

Libertad 567, 9°. C1012AAK
Capital Federal, Buenos Aires. Argentina.
(+54 11) 4382 0973
recepcion@favierduboisspagnolo.com
www.favierduboisspagnolo.com



FAVIER DUBOIS & SPAGNOLO
Abogados y Consultores

PRIMER CONGRESO ARGENTINO E IBEROAMERICANO DE DERECHO BANCARIO Y QUINTO CONGRESO DE ASPECTOS JURIDICOS DE ENTIDADES FINANCIERAS, LOMAS DE ZAMORA 29 Y 30 JUNIO 2007

TEMA 2.6. GARANTÍAS BANCARIAS.

PONENCIA:

TITULO:

“LAS GARANTIAS GRATUITAS PRESTADAS POR SOCIEDADES COMERCIALES EN OPERACIONES BANCARIAS”.

AUTOR:

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (HIJO).

SINTESIS:

-Las sociedades comerciales carecen de capacidad para otorgar actos intrínsecamente gratuitos por tratarse de actos que contradicen el fin de lucro exigido como presupuesto legal en el art. 1º de la ley 19.550 o, cuanto menos, por ser actos “notoriamente extraños al objeto social”.



-Las garantías prestadas por una sociedad comercial a favor de un tercero y sin contraprestación alguna constituyen actos gratuitos para los que no tienen capacidad. Ello incluye a las garantías bancarias en sus diversas formas: fianza, aval, principal pagador, tercero hipotecante, tercero fiduciante, etc..

-Las cláusulas estatutarias que al describir el objeto social o las facultades de los representantes, autorizan el otorgamiento de garantías a favor de terceros, solo pueden interpretarse comprendiendo a las garantías onerosas.

-Las garantías gratuitas prestadas por la sociedad comercial solo pueden ser imputadas al ente en la medida en que la totalidad de los socios presten consentimiento para ello en tanto, en tal caso, se trataría de un acto de disposición de los mismos con efectos societarios.

-En tal supuesto, y en caso de insolvencia, igualmente quedan sujetas a la acción revocatoria pauliana (art.961 del código civil), cuando no hay quiebra, y a la acción de ineficacia concursal de pleno derecho en caso de quiebra (art. 118 ley 24.522).

-En las operaciones bancarias los bancos deben requerir a la sociedad comercial garante que acredite que se trata de una garantía onerosa o, en su defecto, que han prestado su consentimiento la totalidad de los socios y que la sociedad no se encuentra en insolvencia civil ni comercial.

-Las garantías entre sociedades integrantes de un mismo grupo económico, para ser consideradas onerosas, requieren que la contraprestación resulte de la concreta operatoria y no de la pertenencia general de la garante al grupo, dada la prohibición de compensar del art. 54, primer párrafo, de la ley 19.550.



-Las garantías societarias que no cumplan los requisitos señalados no son exigibles contra la sociedad in bonis, ni verificables en su concurso o quiebra.

FUNDAMENTOS.

1.-Como introducción al tema corresponde distinguir, dentro de los actos "gratuitos", o sea aquellos sin contraprestación de ninguna especie, a los "actos gratuitos" de las "garantías gratuitas".

Los primeros aparecen en la ley en las instituciones legales de la "donación" de cosas (art. 1789 del código civil), la "renuncia de derechos" (art. 868 c.c.) y las denominadas "liberalidades", que no se refieren a cosas (art. 1791 del código civil).

Las segundas, pueden ser calificadas en personales, como la fianza gratuita (art.1986 c.c.), y reales, como la situación del tercero hipotecante (art.3121 c.c.), a quien se le deben también aplicar las reglas de la fianza.

La única diferencia entre los "actos" gratuitos y las "garantías" gratuitas es temporal.

En los primeros la transmisión o extinción de derechos es inmediata. En las segundas, queda condicionada al incumplimiento del deudor principal y a la acción de un tercero: el acreedor.

Además, es muy importante distinguir las actividades "intrínsecamente gratuitas" de los actos "con fin de lucro mediato".

En materia comercial hay muchas actividades, como la propaganda, la publicidad, la entrega de muestras gratis, los aportes a fundaciones, etc. que no tienen una contraprestación inmediata pero que se ordenan al lucro mediato de la sociedad mejorando su imagen comercial o social. En tal sentido, no pueden considerarse intrínsecamente gratuitas.



Los desarrollos siguientes se refieren, exclusivamente, a los actos “intrínsecamente gratuitos”, o sea los que no se vinculan directa ni indirectamente con el fin de lucro.

2.-Las sociedades comerciales, al igual que las sociedades civiles, tienen como causa el fin de lucro, o sea el propósito de enriquecimiento o ganancia por medio de sus operaciones.

Dicha finalidad resulta explícita de lo establecido por el art. 1648 del código civil y arts.1º y 11 inc.7º de la ley 19.550.

