

El seguro de caución. Efectos frente al concurso preventivo

Por Rómulo Rojo Vivot y Sebastián Eduardo Torres. Publicado en la Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, sept-oct 2021.

Sumario: 1. Aspectos generales del seguro de caución. II. Naturaleza jurídica. III. La prescripción de las acciones emergentes del seguro de caución. IV. El seguro de caución frente al concurso preventivo del tomador.

En esta presentación comenzaremos por examinar las características y la naturaleza jurídica del denominado seguro de caución, para luego realizar un análisis sobre algunas de las situaciones que suelen producirse cuando se declara la apertura del concurso preventivo del tomador del seguro de caución.

La finalidad de este trabajo es reseñar la normativa que regula la materia y analizar los resultados de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, poniendo en evidencia los puntos de conflicto más usuales y significativos.

I. Aspectos generales del seguro de caución

A) Caracterización de la estructura contractual

Para comprender el funcionamiento del contrato de caución y la estructura jurídica de las contrataciones privadas que involucran a este tipo de garantía, estimamos conveniente realizar la siguiente caracterización.

Pongamos por caso que un frigorífico está dispuesto a celebrar un contrato de obra con una empresa constructora para la realización de un edificio de oficinas dentro de una de sus plantas de distribución. Como es de uso y práctica en la industria de la construcción, el frigorífico requiere a la constructora la presentación de diversas pólizas de caución destinadas a cubrir las consecuencias de los posibles incumplimientos de las distintas etapas de la obra involucrada (v.gr. ejecución del contrato, fondo de reparos, anticipo financiero, entre otros).

A tal fin, la constructora acude a una compañía de seguros y contrata la emisión de distintas pólizas de caución instituyendo al frigorífico como asegurado y beneficiario para que, en el caso de no realizar la obra de acuerdo a lo estipulado en el contrato, la aseguradora le pague al frigorífico una suma de dinero determinada o determinable en los términos, condiciones y alcances estipulados en la póliza de caución.

La pluralidad de vínculos implicados en la operatoria puede ser apreciada con claridad. Por un lado, se advierte el negocio jurídico principal celebrado entre el frigorífico y la constructora. Luego, aparece la garantía instituida mediante el convenio celebrado por la constructora y la aseguradora. De allí surge el vínculo establecido entre la aseguradora y el frigorífico que resulta instrumentado a través de la póliza de caución, de la cual surge el derecho del frigorífico a exigir a la aseguradora la satisfacción de la obligación de garantía asumida a través de la póliza, el cual está subordinado a que se produzca el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la constructora en el contrato principal.

En la práctica, el contrato de caución es utilizado para garantizar prestaciones derivadas de contratos de obra, servicios, suministro, concesión y locación. También se utiliza en el ámbito de las garantías aduaneras, impositivas, judiciales, entre otras. Las empresas aseguradoras sólo pueden emitir pólizas para garantizar las consecuencias de los incumplimientos de obligaciones de hacer o dar cosas, no pudiendo hacerlo respecto de obligaciones de dar sumas de dinero, pues está prohibida

la cobertura de operaciones de crédito financiero puro¹. Además, sólo están autorizadas a otorgar garantías a favor de terceros cuando configuran económica y técnicamente operaciones de seguro aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación (arts. 7 inc. b), 23, 24 y 29 inc. i) de la ley 20.091).

B) Elementos propios del contrato de caución.

La constitución de este tipo de garantía participa de una estructura jurídica compleja, en cuya operación se manifiesta la coexistencia de tres vínculos obligatorios originados por dos contratos distintos.

Los sujetos involucrados en el contrato de caución son el tomador, la aseguradora y el asegurado-beneficiario. El tomador es quien propone, a la aseguradora, la celebración de un contrato de caución, instituyendo como asegurado a un tercero, que es el legítimo titular del interés económico que se asegura a través de la póliza. El negocio jurídico aparece así como un contrato a favor de un tercero, en el que el tomador contrata la póliza cubriendo intereses que no son propios, asumiendo frente a la aseguradora el carácter de contratante, debiendo cumplir con todas las cargas y obligaciones originadas en el contrato de caución, incluyendo la de abonar las primas correspondientes.

La obligación que asume la aseguradora frente al asegurado no es autónoma ni independiente, sino que es accesoria de la obligación contractual o legal conexa asumida por el tomador del seguro (art. 856 del Cód. Civ. y Com.). Por su parte, la responsabilidad solidaria asumida por la aseguradora sólo implica eliminar el derecho de excusión y división, sin que ello signifique perder su carácter de obligación accesoria ni convertirlo en deudor directo de la obligación principal². En este contexto, es necesario que se individualice y determine adecuadamente cuál es la obligación garantizada, con indicación precisa de los sujetos, el objeto, la causa y la extensión de garantía.

Uno de los caracteres esenciales del contrato de caución es que la falta de pago de las primas por parte del tomador no suspende la cobertura ni afecta el derecho del asegurado. De tal modo, la caución se mantiene vigente hasta tanto el tomador sea liberado de su responsabilidad conforme al régimen que resulte aplicable a la relación principal. A tal fin, el tomador debe restituir a la aseguradora la póliza emitida o entregar algún instrumento fehaciente emanado del propio asegurado que acredite la extinción del riesgo previsto, siendo insuficiente la mera invocación del cumplimiento de la obligación garantizada o la desaparición del interés asegurable³. Mientras ello no suceda, el tomador está obligado al pago de la totalidad de los períodos facturados en concepto de prima, y la aseguradora está obligada a mantener su compromiso frente al asegurado⁴.

¹ CNCom, sala C, 28/02/1985, “Banco de Catamarca c. La Gremial Económica Cia. de Seguros”, LL 1985-B, 510: “No ha mediado en el caso un seguro de caución sino de un crédito financiero puro (...) conducen a tenerlo por nulo, de nulidad absoluta”. CNCom, sala B, 17/05/2017, “Banco del Chubut SA c. Aseguradora de Créditos y Garantías”. CNCom, sala F, 12/07/2018, “Molinos Rio de la Plata SA c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda.”: “(...) no está dirigida a asegurar el pago en efectivo (...) pues ello quebranta la prohibición establecida en el art. 24 de la Ley 20.091 (...) su finalidad era avalar que el importe que recibiese el tomador del asegurado fuese aplicado a la adquisición de los elementos destinados para la ejecución de las obligaciones contraídas”.

² CNCom, sala A, 14/06/1995, “Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Cielmec SA”: “(...) no pueden (...) obligarse como “principal pagador”. CNCom, sala D, 23/08/2007, “Sintéticos SA c. Antártida Cia. Argentina de Seguros SA”: “(...) como principal pagador, el fiador se constituye en un codeudor solidario, lo que es incompatible con el contrato de seguro (...) se excluye de su obligación el carácter accesorio (...) está afectada de nulidad absoluta (...) por encerrar un acto de objeto prohibido”. MOIA, Ángel Luis, “Las relaciones de garantía ante el concurso preventivo. Un emergente más de las reformas asistemáticas a la ley concursal”, LLLitoral 2012 (abril), p. 269: “(...) debe respetarse la accesoria que identifica a las garantías (...) cualquier acto que exceda los márgenes legales resultará nulo, de nulidad absoluta”. FARINA, Juan M., “Seguro de caución”, RDCO 79/84, 1981, p. 521. SANTICCHIA, Gerardo D., “El seguro de caución”, JA 2005-III, 910.

³ CNCom, sala A, 28/05/2020, “Cosena Seguros SA c. Grupo Constructora SA”: “(...) no es suficiente con que desaparezca el riesgo –y con ello el interés asegurable- emergente del contrato principal, ni el hecho de que el Estado dicte una resolución liberando a la compañía de seguros de su responsabilidad, sino que es menester además, que el empresario tomador comunique dicha circunstancia a la aseguradora”. CNCom, sala B, 27/05/2013, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Constructora Mican SRL”: “(...) no existe otra vía que le permita desvincularse de las obligaciones asumidas que la devolución de la póliza o el reconocimiento del cumplimiento del contrato por parte del beneficiario”. CNCom, sala F, 01/03/2012, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Navarrete, Rubén”.

⁴ CNCom, sala C, 03/12/2015, “Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Jardín de los Ceibos SA”. CNCom, sala D, 03/07/2018, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Gervari SA”. CNCom, sala E, 30/06/2020, “Cosena Seguros SA c. Fundación Madres de Plaza de Mayo”.

Otro de los caracteres propios de este contrato es que la aseguradora tiene derecho a reclamar al tomador, el reembolso del importe pagado al asegurado en razón del contrato de caución. De ello se sigue que, la función de esta clase de contrato no se extiende a la protección del patrimonio del tomador.

En cuanto al régimen de las cargas establecidas en las pólizas de caución, hay quienes consideran que recaen sobre el tomador y no sobre el asegurado⁵. Sin embargo, en las pólizas emitidas para la actividad privada se estipulan cargas y obligaciones a cargo del asegurado, tales como cumplir en tiempo y forma con la denuncia del siniestro, informar acerca de los actos u omisiones del tomador que puedan dar lugar a la afectación de la póliza, proveer lo necesario para evitar el riesgo o disminuir el daño ocasionado por el siniestro⁶. No obstante, existe jurisprudencia que ha limitado la posibilidad de alegar caducidades con base en el incumplimiento de las cargas establecidas en las pólizas⁷.

C) Determinación y configuración del siniestro en las contrataciones privadas

En el contrato de caución el siniestro se produce por el acaecimiento de un hecho futuro, incierto e independiente de la voluntad del asegurado y de la aseguradora: el incumplimiento de la obligación garantizada por causas imputables al tomador (art. 343 del Cód. Civ. y Com.). En consecuencia, la realización del evento previsto en la póliza actúa como condición suspensiva para el nacimiento de la obligación de la aseguradora de pagar al beneficiario el importe comprometido en la póliza de caución (art. 346 del Cód. Civ. y Com.).

Una vez configurado el siniestro en los términos establecidos en la póliza, el asegurado puede dirigir su acción contra la aseguradora a fin de reclamar la satisfacción de la obligación de garantía asumida mediante el contrato de caución. A tal fin, tiene que intimar el pago al tomador en forma fehaciente⁸; luego tiene que notificar a la aseguradora el resultado infructuoso de la interpelación cursada al tomador, justificando el motivo de su reclamo y el monto a pagar según lo establecido en las condiciones generales de la póliza.

A partir de allí, la aseguradora debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado, pudiendo requerir la entrega de documentación e información necesaria para verificar la existencia del siniestro o la extensión de la prestación a su cargo⁹.

Si durante el plazo establecido la aseguradora y el tomador omitieron pronunciarse sobre el reconocimiento del derecho pretendido por el asegurado, las defensas tendientes a controvertir su derecho no podrán ser admitidas (art. 263 del Cód. Civ. y Com.). Aquí es dable destacar que el tomador está obligado a comunicar a la aseguradora las excepciones y defensas opuestas al contestar la intimación que efectuó el asegurado. La notificación de las defensas no importa aceptación de las mismas por parte de la aseguradora, pero cualquier excepción, defensa o prueba que, en dicho plazo, no haya sido opuesta al asegurado y notificada a la aseguradora, no podrá ser

⁵ CNCom, sala A, 05/06/2018, “Afianzadora Latinoamericana Cia. de Seguros c. Industrias Metalúrgicas Pescarmona SA”. CNCom, sala B, 22/05/2018, “Fianzas y Crédito SA Compañía de Seguros c. Atilas SA”.

⁶ SANTICCHIA, Gerardo, “El seguro de caución”, JA 2005-III, 910: “(...) el asegurador (...) resulta alcanzado por las cargas contenidas en la póliza”. SILVA GARRETÓN, Alberto, “El seguro de caución”, www.eldial.com.ar.

⁷ CNCom, sala B, 22/11/2017, “Isolux Ingeniería SA c. Liberty Seguros Argentina SA”. CNCom, sala F, 15/08/2017, “Petrobras Argentina SA c. Aseguradora de Créditos y Garantías SA”.

⁸ CNCom, sala F, 15/08/2017, “Petrobras Argentina SA c. Aseguradora de Créditos y Garantías SA”: “(...) con la promoción del incidente de verificación de crédito (...) la actora cumplió con la carga de intimar el pago al tomador”.

