

GARANTÍAS INTRAGRUPPO

Laura Filippi
Solange Jure Ramos

PONENCIA

El otorgamiento de garantías por sociedades controladas a favor de otra sociedad del grupo o de terceros, genera la responsabilidad del controlante directo o indirecto, aún cuando no fueren ejecutadas.

Asimismo dichas garantías son inválidas generando responsabilidad de los administradores de la sociedad otorgante y en su caso de la sociedad controlante.

1. INTRODUCCIÓN: CONTROL Y RESPONSABILIDAD

El control, tal como se encuentra regulado en la ley 19.550 art. 33¹, es un fenómeno lícito que de por sí no genera responsabilidad directa entre las sociedades involucradas ni tampoco y en su caso, la extensión automática de la quiebra conforme lo tiene establecido la jurisprudencia de las salas de la Capital Federal -CNCom Sala A, del

¹ El art. 33: LS dispone que existirá control interno de derecho cuando una sociedad directa o por intermedio de otra a su vez controlada: "1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias"; control interno de hecho cuando: "2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas..."; y control externo cuando ejerza una influencia dominante "...por los especiales vínculos existentes entre las sociedades".

9 agosto 1979 en autos “Zamora Ventas SRL c/ Técnica Comercial Hoy S.A.”, ídem en autos “Miserocchi, Alejandro c/ Sacreu S.C.A. y otros”; **CNCom Sala D** del 16 marzo de 1990 “Celcar S.A s/ quiebra”; **CNCom Sala B** en autos “Jabif c/ Bonina y Tomasini S.A. y del 13 de junio de 1991 en “Noel, Carlos c/ Noel y Cía. S.A.” y la doctrina...

Por su parte la responsabilidad que genera el control, art. 54 LS, presupone, como elemento objetivo, el “daño” causado a la sociedad y, como subjetivo, el dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen².

En este orden, la LS refiere a la protección del uso desviado del control en su artículo 54 disponiendo expresamente que “...cuando exista daño a la sociedad por dolo o culpa de los socios o controlantes constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar...”³ y que “el socio o controlante que aplicare fondos o efectos⁴ de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva”.

De lo expresado se deduce que las sanciones previstas son aplicables en los supuestos de control, aún sin que exista la configuración de un grupo⁵, toda vez que la mera presencia de control genera efectos internos y externos en la relación de dominio.

Es así que el uso desviado del control, puede generar, como efecto externo, responsabilidad frente a terceros en caso que dicha

² Es decir que abarca tanto los supuestos de control indirecto, directo, interno de derecho, de hecho, externo y agrega al controlante individual, persona física que no prevé el art. 33 LS.

³ La prohibición de “compensar el lucro con el daño” no es materia de éste breve análisis por lo que su interpretación y alcance no será tratado en el presente. Al respecto v. MANOVIL, R. “Grupos de sociedades en el derecho comparado”, Ed. Abeledo Perrot Bs. As. 1998; GARCÍA, O., “Control y responsabilidad por daños. La responsabilidad del controlante en el art. 54 párrafo 1° LS” en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano Tomo II, pág. 1003. Bs. As. 1995.

⁴ La expresión de aplicar “fondos o efectos” de la sociedad controlada en manera alguna limita a bienes materiales como maquinarias u otros, sino que se extiende a un sentido amplio comprensivo del patrimonio de la sociedad, e incluso al “desvío de oportunidades” de la sociedad controlada conf. MANÓVIL, ob. cit.

⁵ MANOVIL, ob. cit., pág. 167 explica que “La atribución de efectos a la sola presencia del control societario o del vínculo de dependencia, tiene una explicación lógica” toda vez que -siguiendo a Ferri- “el control llamado orgánico, esto es el hecho de que una sociedad tenga una participación de control en otra sociedad, no configura en sí, ni por sí, un fenómeno de grupo, aún cuando determina, como consecuencia de la interferencia de una empresa sobre la otra, la posibilidad de desviación de los principios normales del derecho societario” y que “ello se justifica en que el dato de la dependencia del sujeto societario - aún ofreciendo dificultades importantes, sobre todo si se atiende a la inclusión de supuestos que dependen de la apreciación de las circunstancias de hecho de cada caso- es de los que, por lo menos, se prestan a una cristalización conceptual y legislativa sobre la base de ciertos datos objetivos, verbigracia la posesión de la mayoría del capital o de los votos”.

relación sea la causa de la insolvencia de la controlada (art. 161:2 LCQ), que mantiene una personalidad diferenciada pese a ser parte de ese grupo⁶, y además interna respondiendo la controlante frente a los accionistas externos de la controlada.

