forma estipulada, de manera que aquella cuestión atañe exclusivamente a las relaciones entre fiador y deudor y en nada afectan la vinculación jurídica establecida por el*

contrato de fianza entre el fiador y el acreedor de la obligación principal, puesto que la acción del fiador sólo está autorizada contra el deudor afianzado y por los hechos relativos a éste..." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 14/12/1984, Junta Nacional de Granos c. Ilari, Armando A. y otro, LA LEY 1985-C, 264 - DJ 1985-2, 356, AR/JUR/455/1984).

En igual sentido ha precisado suntuosa jurisprudencia de la Sala C de la CNCiv. que *"...si bien el art. 482 inc. 4 del Cód. de Comercio autoriza al fiador a exigir su liberación, esta facultad juega en la relación interna con el afianzado, pues el acreedor tiene derecho a que se mantenga incólume la seguridad de su crédito conforme fuera estipulado..."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 05/12/2003, Banco Comafi c. Rodcou S.A. y otros, LA LEY 2004-C, 611 - DJ 2004-2, 539, AR/JUR/4862/2003. Esa misma sala en fallo de fecha 10/10/00, autos caratulados: "Texaco Petrolera Argentina S.A. c. Atex Sur S.R.L. y otros s/ord." Ver asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 24/11/2005, Banca Nazionale del Lavoro c. De Romanis, Mario y otros, DJ 29/03/2006, 838, AR/JUR/7347/2005. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 24/02/2006, HSBC Bank Argentina c. Jovima S.A. y otros, DJ 28/06/2006, 656 - IMP 2006-15, 1924, AR/JUR/710/2006).

Ello es así, ya que el precepto referenciado concierne exclusivamente a las relaciones entre fiador y deudor principal pero en nada afecta las relaciones entre aquél y el acreedor, (Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 03/06/2002, Revlon de Argentina S.A. c. Paredes Bluma, José y otros, LA LEY 2002-E, 490 - DJ 2002-3, 203 , AR/JUR/3409/2002. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, 21/12/1979, Bertolo y Cía., S. A. c. Jasin, José R. y otro, AR/JUR/6369/1979) por lo que la pretensión del apelante carece de sustento normativo y deviene improcedente.

Por lo expuesto, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn.

RESUELVE:

1. **CONFIRMAR** la sentencia interlocutoria de fs. 26/27 y vta. en todo cuanto ha sido materia de agravios.
2. **IMPONER** las costas de esta instancia en el orden causado. (Conf. arts. 69, 70 del CPCC).
3. **REGULAR** los honorarios por su actuación ante esta Alzada, de los abogs. D. G. L. en el 10 % de los previstos por el Sr. Juez de Grado y al abog. G. W. en el 15 % de dicho monto; y del abog. S. F. en el 12 % de los que sean dispuesto en la instancia de grado; y de los abogs. V. A. F. Y G. L. en el 9 % para cada uno de ellos de igual importe. (Conf. Arts. 5, 6, 13 y 32 de la Ley XIII N° 4).
4. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

Registrada bajo Nº /11 SIC.