

CUM LAUDE
Revista del Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE
Nº1 – Diciembre 2014
Corrientes – Argentina
ISSN 2422-6408 (formato digital)
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 21/03/2014
FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/05/2014

VULNERABILIDAD DE LAS S.G.R. EN LA REALIZACIÓN DE SUS ACREENCIAS

EJECUTIVIDAD DE LA GARANTÍA RECÍPROCA

JOSÉ OSVALDO LEDESMA

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RESUMEN

El propósito de este trabajo es, a través de una interpretación deductiva de la normativa vigente, exteriorizar las características generales de las S.G.R. y la mecánica del contrato de garantía recíproca, destacando la discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre la esencia jurídica del mismo y su aptitud como título ejecutivo, e intentando establecer el verdadero sentido del artículo 70 del Estatuto de las PyMEs. También se construyen fundamentos propios al respecto, tomando como base la observación de

fallos judiciales y normas, y comparando las disposiciones del derecho argentino con las de las legislaciones española y chilena.

PALABRAS CLAVE

S.G.R., PyMEs, jurisprudencia, garantía, ejecución.

ABSTRACT

The purpose of this paper is, through a deductive interpretation of the regulations in force, externalize the general characteristics of the M.G.S. and operation of mutual guarantee agreement, highlighting the doctrinal and jurisprudential discussion on the legal essence of it and its suitability as executive title, and trying to establish the true meaning of Article 70 of the Statute of SMEs. Own foundations are also built in the matter, based on the observation of court decisions and rules, and comparing the provisions of the Argentinian law with the Spanish and Chilean legislation.

KEY WORDS

M.G.S., SMEs, jurisprudence, guarantee, execution.

1. INTRODUCCIÓN

Las Sociedades de Garantía Recíproca (en adelante, S.G.R.), son herramientas jurídicas llamadas a cumplir una misión significativa: dar solución al problema del acceso al crédito de las MicroPyMEs, constituyendo una unión estratégica entre éstas últimas, las grandes empresas y el Estado (Presidencia de la Nación, Ministerio de Industria, s.f.).

A través de la observación de fallos judiciales se detectó como punto neurálgico el artículo 70 de la ley 24.467 –que instaura el tipo societario en análisis-. Los casos estudiados poseen caracteres homogéneos: la denegación a las S.G.R. en las instancias de grado de la posibilidad de acceder a la vía ejecutiva para obtener el reintegro de lo desembolsado en su condición de garante, por no adjuntar la “constancia de saldo deudor en cuenta corriente” a que se refiere la norma. Este rechazo, fundado en la excepción de inhabilidad de título planteada por los demandados –socios partícipes-, coloca a estas sociedades en situación de vulnerabilidad en la ejecución de sus créditos, de allí la necesidad de profundizar el estudio de esta normativa e intentar encontrar alguna solución al respecto.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS S.G.R. EN ARGENTINA

Se ha conceptualizado a estos entes desde el punto de vista jurídico como una “sociedad mercantil de capital variable, basada en el principio de responsabilidad limitada de los socios, que tiene por objeto exclusivo el afianzamiento de éstos en forma mutua” (Caballero Sánchez-Izquierdo citado por Richard y Muiño, 2000, p. 645).

La implementación del sistema de garantía recíproca trae aparejado una serie de beneficios para todos los involucrados en el mismo, pero fundamentalmente para las PyMEs, las que en virtud de esta herramienta obtienen, entre otros, los siguientes beneficios:

- Disminución de los requerimientos de garantía.
- Reducción de la tasa de interés de los créditos.
- Aumento en los plazos de financiamiento.
- Mejora en el desempeño de las PyMEs en los temas de management, calidad y tecnología.
- Agilización en el procesamiento y decisión sobre el otorgamiento del crédito (Fernández, 2000) (Rassiga y Reineri, s.f., p. 1).

En nuestro país, las S.G.R. están reguladas por Ley 24.467 - *Estatuto de las PyMEs*, de 1995 (B.O. 28/03/1995) - en particular el Título II (arts. 32 a 82), modificada por ley 25.300 -*Ley de Fomento a las MiPyMEs* de 2000 (B.O. 07/09/2000) - y N° 26.496 de 2009 (B.O. 07/05/2009) –*sobre modificaciones al límite operativo*-. Además, son aplicables las resoluciones dictadas por la Subsecretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional [SEPYME], en su carácter de autoridad de aplicación, y, en forma supletoria, las normas de las Sociedades Anónimas de la ley 19.550. También el BCRA dicta normas vinculadas con los bancos y entidades financieras que interactúan con las S.G.R.

En cuanto a objeto social, el principal es el otorgamiento de avales -financieros, comerciales y técnicos- que respalden las operaciones de sus socios partícipes realizadas en el marco de su giro mercantil. Pero también realiza otras actividades, como brindar

asesoramiento técnico, económico y financiero a dichos socios, directamente o a través de terceros contratados a ese fin¹.