Es práctica común que frente a una situación objetiva de control, la relación de dominio se utilice, dirección unificada mediante elemento fáctico que sumado al anterior supone preliminarmente la configuración de grupo- para realizar negocios internos que aventajen a la sociedad controlante o a otra sociedad controlada del grupo, en desmedro del patrimonio de la controlada⁷. Dicha ventaja implica, prima facie, una desventaja para la sociedad controlada, configurándose así los elementos necesarios para la atribución de responsabilidad a los socios y/o controlante previstos legalmente que comprenden tanto la actuación por los sujetos previstos, mediante dolo o culpa, y la relación causal entre éstos y el daño.

En definitiva esta inconducta se encuentra sancionada por el art. 54 1er. párr. LS, como sanción genérica frente al abuso de situación de control.

2. LAS OPERACIONES DE GARANTÍA Y SUS EFECTOS

Es de práctica común en los supuestos de control el otorgamiento de fianzas o avales por parte de la sociedad controlada, generalmente sin beneficio para la misma y en clara ventaja de la sociedad controlante, "del grupo" o de terceros.

Esta forma de utilización de efectos de la sociedad controlada, se encuentra sancionada por nuestra legislación, art. 54 2º párrafo cuya consecuencia, esto es la obligación de traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo de la sociedad controlante exclusivamente las pérdidas, se suma a la consecuencia responsabilizatoria del primer párrafo, conteniendo así un doble sistema de consecuencias para nuestro derecho⁸.

⁶ CNCom., Sala D en autos *Atlanta Corporation c/ Lanin S.A.* de febrero de 1982.

⁷ Evidentemente la operación descripta implica el desvío del interés social de la controlada en beneficio de la controlante o de otra sociedad controlada, toda vez que pese a la dificultad en su apreciación, puede considerarse como la "realización de cuanto es idóneo para satisfacer el objeto social" (HALPERIN, I., *Sociedades Anónimas, examen crítico del decreto ley 19.550*).

⁸ Es así que en el Derecho Italiano se ha considerado que si la garantía de la sociedad controlada, ofrecida por la sociedad controlante para afianzar obligaciones de la misma controlante o de otras sociedades controladas del grupo implica el ofrecimiento de una "garantía de grupo" que ocurre normalmente cuando la sociedad controlante accede al financiamiento bancario gracias a la garantía prestada por alguna de las sociedades controladas. Dicha actuación, reiteramos sancionada por nuestra legislación, se presentaría válida para el derecho italiano siempre y cuando ocurre que "el grupo" se presenta como sujeto económicamente unitario frente

Sin perjuicio de las consecuencias aludidas, consideramos que el daño se configura con el solo otorgamiento de la garantía por parte de la controlada, sin necesidad de la ejecución de la misma⁹ generando a su vez responsabilidad directa de los administradores sociales de la controlada y en su caso de la controlante.

Lo anterior se desprende de los siguientes presupuestos normativos y fácticos:

- Las garantías otorgadas por las sociedades controladas reiteradamente son gratuitas, o sea sin contraprestación alguna que beneficie a dicha sociedad;

El supuesto se encuentra en clara contradicción con el art. 1 LS que caracteriza al contrato social a través de la comercialidad de las sociedades comerciales: aplicación de los aportes “a la producción e intercambio de bienes o servicios”. Los actos a “título gratuito”, en principio no participan de la esencia de la actividad de las sociedades comerciales ni es su causa-fin la realización de tales operaciones.

- El objeto social de la controlada generalmente no comprende o no enuncia la posibilidad de otorgar garantías o avales;

Es de vieja data la discusión acerca de la viabilidad del otorgamiento de fianzas, avales u otras garantías por la sociedad, dependiendo que la misma tenga o no objeto financiero siendo la respuesta afirmativa en el primer caso y negativa en el segundo¹⁰.

- Directamente relacionado a lo anterior, los administradores de la controlada realizan un acto notoriamente extraño al objeto social.

La consecuencia inmediata a la actuación en violación del art. 58 LS es la imputación directa a los administradores, que se interpreta en congruencia con el artículo 54, y la liberación de la sociedad.

Sin perjuicio de ello, y conforme lo ha establecido autorizada doctrina “El directorio no tiene atribuciones para garantizar deudas personales de los directores o de terceros, ajenas a las operaciones sociales o por sociedades controladas”¹¹ y que “Va de suyo que una fianza otorgada para garantizar las obligaciones personales de un di-

al Banco obteniendo así una ventaja colectiva o ventaja de grupo, participando la controlada que otorga esa garantía aún, cuando ésta fuere gratuita de las prebendas de dicha financiación. Ello por supuesto en ausencia de daño para la sociedad controlada sino que únicamente considerado como beneficio para el grupo. Al respecto v. NIUTTA, A., “*Il finanziamento intra-gruppo*” en *Saggi di diritto commerciale* Ed. Giuffrè Milano 2000.