Ello se complementa por lo establecido por los arts. 5º inc.2 (presunción de comercialidad), 8º inc.1º (lucro en los actos de comercio) y 218 inc.5º (presunción de no gratuidad) del código de comercio y por el propio art.3º de la ley 19.550 que dispone que la única sociedad comercial sin fin de lucro es la que instrumenta a una asociación civil.

Todo ello autoriza a concluir que una sociedad comercial no tiene capacidad para realizar actos “intrínsecamente gratuitos”.

Por su lado, para calificada doctrina, el límite de capacidad societaria estaría dado por los actos “notoriamente extraños al objeto social”¹, entre los que se encontraría el otorgamiento de una garantía ajena al interés social.²

O sea que, tanto se considere al acto gratuito como contrario a la finalidad societaria, cuanto se lo repute notoriamente extraño al objeto social, en ningún caso podría imputarse directamente a la sociedad³.

¹ Tal como establece el art. 58 de la ley 19.550. Sería el caso de una fianza otorgada para garantizar obligaciones personales de un director: ver Otaegui, Julio “Administración societaria”, Ed. Abaco, pag. 126, a lo que podría sumarse el caso de que el acto gratuito tuvieran una entidad desmesurada respecto de las actividades sociales (tal es la postura actual de Otaegui en “Objeto social, capacidad societaria y falencia” en La Ley Buenos Aires, 2006, pag.1279), o importara la donación de bienes de importante significación económica sin recibir el correlativo valor ni invocar la finalidad perseguida por la operación: ver C.N.Com., Sala A, 9-12-99, “Colombiano Hnos SCA c/Plásticos Atlántico S.A. s/ordinario”, ED 9-8-00, pag.5.

² En un fallo de la C.Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 30-5-06, “Banco Río de la Plata S.A. s/inc. De revisión por Liledi S.A. s/concurso”, se rechazó la verificación contra el garante fallido invocándose que la hipoteca a favor de tercero sin contraprestación era un acto notoriamente extraño al objeto social. En igual sentido la Sala I del mismo tribunal, en fecha 12-2-06 en autos “Canteras Cerro Negro c/El Abuelo S.A. s/inc. Quiebra”, en JA 1006-II, fasc.11, 14-6-06, pag.82.

³ En el punto debe señalarse la polémica doctrinal relativa a si el objeto social limita o no la capacidad, participando el ponente de ésta última posición. Sin embargo, cualquiera sea la postura, los actos gratuitos no resultan imputables al ente por sí mismos.



Tampoco autoriza la prestación de garantías gratuitas por la sociedad lo establecido en materia de estados contables en tanto la mención de avales y garantías a favor de terceros (art. 66 inc.i L.S.) nada predica sobre su gratuidad, la que cabe presumir no existe.

3.-Se vincula a este debate la problemática de las compras apalancadas o “leveraged buy out”, cuando aparece una sociedad garantizando la deuda por saldo de precio de los compradores de su propio paquete accionario.

La doctrina discurre entre negar la validez de estas garantías en todos los casos, o limitarla a los supuestos que perjudican a socios minoritarios, acreedores concursales o competidores en una licitación pública⁴.

Concordantemente se ha negado la validez de una garantía prestada por una sociedad anónima a favor de su director por una deuda extraña al giro social invocándose que se trataba de un acto “notoriamente extraño al objeto social” al no perseguir un fin societario⁵.

Tampoco corresponde verificar en una quiebra la garantía prestada por la sociedad a favor de sus socios mayoritarios, para que adquiriesen acciones de una tercera sociedad, aun cuando hubiere una resolución del directorio autorizando el acto⁶.

4.-No puede hacer variar la situación ninguna cláusula estatutaria, ni del objeto ni de las facultades de los representantes, ya que ambos institutos deben adecuarse a la finalidad legal.

⁴ Ver Cesaretti, Oscar “El apalancamiento financiero (compra del paquete accionario con bienes de la propia sociedad) y el caso Aerolíneas”, en Errepar, DSE, nro. 166, Sept.01, t.XIII, p.264.

⁵ Ver C.C.Com., Sala B, 30-9-05, “Banco de la Nación Argentina s/inc. De verificación por Escape Metal s/concurso preventivo”, con dictámen fiscal en igual sentido. Ver la postura de Marcelo Camerini sosteniendo que se trata de un acto extrasocietario no invocable por un tercero de mala fe (“Acerca de los efectos de los actos de disposición sobre la sociedad, los socios y los terceros. Relación entre el capital social y el objeto de la sociedad” en “Jornadas Nacionales de homenaje al Prof. Enrique M. Butty”, Bs.As., 2007, Ed.FPIDCJ y FJM, pag.99).

⁶ Ver el fallo dictado por el ponente cuando era juez de primera instancia en lo Comercial (Juzgado Nro.9) en los autos “MAP, Man.Arg.Pieles S.R.L. s/quiebra s/inc. De revisión por Ricardo Ruzal y Leon Niks”, confirmado por la C.N.Com., Sala B, 20-5-99, y publicado en ED 187-29 con comentario de Julio C.Otaegui “Actos notoriamente extraños al objeto social: la fianza y la falencia”.-



Es que no se ve como una sociedad podría ser, al mismo tiempo, en parte sociedad comercial y, en parte, una asociación civil bajo forma de sociedad (si contemplara expresamente actos gratuitos).