⁹ RANGUGNI, Diego E., “El seguro de caución”, LL 2000-A, 1: “Notificado el asegurador del incumplimiento del tomador, sólo le queda expedirse explícitamente sobre el derecho del asegurado dentro de los 30 días que establece el art. 56 de la ley 17.418”. CNCom, sala B, 04/02/2009, “Calusa Comercial SA c. Alba Cia. Argentina de Seguros SA”: “(...) la obligación de expedirse conforme lo establecido en el art. 56 de la ley de seguros, devendría con posterioridad a la denuncia de siniestro”. CNCom, sala A, 21/11/2019, “Finesterre SA c. Evolución Seguros SA”. CNCom, sala A, 03/07/2003, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Comitee Center SA”, ED 205-106: “(...) si bien cabe reconocer que la aseguradora puede requerir prueba al asegurado (...) información necesaria para determinar el origen y la medida o extensión exacta de los daños (...) tal facultad cabe ejercerla cuando resulte razonable y sin perder de vista las distintas obligaciones y cargas que el contrato le impone al tomador (...) revistiendo la tomadora la calidad de incumplidora y por lo tanto es quien se encuentra en mejores condiciones que nadie para brindar y probar las explicaciones pertinentes (...)”.

posteriormente invocada por el tomador contra la aseguradora cuando ésta haga uso de la facultad conferida de exigir al tomador el reembolso del pago que se vio compelida a efectuar¹⁰.

Acreditada la configuración del siniestro, la aseguradora debe cumplir con el pago de la suma pactada en la póliza, no siendo necesaria ninguna otra interpelación ni declaración judicial de condena o acción previa contra el tomador¹¹. Ahora bien, la aseguradora puede rechazar el siniestro por considerarlo excluido de la cobertura o por no haberse acreditado el acto formalmente previsto como siniestro, teniendo derecho a debatir la inexistencia de la causa de afectación de la caución¹².

En el supuesto que la situación derive en una acción judicial iniciada por el asegurado reclamando el pago de la garantía, la participación en el juicio del tomador deviene inexorable, siendo procedente su citación como tercero. No solo para debatir el acaecimiento de la condición que habilita la ejecución de la garantía sino también para resguardar los derechos de la aseguradora frente a la posible acción de regreso que pudiera ejercer. Máxime cuando las partes del contrato principal se atribuyan incumplimientos recíprocos y el tomador desconozca la eficacia del hecho que tuvo por extinguido el vínculo principal. También cuando no existe certeza sobre la extensión del daño y el monto a pagar por la aseguradora¹³.

D) Efectos del pago del siniestro

El empresario que en garantía de la ejecución de un contrato tomó un seguro de caución, debe reembolsar a la aseguradora las sumas que esta pagó al asegurado. Tan es así que en las pólizas se establece que los derechos que corresponden al asegurado en razón del siniestro cubierto por la póliza, se transfieren a la aseguradora hasta el monto pagado por ésta. Además, la aseguradora paga una deuda a la que está obligada por otro, configurando un supuesto de subrogación legal (art. 915 inc. a) del Cód. Civ. y Com.)¹⁴. A dicha conclusión también se puede arribar por aplicación de las normas que regulan el contrato de seguro y el contrato de fianza (art. 80 de la LSeg. y arts. 918 y 1592 del Cód. Civ. y Com.).

Cualquiera sea la fuente de la subrogación, el pago del siniestro tiene como efecto la transmisión a la aseguradora de todos los derechos, acciones y garantías que correspondían al acreedor en contra del tomador. Es por ello que el pago faculta a la aseguradora a promover una acción recursoria para recuperar, del tomador, el monto pagado al beneficiario del seguro, pudiendo reclamar los gastos e intereses en la medida que deriven de obligaciones imputables al deudor¹⁵. A tal fin, no basta con acreditar el pago sino que, además, es necesario demostrar que el asegurado tenía derecho a recibir ese pago.

II. Naturaleza jurídica

En la doctrina y en la jurisprudencia no existe consenso acerca de la naturaleza jurídica del denominado seguro de caución. Las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

¹⁰ CNCom, sala A, 03/07/2003, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Comitee Center SA", ED 205-106. CNCom, sala D, 08/11/1988, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. León Romagnoli Chiarini SA".

¹¹ CNCom, sala C, 13/07/2016, "Feltrin Alberto c. Liderar Cia. Gral. de Seguros SA", ED 269-229. CNCom, sala E, 08/08/2007, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Cristales Petracca SA", DJ 2008-1, 503.

¹² CSJN, 10/12/1998, "Estado Nacional c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales SA", Fallos: 321:3334: "(...) la parte actora debía demostrar en este litigio la culpa en el incumplimiento del contratista-tomador del seguro (...) necesaria para configurar la causa de afectación de la caución".

¹³ CNCom, sala A, 21/11/2019, "Finesterre SA c. Evolución Seguros SA". CNCom, sala E, 05/06/2020, "Aceros Zapla SA c. Ferroaleaciones SA".

¹⁴ **BERMUDEZ**, Héctor, "El seguro de caución", ED 164-1086. **SANTICCHIA**, Gerardo D., "El seguro de caución", JA 2005-III, 910. CNCom, sala A, 14/08/2007, "La Fortuna SA Argentina de Seguros Generales c. Noren SA". CNCom, sala B, 13/09/2017, "Cosena Seguros SA c. Ernesto Tarnousky SA". CNCom, sala E, 22/03/2007, "Chubb Argentina de Seguros SA c. La Construcción SA Cia. Argentina de Seguros". CNCom, sala F, 12/07/2018, "Molinos Rio de la Plata SA c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda".

¹⁵ CNCom, sala A, 14/08/2007, "La Fortuna SA Argentina de Seguros Generales c. Noren SA". CNCom, sala E, 17/04/2012, "Álvarez y Patiño SA s. concurso s. inc. por Aseguradora de Créditos y Garantías SA: "Los honorarios de los abogados que representaron a la compañía de seguros integra el denominado rubro "gastos causídicos" susceptibles de repetición".

A) Doctrina de la fianza: Por un lado, están quienes simplifican la caracterización del contrato de caución como un contrato de fianza, negando su encuadre jurídico dentro del contrato de seguro¹⁶. La jurisprudencia también se ha pronunciado con similar sentido¹⁷.

Otros declaran que es una fianza solidaria, pero reconocen rasgos especiales derivados de la circunstancia que quien garantiza el negocio jurídico es una empresa de seguros sujeta al control de la Superintendencia, lo cual impone la adopción de ciertos recaudos en su estructura técnica y en su operatoria económica que le son propias y características (v.gr. instrumentación mediante una póliza de seguro, la constitución de reservas técnicas, el reaseguro de los riesgos cubiertos, etc.)¹⁸.

Ahora bien, la mayoría de la doctrina¹⁹ y de la jurisprudencia²⁰ coincide en que la naturaleza del contrato de caución es distinta del contrato de fianza. En tal sentido destacan que la finalidad de garantía, el carácter accesorio del contrato de caución y la acción recursoria no determinan que su naturaleza sea la de un contrato de fianza.

Por su parte, quienes niegan al contrato de caución el carácter de seguro, declaran que la ley de seguros no contempla esta figura y que contiene normas que le resultan absolutamente inaplicables. También refieren que en la caución no existe aleatoriedad, pues el evento previsto como siniestro es un hecho que no resulta ajeno a la voluntad de las partes sino que, por el contrario, consiste en un incumplimiento imputable al tomador frente al beneficiario. En este aspecto, declaran que en la relación jurídica derivada del contrato de caución no existe un verdadero riesgo asegurable, lo que es inaceptable en un contrato de seguro²¹.

Asimismo, señalan que en el contrato de caución no existe una operación de seguro pues las bases técnicas y económicas son diferentes a las del seguro. En relación a esto afirman que no puede considerarse que el conjunto de los seguros de caución contratados por la misma empresa aseguradora formen un sistema en el sentido técnico que es propio de todas las demás ramas de seguros, pues –ante cada siniestro– la aseguradora no recurre al fondo de primas para equilibrar el pasivo, sino que busca recuperar los montos pagados al beneficiario subrogándose en sus derechos y repitiendo esas sumas contra el tomador. Además, consideran que la ecuación prima-siniestro no está formulada en base a un cálculo actuarial ni en un análisis técnico de riesgo; su único fundamento reposa en el análisis de la capacidad del tomador para hacer efectiva la prestación acordada con el beneficiario-asegurado²².

B) Doctrina asegurativa: Sin embargo, existe doctrina judicial que sostiene que el contrato de caución contiene todos los elementos tipificantes de un contrato de seguro: sujetos del seguro (aseguradora, tomador y asegurado), una prima, un riesgo representado por la probabilidad de que

¹⁶ MORANDI, Juan Carlos, *Lecciones Preliminares sobre el Contrato de Seguro*, Buenos Aires, 1963, p. 28. OVEJERO GUEMES, Marcelo, “Garantía por póliza de seguro (Seguro de caución)”, JA 1967-VI, 816. GROSSO, Eduardo, “El seguro de caución”, ED 35-839. RANGUGNI, Diego E., “El seguro de caución”, LL 2000-A, 1. ROMERO, Miguel Álvaro, “Seguros de caución y obligaciones del asegurador”, LL 2011-E, 159. VILLEGAS, Carlos, *Las garantías del crédito*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, T° II, p. 264.

¹⁷ CNCom, sala B, 13/12/2017, “Fianzas y Crédito SA Compañía de Seguros c. Sermel SA”: “(...) se trata técnicamente de una “fianza”, y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de “garantía” del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en “paridad de grado”, el cual debe cumplir como si fuera el deudor mismo, por lo que no se trata de un contrato de indemnización”.

¹⁸ BERMUDEZ, Héctor, “El seguro de caución”, ED 164-1086. MEILIJ, Raúl, “Seguro de caución. Características principales”, LL 2012-E, 690. SCHIAVO, Carlos y CASTRO SANMARTINO, Mario, “El seguro de caución como especie de los contratos aleatorios. Normas aplicables”, JA 2006-I, 655.

¹⁹ GARCÍA, Marta Eva, “Naturaleza jurídica del seguro de caución”, LL 1975-C, 752. FARINA, Juan M., “Seguro de caución”, RDCO 79/84, 1981, p. 521. BULLO, Emilio, *El derecho de seguros y otros negocios vinculados*, Buenos Aires, Abaco, 1999, T° II, p. 581. BACHILLER NUÑEZ, Julio, *Seguro de Caución*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 17. SANTICCHIA, Gerardo D., “El seguro de caución”, JA 2005-III, 910.

²⁰ CS Tucumán, 11/03/2005, “Instituto Provincial de Seguros c. Ávila de Karamaneff”. CNCom, sala A, 06/11/2019, “Fianzas y Crédito SA Cia de Seguros c. RDS SA”. CNCom, sala C, 30/10/2009, “Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales SA c. Integral Work Service SA”. CNCom, sala D, 23/08/2007, “Sintéticos SA c. Antártida Cia. Argentina de Seguros SA”. CNCom, sala F, 12/07/2018, “TGLT SA c. Aseguradora de Caucciones SA”.

²¹ CNCom, sala D, 03/07/2018, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Gervari SA”. CNCom, sala F, 12/07/2018, “Molinos Río de la Plata SA c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda”. GROSSO, Eduardo, “El seguro de caución”, ED 35-839.

²² RANGUGNI, Diego, “El seguro de caución”, LL 2000-A, 1. ISRAILEVICH, Jorgelina, “El seguro de caución”, RDCO 2005-B, 51. ROMERO, Miguel Álvaro, “Seguros de caución y obligaciones del asegurador”, LL 2011-E, 159.

el siniestro no ocurra²³ y un interés asegurable, todo lo cual demuestra que se configuran los elementos constitutivos esenciales de un contrato de seguro (arts. 1, 2 y 60 de la LSeg).

En tal contexto surge una orientación doctrinaria²⁴ y jurisprudencial²⁵ que lo declara como un contrato de seguro, aunque de características y modalidades propias que lo diferencian de cualquier otro tipo de seguro.

C) Doctrina híbrida: Por otro lado, se encuentra la exégesis que sostiene que es un contrato de garantía con características propias que lo distinguen del contrato de seguro, pero que toma su forma y modalidades, y al que le son aplicables -en subsidio de lo que las partes hubieran dispuesto- las normas reguladoras del contrato de seguro²⁶.

Tal es la doctrina establecida por la Corte Suprema al considerar que, al no existir un verdadero riesgo asegurable²⁷, la esencia del negocio jurídico es la de un contrato de garantía accesorio al contrato principal. Sin perjuicio de ello, reconoce que por tratarse de una operación de seguro autorizada por la autoridad de control, reúne algunos de los requisitos, formas y modalidades propias del contrato de seguro, y admite la aplicación de las regulaciones y principios propios de ese contrato -porque así es la voluntad de las partes- en todo aquello que no contradiga a la esencia de la relación jurídica de garantía²⁸.

D) Disparidad de criterios y su consecuente incertidumbre: Consideramos innecesario citar más fallos u opiniones doctrinarias; con los mencionados se destaca la discrepancia de criterios existentes para determinar la naturaleza jurídica del denominado seguro de caución.

A partir de lo hasta aquí expuesto, *¿cuál de las visiones es la que se ajusta a derecho?* Su determinación tiene particular importancia, pues en función del criterio que se adopte derivan consecuencias que se reflejan en los distintos vínculos jurídicos involucrados con el contrato de caución.