⁹ Conf. Tecnofores S.A. s/ quiebra s/ extensión de quiebra por Compañía Victoria S.A s/ sumario CNCom., Sala E del 07.02.97. Siendo la mencionada operación, frente a la existencia de accionistas externos inoponible, y frente a los acreedores de la sociedad controlada, en caso de insolvencia, ineficaz por aplicación del art. 118 LCQ.

¹⁰ ZALDÍVAR, Enrique y otros, “*Cuadernos de Derecho Societario*”, 1975, tomo II, segunda parte, p. 510.

¹¹ HALPERÍN, J., “*Sociedades Anónimas*”, Depalma Bs. As. 1975, p. 430.

rector, sería notoriamente extraña al objeto social e inexigible a la sociedad”¹².

Esta infracción es considerada causal de nulidad¹³ que no puede ser ratificada por una asamblea, porque la exorbitación del objeto social importa modificar el estatuto social a posteriori, sin los requisitos fijados por la ley 19550 en sus artículos 7,10 y 167¹⁴.

- Existe conducta sancionable por desvío del interés social de la controlada en beneficio de la controlante.

Criterio determinante para otorgar la validez o invalidez de los actos cumplidos por los órganos societarios como factor de protección de los socios externos y los terceros. Así inferimos que la desviación del interés social de la controlada y la consecuente ejecución de actos contrarios a dicho interés y a favor de la controlante, es sancionable por una parte, en los términos de los artículos 54 2º párrafo, independientemente de la responsabilidad frente a los acreedores de la controlada conforme el art. 118 LCQ y frente a los accionistas externos de la controlada conforme el art. 54 1er párrafo. La protección del interés social de la controlada, si bien no tiene regulación normativa concreta, se desprende de los artículos 33, 54, 59, 248, 272, 274 y concordantes de la ley 19.550.

- Se genera responsabilidad directa de los administradores de la controlada y en su caso, previa prueba, de los administradores de la controlante.

Por su parte y en la esfera interna, se genera la responsabilidad de los administradores de la controlada y en su caso de la controlante, por abuso de facultades que conforme Otaegui¹⁵ constituye un supuesto de abuso de derecho y que puede entenderse referido a dos supuestos: “1. El abuso de la facultad de representación en orden a la celebración de actos jurídicos, equivalente al exceso de mandato... 2. La realización por parte del administrador de actos ilícitos en ejercicio de sus funciones”.

Si bien es cierto que la ley 19550 legisla al “abuso de facultades” como supuesto generador de responsabilidad patrimonial de los administradores, ello de manera alguna obsta a la declaración de invalidez de dicha operación, pues como ha sido expuesto las consecuencias del abuso de derecho se operan en dos direcciones: 1) en primer lugar, el abuso configura un acto ilícito y comprende la responsabilidad del titular del derecho que ejerce sus facultades abusivamente,

¹² OTAEGUI, J., “Administración societaria”, Ábaco, Bs. As. 1979, p. 126.

¹³ OTAEGUI, J., “Invalidez de actos societarios”, Ábaco, Bs. As. p. 378.

¹⁴ Conf. HALPERIN, ob. cit. p. 426.

¹⁵ Ob. Cit. “Administración societaria”, p. 402,

obligándolo al resarcimiento del daño ajeno; 2) asimismo, el abuso es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, de manera que el acto jurídico obrado en tales condiciones es inválido¹⁶.

La aludida responsabilidad, reiteramos, no excluye la invalidez del acto toda vez que tal como ha sido expuesto por la jurisprudencia *"Existiendo un acto abusivo, la sanción no puede ser otra que la nulidad, si se admite que el instituto aplicado es una causa legítima de paralización del derecho desviado en sus fines regulares, de manera tal que el acto jurídico obrado en esas condiciones es inválido; resultando innecesario hablar de maniobra ilícita o inmoral, de dolo o de culpa, pues no son elementos indispensables del acto abusivo: lo decisivo está dado por la desviación del derecho respecto a su finalidad"* (del voto del Dr. Julio Rivera)¹⁷.

¹⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *"Código Civil Anotado"*, tomo II – B, p. 303; CNCivil, Sala A, 16-12-60, publicado en La Ley 101 – 635; ídem, Sala E, ED 61–473 etc.

¹⁷ CNCCom., Sala D, autos "Godoy Achar, Eulogio c/ La Casa de las Juntas SA" del 15.07.82.