En consecuencia, ciertas cláusulas de estilo en algunos contratos deben interpretarse solo relativas a garantías onerosas⁷.

5.-Lo concluido no significa la imposibilidad de la sociedad de otorgar garantías gratuitas sino la necesidad de que estas cuenten con el consentimiento unánime de los socios en tanto serían actos de disposición de ellos mismos sobre su patrimonio, en detrimento del valor de sus acciones.

Se trataría de un supuesto de "imputación voluntaria", paralelo al sistema de imputación legal del art. 58 L.S., pero que en el caso, al contrariarse la finalidad societaria, exigiría unanimidad no bastando las mayorías de la asamblea extraordinaria⁸.

O sea un acto "de los socios" pero con "efectos sobre la sociedad", similar al admitido por la ley de sociedades para la reconducción posterior a la inscripción del liquidador, que exige unanimidad (art.95, ultimo párrafo, ley 19.550).

6.-Pero aún en tal caso, si al momento del acto la sociedad se encontrara en insolvencia civil (patrimonio neto negativo) la garantía gratuita sería impugnada por los acreedores quirografarios anteriores y aún en el caso de buena fe del acreedor garantizado, dentro del año del acto o del conocimiento del hecho, por la vía de los arts. 961 y 4033 del código civil.

⁷ Ver C.Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 30-5-06, "Banco Rio de la Plata S.A. s/inc. De revisión por Liledi S.A. s/concurso", ya citado, donde también se rechazó la verificación contra el garante fallido sosteniéndose que las cláusulas estatutarias sobre garantías no autorizaba a un acto sin contraprestación, beneficio ni utilidad para la sociedad. Ver también Nissen, Ricardo y Haggi, Graciela "Las garantías otorgadas por las sociedades comerciales y la doctrina del ultra vires" en ED t. 169 p.297, donde se sostiene que la fianza gratuita, aun cuando la sociedad tuviera objeto financiero o de inversión, es un acto exorbitante al objeto social, pues carece de fin societario. En igual sentido, C.N.Com., Sala C, 11-8-06, "Policromo S.A. s/concurso preventivo s/inc. Por la concursada al credito de Revello, Jorge Enrique s/inc. De revisión".

⁸ Ver el debate en sede notarial respecto de las donaciones de sociedades anónimas y la esclarecedora opinión de Oscar D.Cesaretti en "Acerca de la capacidad de las sociedades comerciales para efectuar donaciones. Una nueva aproximación al tema" en Revista del Notariado, Sección Doctrina, pag. 37. Al respecto la nulidad invocada por el prestigioso autor cedería frente a la unanimidad.



A nuestro juicio igual acción asiste a esos acreedores en el concurso preventivo, aun cuando cabe reconocer doctrina contradictoria sobre el tema.

Por su lado, en la quiebra, si el garante se encontraba en insolvencia comercial (cesación de pagos), el acto puede ser declarado ineficaz a pedido de parte o de oficio por el juez, dentro de los tres años de decretada la falencia, si fue realizado dentro del período de sospecha (hasta dos años antes de la quiebra), y aún cuando el garantizado ignorase tal estado (art. 118 de la ley 24.522).

7.-Por tales motivos en las operaciones bancarias, los bancos deben requerir, como condición de validez de las garantías societarias, algunos de los siguientes requisitos:

- a) la acreditación de que se trata de garantías onerosas, o
- b) en su defecto, la conformidad de la totalidad de los socios y la acreditación de que la sociedad no está en insolvencia civil ni comercial.

8.-Finalmente, en materia de sociedades que integran un mismo grupo económico, el carácter de garantía "onerosa" no puede inferirse de su sola pertenencia al grupo, y de las eventuales ventajas de ello, sino que debe resultar de la propia operatoria garantizada.

Así lo impone el art. 54, primer párrafo, de la ley 19.550, que prohíbe compensar el daño (garantía gratuita, luego ejecutada) causado a una sociedad por su controlante (grupo) con el lucro proporcionado en "otros negocios".

Dr. Eduardo M. Favier Dubois (h).

Director del Instituto de D.Comercial de la UNA y Presidente de la Fundación Justicia y Mercado.

(Uruguay 864, 2º piso, Of. 201/203, Capital Federal, Tel. (54) 11 4814-3576.

Mail: eduardo@favierdubois.com.ar. www.consultorafavierdubois.com).

Libertad 567, 9°. C1012AAK
Capital Federal, Buenos Aires, Argentina.
(+54 11) 4382 0973
recepcion@favierduboisspagnolo.com
www.favierduboisspagnolo.com



FAVIER DUBOIS & SPAGNOLO
Abogados y Consultores