Por nuestra parte, consideramos que esta materia exhibe dificultades porque se insiste en someter con analogías conceptuales al contrato de caución, en lugar de aceptar que tiene su propia naturaleza jurídica.

Este tipo de garantías no es subsumible estrictamente en la estructura de un contrato de fianza. El contrato de caución es una especie dentro del género garantía, al igual que los son otras figuras, cada una en su especificidad²⁹. Procurar asignar el carácter de fianza al contrato de caución implicaría establecer que todas las garantías otorgadas por terceros son contratos de fianza³⁰.

²³ CNCom, sala A, 02/12/2014, “Cosena Seguros SA c. Arcángel Maggio SA”: “(...) es un contrato aleatorio en el que la asegurabilidad del riesgo se halla condicionada por la incertidumbre de la verificación del evento”.

²⁴ FARINA, Juan M., “Seguro de caución”, RDCO 79/84, 1981, p. 521. BACHILLER NUÑEZ, Julio, *Seguro de Caución*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 68. BULLO, Emilio, *El derecho de seguros y otros negocios vinculados*, Buenos Aires, Abaco, 1999, T° II, p. 583. CHEVALLIER-BOUTELL, Juan Pablo, “La prescripción en el contrato de seguro de caución”, JA 2015-II, 684. SANTICCHIA, Gerardo D., “El seguro de caución”, JA 2005-III, 910. ISRAILEVICH, Jorgelina, “El seguro de caución”, RDCO 2005-B, 51.

²⁵ CNCom, sala E, 04/10/2018, “La Perseverancia Seguros SA c. Alpargatas Calzados SA”. CNCom, sala F, 12/07/2018, “Molinos Río de la Plata SA c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda”.

²⁶ CNCom, sala A, 21/08/2020, “Cosena Seguros SA c. Covelia SA”. CNCom, sala B, 26/08/2016, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Martin Alberto Grane”. CNCom, sala C, 21/12/2016, “Fianzas y Crédito SA Cia de Seguros c. Antonio René Rivas”. CNCom, sala D, 23/08/2007, “Sintéticos SA c. Antártida Cia. Argentina de Seguros SA”.

²⁷ BULLO, Emilio, *El derecho de seguros y otros negocios vinculados*, Buenos Aires, Abaco, 1999, T° II, p. 580: “(...) la consecuencia de negar la existencia de riesgo significa la nulidad de ese denominado contrato de seguro por carecer de objeto”.

²⁸ CSJN, 30/06/1992, “Estado Nacional c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales SA”, Fallos: 315:1406. CSJN, 10/12/1998, “Estado Nacional c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales SA”, Fallos: 321:3334. CSJN, 11/12/2014, “Estado Nacional c. Aseguradora de Créditos y Garantías SA”, Fallos: 337:1408.

²⁹ CS Tucumán, 11/03/2005, “Instituto Provincial de Seguros c. Ávila de Karamaneff”: “(...) la finalidad de garantía -común en múltiples figuras jurídicas tales como la hipoteca, la prenda, el warrant, el pacto de garantía, la cláusula penal a favor del acreedor, el aval o la asunción de solidaridad- no determina la naturaleza de fianza del seguro de caución”.

³⁰ ALEGRIA, Héctor, *El aval*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 11: “Subsumir al aval dentro de la fianza puede resultar tan inadecuado como decir que la fianza es un seguro de crédito o que éste es un aval, cuando son especies distintas de garantía”. CNCom, sala B, 24/05/1976, “La Holando Sud Americana c. Grebenar Davor”, ED 68-248.

Por su parte, la pretensión de darle un encuadre preciso dentro de los contratos de seguro no parece una solución satisfactoria, pues conduce a interpretaciones que posibilitan conclusiones que exceden el marco normativo que la ley establece. Por lo demás, en el ordenamiento jurídico no existe una regulación integral y orgánica del denominado seguro de caución. La ley 17.418 (LSeg.) no lo regula especialmente y la mayoría de sus normas resultan inaplicables. En cuanto a la ley 20.091 (de entidades de seguros), sólo dispone una autorización para emitir este tipo de garantías en la medida que las aseguradoras cumplan con complejos criterios técnicos y económicos que la constituyan en una operación de seguro aprobada por la autoridad de control. Similar consideración es dable realizar respecto de la ley 17.804, la cual sólo admite al seguro de caución como una de las formas de garantía que permite la ley 13.064 de obra pública, cuyas pólizas deben reunir las condiciones establecidas en el Decreto Reglamentario 411/1969, Resolución 17047/1982 y Decreto 436/2000.

Si bien su afinidad con el contrato de fianza y con el contrato de seguro es tal que permite la aplicación de algunas de las disposiciones propias de esos contratos, si se examinan los derechos, cargas y obligaciones que existen en el contrato de caución, se advierte que reviste particularidades tales que no permiten encuadrarlo estrictamente en ninguna de las figuras previstas por la legislación de fondo.

No basta con que uno o algunos de los elementos de un contrato se ajusten en uno o más elementos de un contrato nominado para considerarlo como tal, sino que la regulación debe involucrar todo el contrato en su conjunto. Cuando la figura contractual a la que nos referimos no calza en ningún tipo contractual recogido por nuestro ordenamiento jurídico, cuando la relación jurídica que genera está compuesta por derechos y obligaciones combinadas, de tal manera que hay una cierta originalidad y que el repertorio de contratos contenidos en el sistema legal se revela insuficiente para normarlo, es cuando debemos hablar de un contrato innominado (art. 970 del Cód. Civ. y Com.).

En tal sentido, no cabe otra conclusión que se trata de un contrato innominado que contiene matices de distintos contratos, haciendo propios algunos aspectos del contrato de seguro y del contrato de fianza. La póliza de caución emitida en el marco de las contrataciones públicas tiene aspectos propios de las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda” (arts. 1810 a 1813 del Cód. Civ y Com.).

En cuanto a las reglas aplicables a los contratos innominados, el principio rector debe ser el respeto de la voluntad expresa o tácita de los contratantes; y el silencio de las partes debe ser llenado por los jueces de la materia, de la manera que mejor se conforme al fin económico o práctico perseguido por el contrato. Si las cláusulas del contrato no fuesen claras o no bastaran para resolver el caso, habrá que aplicar las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, los usos y prácticas del lugar de celebración y, en última instancia, las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad (art. 970 del Cód. Civ. y Com.).

Por lo demás, tal es el principio establecido en las pólizas de caución, las cuales establecen que las partes se someten a las condiciones establecidas en la póliza, y que las disposiciones del Código Civil y Comercial y demás leyes solamente se aplicarán a las cuestiones no contempladas en la póliza y en cuanto ello sea compatible.

Sin embargo, en este aspecto no puede soslayarse que por tratarse de una operación de seguro autorizada por la autoridad de control, el negocio jurídico debe ajustarse a los requisitos y efectos generales aplicables a todos los seguros. Es así que los planes de seguro y sus elementos técnicos y contractuales, deben ser aprobados por la autoridad de control antes de su aplicación (arts. 23, 25 y 28 de la ley 20.091).

En definitiva, los antecedentes citados -y otros tantos que no mencionamos por estimarlo innecesario- despejan cualquier duda respecto a que el contrato de caución reviste particularidades que no permiten encuadrarlo estrictamente en ninguna de las figuras previstas por la legislación de fondo. La pretensión de insistir en someterlo a analogías conceptuales y reducirlo a una categoría de un esquema preconcebido no parece una solución satisfactoria, siendo función del intérprete determinar la normativa aplicable en cada situación en concreto (art. 963 del Cód. Civ. y Com.), en

la medida que resulten compatibles con su verdadera función de garantía y no contradigan -expresa o implícitamente- las condiciones establecidas en la póliza.

III. La prescripción de las acciones emergentes del seguro de caución

Llegado a este punto, y antes de adentrarnos en los efectos que produce el concurso preventivo del tomador, consideramos oportuno pasar a examinar la cuestión relativa a la prescripción de las acciones emergentes de los vínculos obligatorios implicados en la operatoria del contrato de caución.

A) Reclamo del asegurado para obtener el pago de la cobertura

En las licitaciones y contrataciones públicas, las pólizas fijan que la prescripción de las acciones contra la aseguradora se producirá cuando prescriban las acciones del asegurado contra el tomador, de acuerdo con las disposiciones legales o contractuales aplicables (Decreto 411/69 reglamentario de la ley 17.804). La misma solución se aplica en el ámbito de las garantías aduaneras, en los contratos de Participación Público Privado (Resolución SSN 618/2018), Prehorizontalidad (Resolución SSN 1039/2018) y en los contratos de locación con destino habitacional (Resolución SSN 376/2020).

Sin embargo, ese principio no suele ser aplicado para contratos privados de obra, servicio y suministro, ya que las pólizas emitidas para garantizar las obligaciones derivadas de esa clase de contratos establecen que las acciones dirigidas contra la aseguradora prescriben al año de producido el incumplimiento del tomador³¹.

La distinción en relación al plazo de prescripción según el tipo de contrato garantizado pone en evidencia que, en algunos supuestos, al contrato de caución se lo identifica con el contrato de fianza³² y, en otros, con el contrato de seguro (art. 58 de la LSeg.).

Es incuestionable que la función de garantía del contrato de caución es idéntica en uno y otro caso, por lo que frente a supuestos semejantes se impone la misma solución. A pesar de ello, las pólizas invocan distintos institutos jurídicos para resolver situaciones de idénticas características, logrando un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa que declara la invalidez de las convenciones que modifiquen las normas relativas a la prescripción (art. 2533 del Cód. Civ. y Com.).

Siendo que las partes no pueden modificar las disposiciones que el derecho determina en materia de prescripción³³, surge el interrogante acerca de cuál es la ley que resulta aplicable (arts. 1 y 963 del Cód. Civ. y Com.). Aquí es dable destacar que la aprobación de la Superintendencia de Seguros de las cláusulas generales predispuestas en las pólizas no impide su control judicial, pudiendo el juez declarar la nulidad parcial del contrato (arts. 989 y 1122 del Cód. Civ. y Com.).

B) Acción recursoria contra el tomador

Tal como hemos mencionado, una de las características esenciales del contrato de caución es que, el pago del siniestro faculta a la aseguradora a promover una acción para recuperar del tomador el monto pagado al beneficiario del seguro.

Ahora bien, el asunto a dilucidar es si esta es una acción que se identifica con la del pago por subrogación, o si esta vía de “reembolso” es un derecho autónomo e independiente del crédito del asegurado y que está dado por el contrato de caución.

³¹ CNCom, sala D, 05/03/2020, “Bagley Argentina SA c. CESCE Argentina de Seguros de Créditos y Garantías SA.” CNCom, sala E, 16/06/2016, “Martínez Azzolina Alberto c. Prudencia Cia. Argentina de Seguros Generales SA”.

³² CNCom, sala A, 18/12/2012, “Giros International SA c. Mema Lisa”: “(...) la obligación del fiador, sea simple, solidaria o principal pagador, se rige en cuanto a la prescripción por los mismos plazos que la ley señala para la obligación garantizada”.

³³ MÁRQUEZ, José y CALDERÓN, Maximiliano, “Prescripción y caducidad en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-C, 743: “Todos los aspectos relacionados a los plazos, sus modos de cómputo, causales de modificaciones y cuestiones procesales quedan sustraídos a las convenciones particulares”.

La cuestión tiene importancia sustancial, pues si se trata de una acción que nace de la subrogación (arts. 882, 915 y 918 del Cód. Civ. y Com. y art. 80 de la LSeg.), a los efectos de determinar cuál es el plazo de prescripción aplicable, corresponde estar al que correspondía a la acción derivada de la relación contractual principal que existía entre el asegurado y el tomador (art. 2560 del Cód. Civ. y Com.). En cambio, si la acción está dada por el vínculo autónomo establecido por la solicitud de la póliza de caución, se impone -tal como suelen argumentar los tomadores- la aplicación del art. 58 de la LSeg, por lo que el plazo anual de prescripción comenzará a correr desde la fecha en que la aseguradora efectivizó el pago.

Hay que admitir que estas dos vías están igualmente expeditas en cualquier hipótesis de acción de recurso del que paga una deuda a la que estaba obligado por otro³⁴. No obstante, también hay que reconocer que la causa del crédito no está dada por la póliza de caución sino por el contrato celebrado entre el asegurado y el tomador. Por consiguiente, el tomador sólo puede plantear la prescripción de la acción que originalmente correspondía al asegurado basado en el contrato que los vinculó, siendo improcedente la aplicación del plazo anual normado en el art. 58 de la LSeg³⁵.

C) Cobro de las primas

En la doctrina y en la jurisprudencia no existe consenso acerca del modo en que debe computarse el plazo de prescripción anual en relación a la acción de cobro de primas en materia de seguros de caución (art. 58 de la LSeg.). Las diversas posturas pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1) Prima única de pago fraccionado en cuotas. Por un lado están quienes consideran que, como el contrato de caución es único con una sola prestación a cargo de la aseguradora, la prima a pagar por el tomador es también única. Si bien debería pagarse y liquidarse al tiempo de la celebración o de la conclusión del contrato de caución, por motivos operativos y financieros se la fracciona, liquida y paga periódicamente³⁶.

Siendo que tal fraccionamiento da lugar a sucesivas cuotas de una prima única, sin que existan varios períodos de cobertura a los que correspondan varias primas susceptibles de prescribir cada una individualmente, consideran que la prescripción anual debe computarse a partir del vencimiento de la última cuota (art. 58, segundo párrafo, de la LSeg.)³⁷.

En este aspecto sostienen que una solución en contrario llevaría a homologar la injusticia de admitir que la prescripción corre mientras el asegurador mantiene vigente el contrato, con agravio del principio que enuncia la exposición de los motivos de la ley 17.418 (cap. XVI) y en cuyo mérito la vigencia del contrato de seguro debe valer como interruptiva de esa prescripción (art. 2545 del Cód. Civ. y Com.).

2) Primas independientes. Por otro lado, la mayoría de la jurisprudencia coincide en que no hay una única cobertura o contrato único, sino tantos como periodos facturados. Según esta exégesis, cada período de cobertura es independiente y a medida que sucede cada uno de esos períodos se originan nuevas primas, hasta el momento en que el asegurador es liberado de la obligación asumida.

En tal sentido, consideran que cada prima devengada es independiente entre sí y que se adeudan al comenzar cada periodo de cobertura (art. 30 de la LSeg.). Es por ello que declaran que el término

³⁴ LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1970, Tº II, p. 562.

³⁵ CNCom, sala C, 25/10/2012, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Sartor SA”. CNCom, sala D, 16/08/2005, “Asegurado de Créditos y Garantías SA c. SA Lito Gonela e hijo SCFF”. CNCom, sala E, 27/04/2010, “La Construcción SA Cia. Argentina de Seguros c. Interdil SA”.

³⁶ BERMUDEZ, Héctor, “El seguro de caución”, ED 164-1086. BACHILLER NUÑEZ, Julio, *Seguro de Caución*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 133. SANTICCHIA, Gerardo D., “El seguro de caución”, JA 2005-III, 910. SILVA GARRETÓN, Alberto J., “Problemática actual de la prescripción de las primas del seguro de caución”, 26/02/2009, www.eldial.com.ar.

³⁷ CNCom, sala A, 21/08/2020, “Cosena Seguros SA c. Covelia SA”. CNCom, sala B, 30/06/2009, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Hilado SA”: “(...) las partes intervinientes expresamente pactaron que toda re-facturación por nuevos períodos (...) será considerada como facturación de nuevas cuotas generadas por el mismo y único contrato originario (...) imponen un apartamiento del criterio asumido por esta Sala in re “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Visión Express Argentina SA” del 28.8.08”. CNCom, sala B, 26/08/2016, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Martín Alberto Grane”.

anual de prescripción debe computarse desde el inicio de cada uno de los períodos facturados, es decir, al comenzar cada endoso (art. 58, primer párrafo, de la LSeg.)³⁸.

De este modo, concluyen que no cabe admitir el argumento que postula que las primas así devengadas representan cuotas de una prima única, pues ello importa sostener que existe tal prima correspondiente a todo el plazo de vigencia del contrato, lo que ciertamente no es susceptible de ser fijada en razón de la indeterminación temporal que caracteriza a este tipo de contratos³⁹. Aún si la prima se considerase única, en la medida que ella es pagable fraccionadamente en forma de cuotas, cada una de estas últimas se transformó en una prima independiente⁴⁰.

IV. El seguro de caución frente al concurso preventivo del tomador

En este capítulo realizaremos un análisis sobre algunas de las situaciones que suelen producirse cuando se declara la apertura del concurso preventivo del tomador del seguro de caución. El propósito es determinar las posibilidades de actuación eficaz de cada uno de los sujetos implicados en la estructura jurídica que involucra al contrato de caución.

A) Acción recursoria de las sumas abonadas por la aseguradora

Según el régimen concursal, todo acreedor de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo y sus garantes, tiene la carga de solicitar la verificación de su acreencia con la exigencia de invocar y probar el monto, causa y privilegio (arts. 21, 32 y 56 de la LCQ).

La ley concursal no exige como requisito para verificar un crédito que éste resulte exigible. Las acreencias condicionales o sujetas a plazo deben ser verificadas aún cuando todavía no se encuentre expedita su percepción por vía concursal (art. 353 del Cód. Civ. y Com.)⁴¹. Claro está que el acreedor tiene la potestad de concurrir a verificar el crédito luego de que se vuelva exigible la deuda (art. 56 de la LCQ)⁴². Del mismo modo, en el caso que el acreedor hubiese verificado su crédito, el garante que pagó la deuda puede subrogarse en el derecho de aquel⁴³.

En cuanto al contrato de caución, la mayor parte de la jurisprudencia considera que la póliza es la causa y el título de la obligación del tomador de reembolsar, a la aseguradora, el importe que le pagó al asegurado⁴⁴. A partir de ello, se afirma que la mera posibilidad que la aseguradora pueda llegar a tener que pagarle al asegurado, lo coloca en situación de formalizar la pretensión verificatoria para poder exigir el reembolso de ese pago en el proceso concursal del tomador. Hasta que ello ocurra, la verificación del crédito será declarada condicional en resguardo de ese derecho eventual.

³⁸ CSJN, 08/11/2005, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Concor SA”, Fallos 328:3922. CNCom, sala B, 28/08/2008, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Visión Express Argentina SA”. CNCom, sala C, 19/09/2019, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Construcciones del Estero SA”. CNCom, sala D, 03/07/2018, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Gervari SA”. CNCom, sala E, 21/06/2016, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Condor Group SRL”. CNCom, sala F, 28/03/2019, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Capdevilla Empresa Constructora SA”.

³⁹ CHEVALLIER-BOUTELL, Juan Pablo, “La prescripción en el contrato de seguro de caución”, JA 2015-II, 684. BABOT, Fernando, “Prescripción para el cobro del premio en el Seguro de Caución”, LL 2015-D, 77. MEILIJ, Raúl, “Seguro de caución. Características principales”, LL 2012-E, 690.

⁴⁰ CNCom, sala D, 19/09/2014, “Alba Compañía de Seguros SA c. Calzado Nueva Mente SA”.

⁴¹ CNCom, sala C, 02/04/2003, “Construcciones Metalúrgicas Zanello SA s. Inc. verificación por Alba Cia. Argentina de Seguros”, LL 2003-C, 169.

⁴² CNCom, sala B, 17/05/2017, “Cosena Seguros SA c. Globe Metales SA”. CNCom, sala E, 29/06/2018, “Alpargatas Calzados SA s. concurso s. inc. por Aseguradores de Caucciones SA”.

⁴³ CNCom, sala C, 30/09/2019, “Oillataguerre Pedro s. inc. de verificación por Fogaba Sapem”: “No se trata de incorporar un nuevo crédito al pasivo concursal, sino de constatar si la titularidad de aquella acreencia que ya se encontraba admitida, ha pasado a cabeza del apelante como consecuencia de la subrogación (...) en tal supuesto no resulta aplicable la regla que sobre prescripción, y para la incorporación de acreencias a la masa pasiva, contiene el art. 56 LCQ”

⁴⁴ CNCom, sala A, 13/10/1986, “La Construcción Cia. De Seguros c. Christiani & Nielsen SA”, LL 1987-C, 51. CNCom, sala B, 17/05/2017, “Cosena Seguros SA c. Globe Metales SA. CNCom, sala C, 17/05/2005, “Chubb Argentina de Seguros c. Casa Radiadores Argentina SA”, DJ 2005-2, 1016. CNCom, sala D, 28/04/2016, “Sarkis Kircos SA s. Concurso s. Inc. de verificación por Aseguradora de Créditos y Garantías”. CNCom., sala E, 14/03/2019, “Ilarent SA s. quiebra s. Inc. por Instituto de la Vivienda”.

Sin embargo, también existe jurisprudencia que declara que la causa del crédito de la aseguradora contra el tomador no es la póliza de caución, sino el efectivo pago del siniestro, pues recién allí resulta exigible la obligación del tomador⁴⁵. Para este criterio jurisprudencial, si el siniestro se produjo luego de la presentación concursal, la pretensión regresiva contra el tomador resulta post-concursal, siendo inadmisibile que la aseguradora deba verificar montos que no eran exigibles al momento en que se presentaron en concurso preventivo.

No es nuestra intención realizar una reflexión teórica tardía ni convertir la doctrina jurisprudencial imperante en base a argumentos dogmáticos; pero tampoco queremos dejar de plantear el interrogante acerca de si el crédito de la aseguradora derivado del pago efectuado al asegurado resulta alcanzado por las reglas de la concursalidad, cuando el siniestro se configura luego de la presentación en concurso.

El contrato de caución no puede ser analizado considerando solamente uno de los aspectos de una estructura jurídica compleja, en cuya operación se manifiesta la coexistencia de tres vínculos obligatorios originados en dos contratos distintos, respecto de los cuales todos tienen interés sin ser parte de la relación jurídica sustancial existente en cada uno de ellos. Tan es así que la aseguradora no es parte del contrato principal, el asegurado es un tercero respecto al vínculo contractual establecido por la solicitud de la póliza de caución y el tomador es ajeno a la relación contractual que vincula a la aseguradora con el asegurado, quien no puede anular o revocar la póliza unilateralmente.

Esta particular circunstancia requiere un tratamiento que responda a dicho contexto. En tal sentido, consideramos que la situación debe analizarse partiendo del hecho cierto de que el contrato de caución es accesorio de un contrato principal y que el pago del siniestro es fuente de transmisión del crédito del asegurado a la aseguradora. Por lo tanto, los efectos que genera el concurso preventivo del tomador sobre el contrato de caución dependen del tipo de obligación que asumió el tomador frente al asegurado.

A partir de allí, para determinar si la causa o título de la acción recursoria es anterior a la presentación en concurso, es necesario examinar la naturaleza del crédito del asegurado y el estado de las obligaciones derivadas del contrato principal al momento de la declaración de apertura del concurso preventivo del tomador. También es necesario analizar el derecho derivado de la póliza de caución y establecer cuál es el acto o hecho jurídico idóneo que produce la causa del crédito del asegurado frente a la aseguradora. Máxime cuando la responsabilidad de la aseguradora sólo puede hacerse efectiva en caso de resolución del contrato principal por causa imputable al tomador.

Las múltiples situaciones que pueden presentarse imponen la necesidad de prestar especial atención a la dinámica negocial y a la naturaleza propia de esta clase de contrato, analizando en profundidad los derechos, obligaciones y modalidades que resultan de la pluralidad de vínculos coligados.

1) Contrato principal en curso de ejecución (art. 20 de la LCQ). El art. 20 de la LCQ regula los efectos que genera el concurso preventivo sobre los contratos celebrados con anterioridad a la presentación del concurso y que se encuentran plenamente vigentes y restan por cumplir la totalidad o parte de las prestaciones a cargo de ambas partes intervinientes⁴⁶. En tales circunstancias establece que el concursado puede optar por resolver o continuar con el cumplimiento de esos contratos, debiendo para ello ajustar su actuación a ciertas cuestiones procesales y sustanciales.

La norma le otorga al concursado un plazo de treinta (30) días hábiles judiciales -contados a partir de la sentencia de apertura del concurso- para tomar la iniciativa de pedir y obtener autorización judicial para continuar o extinguir el contrato. Al vencer el plazo mencionado, sin que el concursado hubiera ejercido su prerrogativa, el co-contratante estará facultado a declarar la extinción del contrato o a solicitar se autorice su continuación. Desde luego, no existe impedimento

⁴⁵ CNCom, sala A, 05/07/2017, “Afianzadora Latinoamericana Compañía de Seguros SA c. Frigorífico Penta SA”.

⁴⁶ **ROJO VIVOT**, Rómulo, “Los contratos en curso de ejecución frente al concurso preventivo (art. 20 de la LCQ)”, RDCO N° 293, Noviembre/Diciembre 2018, p. 665: “Esto implica excluir los contratos que fueron extinguidos antes de la presentación en concurso preventivo (...) aquellos contratos en los que alguna de las partes hubiera realizado –en forma íntegra y voluntaria- la prestación debida”.

alguno para que las partes puedan presentarse conjuntamente solicitando la continuación o la extinción del contrato. En cualquier caso, será el juez quien decidirá al respecto⁴⁷.

2) Efectos de la continuación contractual. Dispuesta la continuación del contrato en los términos del art. 20 de la LCQ, la relación contractual mantiene sus pautas originarias sin estar alcanzado por ninguno de los efectos del proceso concursal. Esto implica que el co-contratante no está sujeto a la carga verficatoria ni queda sometido a la propuesta del acuerdo concordatario y a su efecto novatorio (art. 55 de la LCQ). Tampoco se produce la suspensión del curso de los intereses ni la conversión prevista en el art. 19 de la LCQ.

Además, el co-contratante puede exigir, previamente y sin necesidad de solicitar verificación, el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación del concurso, bajo apercibimiento de resolución. La norma otorga al co-contratante una facultad excepcional, que consiste en eludir completamente la concurrencia de su crédito a la masa pasiva.

Por su parte, los créditos que se generen por incumplimientos posteriores a la presentación en concurso preventivo, deben pagarse cuando resulten exigibles. Al no estar alcanzadas por los efectos del proceso concursal, el co-contratante podrá resolver el contrato e iniciar las acciones ordinarias para el cobro de lo adeudado. En la hipótesis de quiebra posterior, esos créditos gozan del privilegio previsto por el art. 240 de la LCQ.

En el supuesto que esas prestaciones estuvieran garantizadas por un contrato de caución, la aseguradora deberá responder ante el asegurado en los términos del contrato objeto de cobertura y en los propios del contrato de caución. En iguales condiciones, la aseguradora que paga tiene la acción recursoria contra el tomador, sin que su estado concursal incida sobre su exigibilidad. Al tratarse de un contrato continuado con autorización del juez, queda fuera del concurso preventivo en su integridad.

La solución es de toda lógica, pues el contrato accesorio sigue la suerte del principal. Si el contrato principal no está alcanzado en sus efectos por el proceso concursal, la misma solución debe aplicarse al contrato accesorio. Es inaceptable pretender que la aseguradora mantenga cubierto al asegurado durante todo el plazo del contrato celebrado con el tomador y obligarlo a verificar su crédito como eventual.

Ahora bien, dadas las particularidades del proceso concursal, puede ocurrir que el asegurado y/o la aseguradora se vieran compelidos a solicitar la verificación de su crédito y que, con posterioridad, sean anticiados de que el contrato que los vincula al concursado quedó continuado por decisión judicial.

A los efectos de evitar planteos especulativos por parte del concursado, en cuanto que la verificación importó consentir la admisión al pasivo sin reserva y una renuncia a los derechos derivados de la continuación contractual⁴⁸, es aconsejable que el crédito sea insinuado, dejando constancia de qué se hace con la reserva de los derechos que prevé el art. 20 de la LCQ para el caso de autorizarse la continuación del contrato. De tal forma, se logra evitar la disyuntiva de saber si su crédito está o no alcanzado por los efectos del proceso concursal.

3) Efectos de la resolución contractual. La facultad del concursado para optar por declarar unilateralmente la extinción del contrato con causa en la apertura de su concurso preventivo es una solución discutible, pues el art. 20 de la LCQ no ha previsto en forma expresa tal posibilidad. Algunos afirman que la normativa concursal no le otorga dicha potestad⁴⁹, pero la mayoría está de

⁴⁷ WILLIAMS, R., *El concurso preventivo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 145: “La autorización es requerida por la ley para evitar fraudes, en perjuicio de la masa”. CAMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, T° I, p. 581: “(...) se impone para precautelar, prevenir y poner los medios necesarios para evitar o impedir un riesgo o peligro a los acreedores de manejos del deudor”.

⁴⁸ CNCom, sala E, 23/12/1997, “Joc SA s. concurso s. inc. por Fábricas Agrupadas de Muñecas Onil SA”: “(...) aceptó someterse a la carga verficatoria y consintió la continuación del contrato (...) debe considerarse que resignó definitivamente la facultad de exigir el cumplimiento perentorio de las prestaciones adeudadas por la concursada a la fecha de presentación concursal, no pudiendo luego de transcurrida tal oportunidad, pretender el pago inmediato de la deuda y la resolución contractual”.

⁴⁹ BARBIERI, Pablo, *Contratos y procesos concursales*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2001, p. 51. CNCom, sala D, 22/05/1992, “Liscovsky A e Hijos y Cia. SA s. concurso s. inc. de resolución art 21”, RDCO 1992-443.

acuerdo en que el dispositivo legal abarca tal posibilidad, dando diferentes argumentos para llegar a esa conclusión⁵⁰. La jurisprudencia también se ha inclinado por esta última solución⁵¹.

Al aceptarse que la norma le atribuye al concursado esa potestad resolutoria, no es posible considerar que el concursado incumple el contrato, pues técnicamente lo extingue amparado por un derecho que le asiste (art. 1089 del Cód. Civ. y Com.). Por tal motivo, el vínculo se extingue sin responsabilidad y el co-contratante no podrá exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la rescisión contractual⁵².

Siendo que la norma instituye una causa legal de extinción y que el vínculo accesorio sigue la suerte del principal, en la situación planteada la aseguradora queda liberada del pago de la suma garantizada. Esto se debe a que el contrato se extingue con causa en el concurso preventivo y no por el incumplimiento de la obligación prevista en la póliza. No existiendo un incumplimiento imputable al tomador concursado, se extingue la obligación sin responsabilidad.

Similar consideración es dable realizar cuando es el co-contratante asegurado quien extingue el vínculo en los términos del art. 20 de la LCQ. Ahora bien, ese principio no resulta aplicable cuando el incumplimiento del tomador se hubiese producido antes de la presentación en concurso. Del solo hecho que el co-contratante no hubiera emplazado al deudor o no comunicará en forma inmediata a la aseguradora la configuración del siniestro, no puede concluirse que exista caducidad o renuncia al derecho de exigir de cobro de la suma asegurada. La ley no establece en forma expresa que la presentación en concurso preventivo suspenda, prohíba o extinga el derecho a resolver el contrato con causa en el incumplimiento anterior a la presentación en concurso de la otra.

4) Efectos de la declaración de inaplicabilidad del art. 20 LCQ al contrato principal. En la doctrina y en la jurisprudencia existe consenso respecto a que la norma abarca aquellos contratos en los que el cumplimiento de las prestaciones de ambas partes quedaron diferidas en fecha posterior a la presentación en concurso (v.gr. anticipo financiero para el suministro de mercadería cuya entrega y pago del saldo quedo diferido en fecha posterior a la presentación en concurso). En cambio, no resulta tan claro que la norma comprenda aquellos contratos en los que la relación entre las partes se realiza de manera estable y el cumplimiento de las prestaciones se reitera en el tiempo, de manera individual y distinta en cada oportunidad, en forma continuada, fluyente, intermitente o periódica.

En el caso que el juez concursal declare que no corresponde impartir ninguna medida relativa a la relación contractual en tanto que el art. 20 de la LCQ no resulta aplicable al contrato principal, las partes continúan sujetas a las normas del derecho común y a las consecuencias previstas en el contrato, sin que el concurso preventivo afecte los derechos y obligaciones de las partes⁵³.

En tal supuesto, el concursado y el co-contratante no pueden extinguir el vínculo invocando la causa legal prevista en dicha norma. No obstante, podrán ampararse en las normas de derecho común y ocurrir por la vía pertinente, demostrando los extremos que justifiquen la disolución del vínculo, incluso por incumplimientos anteriores a la presentación. No es dable pretender que el co-contratante tenga que verificar su crédito sometándose a una eventual quita o diferimiento por años y, a su vez, exigirle que cumpla con las prestaciones a su cargo.

⁵⁰ CAMARA, Héctor, *El Concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1978, Tº I, p. 538. CASTAÑÓN, Alfredo, "Concurso preventivo: contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes", LL 1988-B, 882. QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos. Ley 19.551 Comentada, Anotada y Concordada*, Buenos Aires, Astrea, 1985, Tº I, p. 267. RUBIN, Miguel, "Concurso preventivo: contratos con prestaciones recíprocas pendientes. Reformas de la ley 24522", ED 168-1158. HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 2000, Tº I, p. 514. VILLANUEVA, Julia, *Concurso preventivo*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 225. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos "Efectos del concurso preventivo. Reflexiones a propósito del art. 20 de la LCQ", ED 204-958. ORALLO, Verónica, "Los efectos del concurso preventivo sobre los contratos con prestaciones recíprocas pendientes", en ROUILLON, Adolfo, *Derecho Concursal*, Buenos Aires, La Ley, Universidad Austral, 2004.

⁵¹ CNCom., sala A, 14/6/1995, "Mandy SRL s. concurso". CNCom, sala C, 29/05/2007, "UAR Asociación Civil s. inc. por Sportfive SA". CNCom, sala C, 24/06/2014, "Bodegas y Viñedos Orfila S.A. c. AFIP".

⁵² CNCom, sala A, 24/05/1990, "Editorial Kapelusz SA s. concurso s. inc. por Ferrostal AG", ED 139-119. HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 2000, Tº I, p. 515.

⁵³ CNCom, sala D, 15/12/2020, "Alcalis de la Patagonia SA s. concurso s. inc. continuación de contrato".

En este aspecto es dable mencionar que, en los contratos de duración, son frecuentes las cláusulas que disponen como causal de resolución contractual a la presentación o la apertura del concurso preventivo de alguna de las partes. Sin embargo, el art. 22 de la LCQ declara la invalidez de las estipulaciones convencionales contrarias a lo dispuesto en el art. 20 de la LCQ. Este principio tiene su explicación en que las partes deben ajustarse al régimen previsto en la ley concursal, y que la aplicación de aquellas cláusulas contractuales implicaría la imposibilidad del concursado de ejercer el derecho que le otorga el art. 20 de la LCQ de peticionar la continuación del contrato.

En virtud del límite impuesto por el art. 22 de la LCQ, se considera que la disposición emergente del art. 20 de la LCQ prevalece sobre la cláusula contractual⁵⁴, por lo menos hasta que el juez decida acerca de la viabilidad de su aplicación al contrato cuya continuación fuera solicitada por alguna de las partes.

Ahora bien, si el juez decide que al contrato principal no le resulta aplicable el art. 20 de la LCQ, debiendo regirse por el derecho común y lo dispuesto en cada contrato en particular, naturalmente surge el siguiente interrogante: *¿recobra virtualidad la cláusula contractual que estableciera como causal resolutoria el concursamiento de una de las partes?* La respuesta pareciera inclinarse por la afirmativa.

Salvo las disposiciones especiales que establece el ordenamiento concursal, los contratos se rigen de conformidad a sus términos y condiciones. Por tanto, no mediando declaración legal expresa de la inaplicabilidad de las reglas del derecho contractual ni excepción al respecto, queda subsistente la cláusula contractual pudiendo ser válidamente ejercida por el co-contratante y oponible al concurso.

Existen antecedentes jurisprudenciales que han avalado la decisión de resolver un contrato con causa en la presentación en concurso⁵⁵. Con similar sentido se ha expresado la doctrina, al considerar que no existe contradicción en validar este tipo de cláusulas frente al concurso preventivo⁵⁶.

5) Inactividad de las partes. Puede ocurrir que al vencimiento del plazo de treinta (30) días hábiles dispuestos por el art. 20 de la LCQ, ninguno de los contratantes haya ejercido la prerrogativa de declarar la extinción del vínculo o de solicitar la autorización para su continuación.

La doctrina ensayó distintas interpretaciones acerca de esta situación. Hay quienes sostienen que, si ninguna de las partes se pronuncia acerca de la extinción del vínculo, el contrato sigue vigente aunque suspendido a la espera de una decisión sobre su continuación o resolución⁵⁷. Ello por cuanto el concurso no lo extingue, pero tampoco puede ser continuado sin autorización judicial. La jurisprudencia también ha compartido este criterio⁵⁸.

Otros declaran que el contrato no se suspende y que las partes pueden continuar su cumplimiento⁵⁹; la única consecuencia es que el co-contratante es privado del beneficio del art. 240 de la LCQ. En tal sentido, se considera que el motivo por el cual el concursado requiere la autorización judicial

⁵⁴ CNCom, sala D, 01/06/2016, "Cellularnet SA c. Telecom Personal SA".

⁵⁵ CNCom., Sala B, 2/5/1980, "Orsini y Cía. c/ Enrique Arizu e Hijos SA", JA, 1981-II - 598. CNCom, Sala C, 20/12/1996, "Alfor SA c/ Autolatina SA", LL 1997-D, 32. C1^aCCMPaz y Trib. de Mendoza, 18/4/2001, "Procargo SA", LLGran Cuyo, 2001-666.

⁵⁶ HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, T^o V, p. 156.

⁵⁷ LAMAS, Horacio, "Efectos de los procesos concursales sobre los contratos preexistentes", en RUBIN, Miguel, *Instituciones de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 229. HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 2000, T^o I, p. 521. VILLANUEVA, Julia, *Concurso preventivo*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 226. ROUILLON, Adolfo, *Código de Comercio comentado y anotado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2007, T^o IV-A, p. 294. ILLANES, Carlos, "Efecto suspensivo del concurso preventivo sobre los contratos en ejecución", DJ 2013-45, 13.

⁵⁸ CNCom, sala C, 24/06/2014, "Bodegas y Viñedos Orfila SA c. AFIP". CNCom., sala D, 04/02/2008, "Diseños y Construcciones S.A. c. Banco Sudameris Argentina SA".

⁵⁹ ORALLO, Verónica, "Los efectos del concurso preventivo sobre los contratos con prestaciones recíprocas pendientes", en ROUILLON, Adolfo, *Derecho Concursal*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 592. ROMANO, Alberto, "Algunas reflexiones sobre concurso preventivo y contrato con prestaciones recíprocas pendientes", *Revista de las Sociedades y Concursos*, N^o 19, p. 32. CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra: comentario de la ley 19.551*, Buenos Aires, Depalma, 1978. T^o I, p. 539. LAMAS, Horacio, "Efectos de los procesos concursales sobre los contratos preexistentes", en RUBIN, Miguel, *Instituciones de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 243. FORASTIERI, Aníbal, "Efectos del concurso preventivo sobre el contrato de locación de inmuebles", ED 1986-III, 847. CNCom, sala F, 13/08/2019, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Compañía Constructora de Embarcaciones SA".

para continuar el contrato es para impedir o evitar que el co-contratante lo extinga con causa en la apertura del concurso preventivo o en el incumplimiento anterior a la presentación en concurso; o para obtener una decisión judicial que le permita dejar sin efecto la suspensión y continuar con el cumplimiento del contrato.

Nosotros consideramos que el límite en la prosecución del contrato está dado por la proyección temporal del cumplimiento de las prestaciones emergentes del contrato en curso de ejecución. Para ello es necesario examinar la dinámica negocial y la naturaleza propia de las prestaciones que derivan del contrato principal.

a) Obligaciones diferidas: En aquellos vínculos contractuales esporádicos y resultantes de negocios jurídicos aislados y determinados, en los cuales las partes hubieran diferido el cumplimiento de sus prestaciones en fecha posterior a la presentación en concurso de una de ellas, es indudable que el co-contratante puede suspender el cumplimiento de las prestaciones a la espera de la conducta que adopte el concursado, conforme a lo establecido por el art. 20 de la LCQ (arts. 1031 y 1032 del Cód. Civ. y Com.). También en aquellos casos en los que se hubiera acordado diferir la eficacia del contrato o el comienzo del cumplimiento de las prestaciones con fecha posterior a la presentación concursal. Del mismo modo, cuando se hubiera celebrado un contrato preliminar a través del cual se obligaron a celebrar o concluir un único y determinado contrato definitivo (v.gr. contrato de caución por mantenimiento de oferta).

Ahora bien, *¿qué pasa si el acto se realiza sin la previa autorización judicial?* Si bien resultará eficaz para las partes, será inoponible frente a la masa de acreedores (art. 17 de la LCQ). En tal caso, el síndico y/o los acreedores podrán requerir la declaración judicial de ineficacia del acto. Si la prestación realizada por el concursado significó un acto perjudicial para los bienes del deudor que constituyen la garantía común de los acreedores, no puede ni debe ser tolerada ni admitida.

Sin embargo, si el acto cumplido sin la autorización hubiese causado un beneficio para el desarrollo de la actividad del deudor y para la masa de acreedores, o no hubiera originado perjuicio alguno a terceros interesados, el juez puede ratificar el acto. Para ello, deberá ponderar su conveniencia para la continuación y el desarrollo de la actividad empresarial del concursado, los intereses de los acreedores y la sociedad en general. Las circunstancias de cada caso darán los elementos para su determinación. En cualquier supuesto, es el juez quien debe decidir, acordando o desestimando la autorización.

b) Obligaciones continuadas: La situación es distinta en aquellos contratos en los que el cumplimiento de las prestaciones se realiza durante un lapso prolongado de tiempo y su ejecución es distribuida o reiterada en el tiempo en forma discontinua, variable, intermitente y en intervalos regulares o determinados.

Si el contrato no sufrió ninguna perturbación que comprometa el equilibrio económico o jurídico del negocio, no sólo está excluido de la previsión contenida en el art. 20 de la LCQ, sino que tampoco necesita autorización judicial para mantener su vigencia. Las prestaciones esenciales y principales que determinan la identidad del contrato principal están siendo cumplidas de forma ininterrumpida, por lo que no pueden considerarse pendientes y deben permanecer vigentes sin sufrir cambios ni afectaciones de ninguna índole.

Es por ello que la relación -durante el plazo contractual pendiente- debe regirse por las normas del derecho común, sin que el concurso preventivo afecte los derechos y obligaciones de las partes, quienes deberán cumplir las prestaciones a medida que los compromisos vayan surgiendo y produciendo efectos. Estos actos no menoscaban ningún interés legítimo ni alteran la situación de las partes, pues las nuevas obligaciones emergentes del contrato producirán sus efectos con posterioridad a la presentación en concurso.

No obstante, ciertos negocios jurídicos individuales que integran el contrato de duración pueden quedar comprendidos en la previsión legal. Tal sería el caso en que alguna de las partes hubiera enviado una orden de compra u otorgado un anticipo financiero y, siendo aceptada por la otra antes de la presentación en concurso, estuviera pendiente la entrega de la mercadería y el pago del precio. También cuando se hubiera entregado o recibido una factura sin oposición inmediata del

comprador, pues la tradición simbólica anterior a la presentación no importa cumplimiento de la prestación. De igual manera, frente a una factura conformada (ley 24.064) por la que las partes hubieran diferido el cumplimiento de sus prestaciones en fecha posterior a la presentación en concurso.

En tales supuestos, el co-contratante puede suspender el cumplimiento de esa prestación particular, a la espera de la decisión judicial que autorice y le otorgue seguridades suficientes de que la prestación a cargo del concursado será realizada (art. 20 de la LCQ).

6) El art. 20 de la LCQ ¿es aplicable al contrato de caución? Dejando a salvo el debate acerca de si en el contrato de caución existen prestaciones recíprocas pendientes⁶⁰, es indudable que estos vínculos jurídicos instituyen una excepción frente a las prerrogativas previstas en el art. 20 de la LCQ, pues los actos u omisiones del tomador concursado no pueden afectar los derechos del tercero asegurado y el contrato de caución no puede ser rescindido por la aseguradora.

Tan es así que la falta de pago de las primas no suspende la cobertura ni afecta el derecho del asegurado. Además, la única forma por la cual la aseguradora queda liberada de su responsabilidad frente al asegurado es mediante la recepción de la póliza original o de algún otro instrumento fehaciente emanado del propio asegurado que acredite la extinción del riesgo previsto en la póliza. De tal modo, la obligación de la aseguradora frente al asegurado subsiste hasta tanto el tomador sea liberado de su responsabilidad y las primas siguen devengándose automáticamente, sin que sea necesaria una autorización de la sindicatura o del juez concursal⁶¹.

No obstante, existe jurisprudencia que sostiene que el contrato de caución no puede ser continuado legalmente sin intervención del juez del concurso y que, sin la autorización judicial, corresponde rechazar la acción destinada al cobro de las primas devengadas con posterioridad a la presentación en concurso preventivo⁶². Desde tal óptica, ésta exégesis considera procedente la extinción del contrato de caución a instancia del tomador y de la aseguradora, dejando de lado toda consideración respecto al derecho del asegurado a exigir el pago en caso de producirse el evento previsto en la póliza.

La posibilidad de dejar sin efecto el contrato de caución por decisión unilateral del tomador o de la aseguradora no puede ser admitida, pues se estaría desnaturalizando esta clase de garantía y, con ello, afectando derechos del tercero asegurado, quien es ajeno a la relación jurídica del tomador con la aseguradora. Es por ello que sin la conformidad del asegurado no es posible liberar a la aseguradora de su obligación de garantía.

B) Acción del asegurado contra la aseguradora para obtener el pago de la cobertura

El asegurado debe prestar especial atención cuando se declara la apertura del concurso preventivo del tomador, pues el régimen general ordinario sufre alteraciones de carácter sustancial y procesal, en orden a la oportunidad y forma en que deberá encauzar el ejercicio de sus derechos frente a la aseguradora.

En este aspecto, es dable destacar que el carácter accesorio del contrato de caución y la condición de “fiador” asumida por la aseguradora determina que su responsabilidad está condicionada a la existencia de un crédito válido y exigible contra el tomador.

⁶⁰ CNCom, sala A, 16/11/2009, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Odisa Obras de Ingeniería SA”: “(...) puede ser encuadrado en el supuesto de contratos con prestación recíproca pendiente (...) si bien la norma refiere a una autorización judicial, ésta no resulta requisito ineludible para la vigencia del contrato, produciendo la omisión (...) la consecuencia de no otorgarle (...) la preferencia la preferencia que pudiese corresponderle, en su caso, en los términos del art. 240 LCQ”. CNCom, sala B, 26/08/2016, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Martín Alberto Grane”: “(...) el seguro de caución –cuyas prestaciones deben cumplirse en forma periódica y reiterada– no puede quedar incluidas en las prescripciones del art. 20 de la LCQ, que sólo resulta aplicable a aquellos contratos de ejecución diferida”.

⁶¹ CNCom, sala A, 06/06/2017, “HLB Pharma Group SA s. Concurso s. Inc. por Afianzadora Latinoamericana Cia. de Seguros SA”. CNCom, sala B, 26/08/2016, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Martín Alberto Grane”. CNCom, sala F, 13/08/2019, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Compañía Constructora de Embarcaciones SA”.

⁶² CNCom, sala C, 13/07/2016, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Simón Cachan SA”.

A partir de estas consideraciones, hay quienes afirman que cuando el crédito del asegurado contra el tomador devino no verificado con el efecto previsto en el art. 37 de la LCQ se produce la extinción del derecho del asegurado al reclamo del pago a la aseguradora⁶³. Del mismo modo, hay quienes consideran improcedente la acción contra la aseguradora cuando el asegurado no solicitó la previa verificación del crédito en el concurso del tomador⁶⁴. También están los que sostienen que corresponde diferir el dictado de la sentencia en el proceso iniciado contra la aseguradora, hasta tanto se encuentre firme la resolución verificatoria del crédito del asegurado.

La misma solución aplican cuando transcurre el plazo previsto por el art. 56 de la LCQ sin que el asegurado hubiese peticionado la verificación de su crédito en el concurso del tomador⁶⁵. Al estar prescripta la acción no existe obligación exigible al tomador, por lo que tampoco existe obligación de la aseguradora⁶⁶. Aquí es dable destacar que la aseguradora, en su carácter de fiador, está facultada para oponer al asegurado sus propias defensas y las que correspondan al tomador, aún cuando éste las haya renunciado (arts. 857 y 1587 del Cód. Civ. y Com.)⁶⁷.

No obstante, hay quienes declaran que el asegurado puede reclamar directamente el pago a la aseguradora, sin necesidad de requerir el previo reconocimiento del su crédito en el concurso del tomador⁶⁸. Asimismo, están lo que argumentan que la prescripción del art. 56 de la LCQ no afecta a la aseguradora y que el asegurado conserva en plenitud su derecho para ser ejercido dentro de los plazos de prescripción que corresponden según lo establecido en el contrato de caución. También se sostiene que la omisión de la presentación a verificar no produce la inexistencia de la obligación del tomador, sino la imposibilidad de participar en dicho proceso. Asimismo, mientras la prescripción no sea declarada judicialmente no puede considerarse extinguido el crédito del asegurado ni reputarse que el contrato de caución se encuentre extinguido por tal motivo⁶⁹.

Frente a la disyuntiva planteada, la aseguradora y/o el tomador concursado están facultados para promover la pertinente demanda declarativa de prescripción (art. 2534 del Cód. Civ. y Com.). La cuestión también adquiere relevancia a partir que el pago de una obligación prescripta no es repetible (art. 2538 del Cód. Civ. y Com.).

C) Créditos por primas devengadas con posterioridad a la presentación en concurso

Pongamos por caso que una empresa aseguradora promueve demanda ordinaria reclamando el pago de primas impagas al tomador del seguro. Siendo que el proceso fue iniciado con posterioridad a la sentencia de apertura del concurso preventivo del demandado, el juez que interviene en el proceso ordinario decide declararse competente para entender respecto de las primas devengadas con

⁶³ CNCom, sala B, 23/04/2017, “Marnila SA s. inc. revisión por Brave, Marcelo”. CNCom, sala D, 23/12/2003, “Banco Francés c. Scharaer Claudio”, DJ 2004-3, 226.

⁶⁴ CNCom, sala B, 12/12/2017, “Arg Capital SA c. Desarrollos Mendocinos SA”, LL 2018-A, 478. CNCom, sala B, 29/09/2017, “José Minetti y Cia Ltda. SACEI c. Frei Ruiz Tagle Francisco”, LL 2018-A, 471. CNCom, sala C, 14/06/2017, “Figueroa María Laura s. concurso s. inc. revisión por Coop. de Vivienda, Crédito y Consumo Red Hipotecaria LTDA”, LL 2017-F, 40.

⁶⁵ CNCom, en Pleno, 28/06/2016, “Trenes de Buenos Aires SA s. concurso s. inc. por Jiménez, Asunción Elsa”, LL 2016-E, 394: “El plazo de seis meses previsto en el art. 56 de la ley 24.522 para deducir el pedido de verificación tardía es un plazo de prescripción”.

⁶⁶ CNCom, sala A, 11/11/2016, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Cima, Julio Roque”. CNCom, sala B, 12/12/2017, “Arg Capital SA c. Desarrollos Mendocinos SA”, LL 2018-A, 478. CNCom, sala C, 14/06/2017, “Figueroa María Laura s. concurso s. inc. revisión por Coop. de Vivienda, Crédito y Consumo Red Hipotecaria LTDA”, LL 2017-F, 40. CNCom, sala D, 23/12/2003, “Banco Francés c. Scharaer Claudio”, DJ 2004-3, 226. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 29/10/2019, “La Mercantil Andina Cia. Argentina de Seguros SA c. DGA 4374/11”. **MOIA**, Ángel Luis, “Las relaciones de garantía ante el concurso preventivo. Un emergente más de las reformas asistémáticas a la ley concursal”, LLLitoral 2012 (abril), p. 269.

⁶⁷ CNCom, sala B, 19/05/2009, “Volkswagen Cia. Financiera SA c. De Pellegrini Danilo”. CNCom, sala C, 14/06/2017, “Figueroa María Laura s. inc. revisión por Coop. de Vivienda Crédito y Consumo Red Hipotecaria LTDA”, LL 2017-F, 40.

⁶⁸ CNCom, sala C, 13/07/2016, “Feltrin Alberto c. Liderar Cia. Gral. de Seguros SA”, ED 269-229. CNCom, sala E, 08/08/2007, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Cristales Petracca SA”, DJ 2008-1, 503. CNCom, sala F, 23/09/2020, “Banco Itau Argentina SA c. Usman Emilio”.

⁶⁹ CNCom, sala A, 02/06/2020. “Cooperativa Crédito Inverfin Ltda. c. Blanco Etel Hebe”. CNCom, sala E, 29/06/2015, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Socma Americana SA”. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 23/12/2020, “Instituto de Obra Social del Ejercito c. Novaco SA”. *id.* sala III, 10/09/2019, “Dirección Nacional de Vialidad c. La Construcción SA Cia. Argentina de Seguros”. **HEREDIA**, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 2000, Tº II, p. 272. **GARCÍA**, Silvana M., “¿Es aprovechable la prescripción concursal por el fiador o el codeudor solidario del concursado?”, JA 2003-IV, 1470. **RASCHETTI**, Franco, “La fianza frente al concurso o quiebra del deudor garantizado”, Cita Digital: ED-CMXXVI-936.

posterioridad a la fecha de presentación en concurso del tomador del seguro e incompetente en relación al reclamo por deuda anterior a dicha fecha, por considerar que su causa es anterior a la presentación en concurso (arts. 21, 32 y 56 de la LCQ).

A pesar de la aparente claridad de la decisión adoptada por el juez de grado, el deudor concursado apela la resolución argumentando -en sustancia- que se trata de una prima única y que esa circunstancia tiene como efecto que todas las cuotas correspondientes a la misma prima deban ser verificadas en el concurso, pues su causa es anterior a la presentación en concurso. En la situación planteada *¿cuál debería ser la solución del Tribunal de Alzada?* Ello va a depender de tribunal que resulte sorteada.

En efecto, si interviene la Sala C, D, E o F la resolución debería ser confirmada, pues los vocales que las integran consideran que cada período de cobertura es independiente y da lugar al devengamiento periódico de una nueva prima hasta el momento en que el asegurador es liberado de la obligación asumida⁷⁰.

En cambio, si resulta designada la Sala A o la Sala B, entonces las primas emitidas con posterioridad a la presentación en concurso quedarían afectadas por el concurso, debiendo verificar todas las cuotas de conformidad con la normativa concursal. Ello por cuanto que su doctrina jurisprudencial declara que la prima a pagar por el tomador es única, aunque pagadera de manera fraccionada en cada renovación⁷¹.

Sin embargo, frente a una situación similar a la planteada, esta última corriente jurisprudencial resolvió que, aún cuando el contrato de caución genera la obligación de pagar una prima única y que el crédito tiene su causa y título de fecha anterior a la presentación en concurso, no resulta plausible concluir que la aseguradora deba verificar montos que no son exigibles al momento en que el tomador se presentó en concurso⁷². Esta solución pareciera quedar reducida a una mera apariencia, pues no es la exigibilidad o liquidez de la deuda lo que determina si el crédito es concursal, sino que lo relevante es establecer si se trata de créditos que tienen origen en hechos o actos anteriores a la petición de concurso preventivo. Al respecto es dable señalar que, si bien la sentencia de apertura del concurso no hace exigibles los créditos a plazo cuya causa o título es anterior a su presentación, el acreedor tiene la carga de solicitar su verificación, quedando sujeto a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal (art. 353 del Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, para quienes consideran que la aseguradora debe verificar todas las cuotas correspondientes a una única prima, surge el interrogante acerca de cómo determinar su importe cuando no existe un plazo determinado de vencimiento ni se estableció la cantidad de cuotas que están comprendidas en esa única prima. Es que las pólizas de caución tienen, en general, una vigencia abierta: no estipulan una fecha límite, sino que se extienden en el tiempo hasta la extinción de las obligaciones del tomador. Además, no es posible tener certeza acerca de la fecha en que cesará la cobertura, pues su eficacia depende de un hecho futuro e incierto.

Asimismo, el precio de la prima no se mantiene idéntico durante toda su vigencia sino que varía según cuánto sea el tiempo durante el cual el riesgo deba estar cubierto. La fijación de la prima es resultado de un cálculo actuarial efectuado en función del riesgo asegurado, una de cuyas variables exige medir ese riesgo en una unidad de tiempo determinado.

Dichas circunstancias son dirimientes para concluir que, no es posible calcular ni determinar cuál sería el importe de esa prima única cuya exigibilidad se pretende está diferida en distintas cuotas.

⁷⁰ CNCom, sala E, 07/10/2009, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Bodegas y Viñedos del Valle SA”: “Si bien el contrato de seguro de caución fue firmado con anterioridad a la presentación en concurso de la demandada, como las primas reclamadas se devengaron con posterioridad a dicha presentación, el crédito resulta post-concursal”. CNCom, sala F, 15/09/2016, “Prevención ART c. Medio Ambiente SA”.

⁷¹ CNCom, sala A, 13/10/1986, “La Construcción Cia. De Seguros c. Christiani & Nielsen SA”, LL 1987-C, 51: “(...) es un acreedor por causa o título anterior a la presentación (...) aun cuando persigue (...) el cobro de primas devengadas con posterioridad”. CNCom, sala B, 30/06/2009, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Hilado SA”: “(...) cupo a la aseguradora deducir verificación por la totalidad de las sumas aquí reclamadas con causa en la facturación de las cuotas generadas por el mismo y único contrato originario”.

⁷² CNCom, sala A, 16/11/2009, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Odisa Obras de Ingeniería SA”.

Sí, no obstante lo expuesto, la aseguradora se presenta en el proceso concursal, verificando las primas devengadas antes de la presentación e incluyendo las que se devenguen con posterioridad a dicho acto, no podrá luego pretender que se trata de un crédito post-concursal y reclamar nuevamente en otro proceso las primas vencidas luego de la presentación. La admisión de dicha pretensión importaría vulnerar el principio de preclusión o los efectos de la cosa juzgada (art. 37 de la LCQ)⁷³.

D) Garantías aduaneras: importación temporal de mercadería

La destinación de importación temporaria es aquella en virtud de la cual la mercadería importada puede permanecer con una finalidad y por un plazo determinado dentro del territorio aduanero, quedando sometida a la obligación de reexportarla para consumo con anterioridad al vencimiento del plazo establecido. El régimen aduanero contempla, como beneficio para este tipo de importación, la exención del pago de los tributos, con excepción de las tasas retributivas de servicios (arts. 250 y 256 del Cód. Aduanero).

Ahora bien, si al vencimiento del plazo acordado no se hubiera cumplido con la obligación de reexportar, la mercadería será considerada importada para consumo. En tal caso, quien despachó temporariamente la mercadería será responsable de las correspondientes obligaciones tributarias, sin perjuicio de la aplicación de sanciones que pudieran corresponder (arts. 274, 453, 635, 638 inc. e), 639 y 970 del Cód. Aduanero).

De tales normas se sigue que el hecho imponible que origina la deuda no es la importación realizada, sino el vencimiento del plazo legal para la reexportación de la mercadería introducida en el país.

1) Determinación de la causa que otorga la acción recursoria. Hay quienes sostienen que el contrato de caución es el título y la causa de la obligación del tomador de reembolsar a la aseguradora el importe que le pagó al Fisco⁷⁴. Otros, en cambio, afirman que la causa obligacional no se identifica con la contratación del seguro ni con la infracción propiamente dicha, sino con el pago efectuado por la aseguradora⁷⁵. Asimismo, están los que consideran que la causa es el hecho imponible que generó la obligación de abonar el tributo, concluyendo que será post-concursal cuando la deuda nació con posterioridad a la presentación en concurso preventivo⁷⁶.

Siendo que la aseguradora se subroga en los derechos que la Aduana tenía respecto del contribuyente (tomador), para determinar si el crédito es pre-concursal o post-concursal es necesario determinar cuál es el hecho o acto jurídico relevante que constituye la causa del crédito de la Aduana.

En función de ello, es dable afirmar que la fecha del nacimiento de la causa de la obligación del importador es el vencimiento del plazo de los despachos de importación que da lugar al nacimiento del tributo (art. 274 del Cód. Aduanero). Tal es el hecho creador de la obligación y no el contrato de seguro de caución o el despacho de la mercadería importada o la resolución administrativa que determina el crédito fiscal.

En este tipo de operaciones, el siniestro se produce por el incumplimiento de la obligación del tomador de reexportar la mercadería importada y queda configurado cuando existe liquidación, resolución o sentencia definitiva notificada al importador y a la aseguradora. Si bien el título de la obligación fiscal es la resolución administrativa que determina el tributo e impone la multa, la causa de la obligación se remonta a la fecha del incumplimiento que originó el crédito⁷⁷. En consecuencia,

⁷³ CNCom, sala D, 17/04/2018, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Sogesic SA”.

⁷⁴ CNCom, sala B, 17/05/2017, “Cosena Seguros SA c. Globe Metales SA”. CNCom, sala C, 17/05/2005, “Chubb Argentina de Seguros c. Casa Radiadores Argentina SA”, DJ 2005-2, 1016.

⁷⁵ CNCom, sala A, 15/02/2011, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Sueño Estelar SA”.

⁷⁶ CNCom, sala A, 20/09/2011, “Arcángel Maggio SA”. CNCom, sala A, 11/11/2016, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Cima, Julio Roque”.

⁷⁷ CS Mendoza, sala I, 04/05/1998, “Bodegas y Viñedos La Vid SRL”, LL 1998-F, 642: “(...) título es el instrumento del cual surge el crédito en las obligaciones formales; pero como todas las obligaciones no son formales ni se prueban con instrumentos preexistentes, la palabra causa se refiere a los hechos que dan origen al crédito”. FIGUEROA CASAS, Pedro, “Problemática de la

dicho incumplimiento actúa como condición para el nacimiento y determinación de las obligaciones tributarias y las sanciones que pudieran corresponder (art. 343 del Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, mientras la condición no se cumpla, no existe ninguna obligación de la que derive una deuda pendiente. Una vez que se produce el incumplimiento, los efectos del hecho generador de la obligación tributaria se producen hacia el futuro (art. 346 del Cód. Civ. y Com.). En consecuencia, si la deuda fiscal se originó luego de la presentación concursal, la acreencia no se encuentra alcanzada por el proceso concursal⁷⁸ y puede hacerse efectiva mediante la correspondiente acción individual, sin necesidad de acudir a la verificación. La misma solución se aplica en relación a la pretensión recursoria de la aseguradora contra el tomador.

2) Verificación previa y prescripción concursal. La existencia de la obligación tributaria y la determinación definitiva del impuesto y la multa de la importación temporaria suelen estar sujetos a un extenso procedimiento administrativo previo⁷⁹. Cuando el hecho imponible es pre-concursal, dichas actuaciones están excluidas de los efectos previstos por el art. 21 de la LCQ, pues no se trata de un proceso judicial de contenido patrimonial contra el concursado sino de un procedimiento administrativo tendiente a declarar la existencia de la obligación tributaria⁸⁰. También está excluida la demanda judicial impugnativa instaurada por el contribuyente contra la decisión administrativa del Tribunal Fiscal⁸¹, salvo que el Fisco hubiese optado por iniciar el trámite de verificación⁸².

Una vez finalizado el procedimiento administrativo o el judicial, quedando firme y pasado en autoridad de cosa juzgada el acto que determinó el importe adeudado⁸³, el Fisco está impedido de iniciar la ejecución contra el contribuyente concursado, imponiéndose la sustitución procesal de la acción por el proceso verificadorio (arts. 21 de la LCQ)⁸⁴. A tal fin, la Aduana podrá solicitar la verificación de su crédito dentro de los seis (6) meses posteriores a la fecha de haber quedado firme la determinación del crédito (art. 56 de la LCQ y art. 2550 del Cód. Civ. y Com.).

A partir de estas estipulaciones surge el interrogante acerca de si la Aduana debe –tal como suelen argumentar las aseguradoras- verificar previamente el crédito fiscal en el concurso del importador para poder reclamar el pago a la aseguradora. En segundo lugar, si el incumplimiento de esa obligación acarrea la prescripción de la obligación tributaria por aplicación de lo previsto en el art. 56 de la LCQ.

Cierto sector de la jurisprudencia considera que cuando el hecho imponible es anterior a la fecha de presentación del concurso preventivo del importador, la Aduana está obligada a presentarse a

verificación de créditos de origen fiscal”, LLLitoral 2008 (abril), 01/04/2008, 247: “(...) es procedente la verificación de un crédito o multa fiscal si es de causa anterior al concurso del contribuyente, aunque el acto administrativo que lo impone o determina sea posterior”.

⁷⁸ CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 05/09/2019, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA (TF 29014-A) c. DGA”: “(...) las fechas de vencimiento de los despachos de importación operaron el 22/09/2000 (...) –momento en el cual se originó la deuda por aplicación del art. 274 del Cód. Aduanero- y que (...) el 13/04/2000 fue dispuesto el concurso de la firma importadora (...) las deudas involucradas son posteriores a la apertura del concurso y, en consecuencia, no se encuentran alcanzados por el proceso universal”.

⁷⁹ CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 05/09/2019, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA (TF 29014-A) c. DGA”: De estas actuaciones resulta que el vencimiento de los despachos de importación operaron en el año 2000 y que la sentencia definitiva se obtuvo en el año 2019. El sumario administrativo en sede aduanera se extendió durante 6 años y la etapa recursiva ante el Tribunal Fiscal demora 7 años.

⁸⁰ CSJN, 09/04/1987, “Cosimatti Gregorio s. Inc. verificación por Fisco Nacional (DGI)”, Fallos: 310:785. CNCom, sala A, 14/07/2000, “Jugos del Sur SA”.

⁸¹ NUMME, Raúl, “Verificación de créditos fiscales”, JA 1996-III, 923. ”GRAZIABILE, Darío, “Créditos fiscales en el concurso. Fuero de atracción y prescripción”, LL 2006-A, 589.

⁸² CSJN, 20/12/2011, “UOL Sinectis SA c. GCBA”, LL 2012-C, 77.

⁸³ CS Mendoza, sala I, 04/05/1998, “Bodegas y Viñedos La Vid SRL”, LL 1998-F, 642: “Dado que el crédito nace con la infracción y no con la determinación administrativa (...) deben comparecer a verificar, tempestiva o tardíamente y sólo después que la decisión que la impone esté firme”. CNCom, sala C, 13/08/2010, “Expofot SA s. Inc. verificación por AFIP”, LL 2010-F, 358: “(...) resulta prudente diferir un pronunciamiento definitivo sobre el concepto en cuestión –en apelación ante el Tribunal Fiscal nacional- para el momento en que quede firme una decisión administrativa sobre el particular”.

⁸⁴ CSJN, 12/12/2002, “Estado Nacional c. Sebastián Maronese e Hijos SA”. CSJN, 02/06/2003, “Supercanal SA”, Fallos 326:1774: “(...) debiendo incorporarse al procedimiento de verificación ya iniciado (...) para lo cual deben remitirse al tribunal donde tramita el concurso, una vez cumplido el procedimiento administrativo ya en curso ante el Tribunal Fiscal, destinado a revisar la determinación del crédito efectuado por la DGI”. CSJN, 04/07/2008. “Gauchat Enrique (TF 11648) c. DGI”, Fallo: 326:2146.

verificar su crédito, pues se encuentra alcanzada por las disposiciones que rigen el proceso concursal. En tal sentido concluyen que, de encontrarse prescripta la acción que la Aduana tiene contra el importador concursado, también lo está la que tiene contra la aseguradora⁸⁵.

Sin embargo, la mayoría de la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo sostiene que, admitida la cobertura y demostrado el incumplimiento del importador, nace la obligación de la aseguradora, quien no puede argumentar que su responsabilidad es subsidiaria ni pretender que el organismo estatal verifique previamente el crédito fiscal en el concurso para poder reclamarle lo que adeuda el importador (art. 462 del Cód. Aduanero)⁸⁶. En ese orden de ideas, concluyen que la Aduana tiene acción directa contra la aseguradora, con independencia del reconocimiento judicial del crédito contra la concursada, sin estar sujeta a la realización de gestión previa alguna ante el juez del concurso para demandar el cobro de su crédito a la aseguradora.

Asimismo, en cuanto a la prescripción de las acciones de la Aduana contra el importador, declaran que el régimen de prescripción contenido en el Código Aduanero prevalece sobre el concursal (art. 803 del Cód. Aduanero). Por aplicación de esa doctrina, se afirma que no resulta aplicable el plazo de prescripción abreviado del art. 56 de la LCQ, pues lo contrario implicaría que las normas tendientes a regular las relaciones de derecho privado avasallen al régimen instaurado para el ejercicio de las acciones y poderes fiscales para determinar impuestos y aplicar multas⁸⁷.

Otros, en cambio, sostienen que debe prevalecer la ley concursal por sobre el régimen tributario⁸⁸. La jurisprudencia y la doctrina concursal aplica la ley concursal a todos los créditos, cualquiera sea el plazo de prescripción a que estuviera sometida la acción conforme la ley de fondo que regula ese tipo de relaciones jurídicas⁸⁹.

En este aspecto es dable señalar que, en las condiciones generales de las pólizas se establece que existiendo resolución o sentencia dictada en firme que establezca la responsabilidad del contribuyente y el monto por el cual corresponda afectar la garantía objeto del contrato de caución, la Aduana tiene derecho a requerir de la aseguradora el pago pertinente. Además, el contrato de caución no exige el previo reconocimiento del crédito en el proceso concursal del contribuyente como recaudo para habilitar el cobro a la aseguradora; ello sin perjuicio que pueda optar por concurrir a verificar el crédito.

A partir de esta particular estipulación corresponde admitir que la Aduana -como regla general- no se encuentra obligada a verificar su crédito en el concurso del importador para poder accionar contra la aseguradora. Aún cuando se considerase necesario que la Aduana interpele en primer término al importador, esa exigencia debe considerarse satisfecha con la intervención del tomador y la aseguradora en las actuaciones administrativas (arts. 786 y 1092 del Cód. Aduanero y art. 1588 del Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, no puede soslayarse que el contrato de caución tiene carácter accesorio y que, en las condiciones generales de las pólizas de caución, se establece que la prescripción de las acciones contra la aseguradora se producirá cuando prescriban las acciones de la Aduana contra el tomador.

⁸⁵ CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 29/10/2019, “La Mercantil Andina Cia. Argentina de Seguros SA c. DGA 4374/11”. **MOIA**, Ángel Luis, “Las relaciones de garantía ante el concurso preventivo. Un emergente más de las reformas asistemáticas a la ley concursal”, LLLitoral 2012 (abril), p. 269: “(...) será el reconocimiento por el juez del concurso el que integre definitivamente la exigibilidad del crédito (...) Esta situación condiciona la posibilidad de realizar reclamo a la aseguradora”.

⁸⁶ CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 23/12/2020, “Instituto de Obra Social del Ejercito c. Novaco SA”. *id.*, sala II, 21/06/2019, “Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. DGA”. *id.*, sala III, 01/02/2018, “Alba Cia. Argentina de Seguros SA (TF 25581-I-I) c. DGA”. *id.*, sala IV, 15/12/2020, “TPC Cia. de Seguros SA c. EN-AFIP-DGA”. *id.*, sala V, 21/12/2017, “Pilar Partes SA c. DGA”.

⁸⁷ CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 01/08/2005, “Valle de las Leñas SA c. DGI”, LL 2005-F, 665.

⁸⁸ CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 07/12/1999, “Zanella San Luis SA c. DGI”, JA 2000-III, 115. **CACCIOLATO**, Mirta, “En el concurso preventivo, ¿se aplica la prescripción abreviada del art. 56 de la LCQ, a la verificación de los créditos tributarios?”, RADT 2003 (enero-marzo), p. 89.

⁸⁹ CNCom, sala C, 02/10/2009, “Casa Abe SA”. CNCom, sala E, 16/06/2005, “Grukiel SA s. concurso s. inc. por Ciudad de Buenos Aires”, DJ 2005-3, 1057. **FERRO**, Carlos A., “La prescripción de los créditos fiscales en el concurso”, LLGran Cuyo 2001, 587. **GRAZIABILE**, Darío, “Créditos fiscales en el concurso. Fuero de atracción y prescripción”, LL 2006-A, 589. **D’ALESSIO**, Ignacio, “El caso “Valle de las Leñas”. Inconsistencias en el Derecho Concursal Tributario”, LL 2006-A, 592.

En tal sentido, también hay que aceptar que la Aduana se encuentra obligada a mantener viva la acción contra el importador para poder, válidamente, accionar contra la aseguradora.

En ese contexto, cabe afirmar que si transcurrió el plazo de dos (2) años previsto en el art. 56 de la LCQ sin que la Aduana hubiese realizado algún acto suspensivo o interruptivo de la acción destinada a determinar el crédito (arts. 803 a 807 y 937 del Cód. Aduanero), es dable admitir la defensa de prescripción por no haber cumplido con aquellas cargas dentro del plazo legal establecido.

Del mismo modo, si la Aduana optó por verificar su acreencia, es incuestionable que el crédito queda sujeto en plenitud a la decisión del juez concursal. En tal sentido, si el crédito fiscal declarado admisible o inadmisibile en la decisión dictada en el marco del art. 36 de la LCQ devino no verificado con el efecto previsto en el art. 37 de la LCQ, determina la falta de derecho de la Aduana al reclamo del pago del siniestro en el marco de la relación asegurativa. La cosa juzgada emergente de dicho pronunciamiento, habilita a la aseguradora a resistir el pago exigido por el asegurado. En razón de la naturaleza de garantía y accesoriedad del contrato de caución, la obligación de cobertura cesa cuando no existe la obligación principal a la que accede⁹⁰. Configuraría un verdadero escándalo que se condene -en otra sede judicial- a la aseguradora al pago del mismo crédito cuya legitimidad o exigibilidad ha sido objeto de explicito desconocimiento en la esfera judicial del proceso concursal.

3) Preferencias aduaneras. El pago realizado por la aseguradora tiene como efecto la transmisión de todos los derechos, acciones y garantías que correspondían a la Aduana en contra del tomador, entre los que se encuentran comprendidos los privilegios del crédito. Tratándose de un crédito proveniente de una deuda por falta de pago de tributos, corresponde reconocer a la acreencia de la aseguradora el mismo privilegio especial sobre el capital que hubiera correspondido a la Aduana (arts. 241 inc. 3, 242 y 246 inc. 4 de la LCQ)⁹¹.

Dejando a salvo los privilegios y preferencias de la ley concursal, los créditos aduaneros gozan de preferencia sobre la mercadería que se encuentra en zona primaria aduanera y el servicio aduanero tiene derecho de retención sobre dicha mercadería, estando facultado para proceder a su ejecución forzosa a fin de satisfacer su crédito (arts. 997 a 1000 del Cód. Aduanero). En tal virtud, cuando la aseguradora pagó la suma asegurada, también se subroga en los derechos que la Aduana tenía sobre dicha mercadería.

⁹⁰ CNCom, sala D, 23/12/2003, “Banco Francés c. Scharaer Claudio”, DJ 2004-3, 226. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 17/03/2009, “Dirección Nacional de Vialidad c. Alba Cia Argentina de Seguros SA”: “(...) en tanto los créditos (...) no han sido reconocidos como legítimamente constituidos por los jueces de la quiebra (...) tampoco corresponde en el caso admitir la pretensión de su cobro en el marco del seguro de caución”.

⁹¹ CNCom, sala C, 06/06/2006, Grunbaum Rico y Daucourt SA s. conc. s. inc. revisión por Cia. Arg. de Seguros Anta SA”. CNCom, sala E, 27/02/2015, “De Foronda Jaime s. quiebra s. inc. por Alba Cia. Argentina de Seguros SA”.