Estas Sociedades se hallan constituidas por dos grupos de socios, cuyas calidades son incompatibles entre sí:

- Los “*partícipes*”, únicamente PyMEs, constituyen un fin en sí mismo, pues sólo ellos podrán ser beneficiarios del servicio de garantía prestado por la S.G.R.
- Los “*protectores*”, grupo integrado por las grandes empresas, públicas y privadas; constituye un simple medio, pues su papel es aportar al Fondo de Riesgo que respaldará la emisión de las garantías².

Tanto los socios partícipes como los protectores realizan aportes al capital social, representado por acciones nominativas de igual valor.

Otro elemento caracterizante por excelencia de las S.G.R. es el Fondo de Riesgo, que integra su patrimonio pero se halla separado del capital social, por cuanto es llamado a cumplir una función específica y excluyente, que es la de hacer frente a los pagos que corresponda realizar a la sociedad en cumplimiento de las garantías otorgadas, ante la falta de pago del partícipe beneficiado. Este fondo constituye el núcleo y el eje central de la operatoria de la sociedad, pues se halla estrechamente vinculado a la funcionalidad de la misma.

El Estado, a través de varias exenciones impositivas estimula la participación de las grandes empresas, las que encuentran en el Fondo de Riesgo de la S.G.R. una

¹ Cfr. Art. 33 Estatuto de las PyMEs.

² Cabe acotar que en derecho comparado no todas las S.G.R. poseen la categoría obligatoria de socios protectores. En España, por ejemplo, sólo son indispensables las PyMEs; los socios protectores “podrán” existir si así lo prevén sus respectivos estatutos. Tampoco gozan de los beneficios impositivos previstos para los socios protectores aportantes al Fondo de Riesgo en Argentina. Cfr. Ley 1/1994 de España.

alternativa de inversión con una importante dosis de rentabilidad³. Él también resulta beneficiado por este grato sistema, pues disminuye la informalidad de la economía, favorece la generación de empleo, incrementa su recaudación por encima del sacrificio de la exención otorgada a los socios protectores y logra una mayor transparencia en la asignación de recursos por parte del Estado (Presidencia de la Nación Argentina, Ministerio de la Producción, Subsecretaría de Industria, 2009, p. 6).

3. EL CONTRATO DE GARANTÍA RECÍPROCA

3.1. GENERALIDADES

El art. 68 de la ley 24.467, establece que el mismo existirá “*cuando una Sociedad de Garantía Recíproca constituida de acuerdo con las disposiciones de la presente ley se obligue accesoriamente por un socio partícipe que integra la misma y el acreedor de éste acepte la obligación accesoría*”. Esta disposición nos da a entender que el contrato de garantía recíproca posee la naturaleza de una fianza comercial, pues se celebra entre la S.G.R. y el acreedor de su socio partícipe –este último, en principio, no tendría intervención en el mismo-. La garantía así contraída tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de las prestaciones que debe cumplir el socio partícipe beneficiario en el desarrollo de su actividad económica o giro comercial.

Conforme lo disponen los artículos 70 y 71 de la mencionada normativa, se trata de un contrato *consensual*, pues se perfecciona con el simple consentimiento de la entidad financiera que provee de fondos a la PyME, y la S.G.R.; es *formal*, pues debe

³ Se trata de un activo financiero muy atractivo a las grandes empresas en virtud de las desgravaciones impositivas efectuadas, más aún cuando se analizan las exigencias: inmovilidad de los fondos por un plazo de dos años y otorgamiento de garantías por un mínimo del 80% del fondo aportado. En otras palabras, se realiza una inversión de muy bajo riesgo y excelente rentabilidad (Kulfas, s.f.).

celebrarse por instrumento público o privado con firmas certificadas por escribano, lo cual le da fuerza de título ejecutivo, si se justifica conforme al procedimiento establecido por el artículo 793 del Código de Comercio; y finalmente, es *irrevocable*, porque una vez otorgado no puede ser dejado sin efecto, sino por alguna de las causas de extinción determinadas en la propia ley.

A diferencia de las figuras española⁴ y chilena⁵, nuestra ley no aclara qué clase de garantía debe prestar la S.G.R.; la primera parte del artículo 70 de la ley en análisis solo establece que la garantía debe ser por una suma fija y determinada, aunque la obligación amparada sea futura o por monto indeterminado -en cuyo caso deberá consignarse el monto máximo por el cual se respondería-.

En virtud del contrato de garantía, la S.G.R. responde solidariamente con el socio partícipe deudor por el importe comprometido; por lo tanto no puede invocar los beneficios de excusión ni de división de bienes. Interpelada y constituida en mora por el acreedor, nace la obligación de efectivizar la garantía comprometida y cancelar el pasivo contraído oportunamente, sin perjuicio de los derechos que le comprometen contra el socio partícipe incumplidor. En lo que se refiere a éste último, debe dar a la S.G.R. una contragarantía en respaldo del contrato celebrado, por el valor que determine el Consejo de Administración, conforme evaluación efectuada acerca de la factibilidad y rentabilidad del proyecto para cuya realización o financiación se solicitó el aval⁶.

⁴ La S.G.R. tiene por objeto otorgar únicamente garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho, distinto del seguro de caución. Cfr. Art. 2 Ley 1/1994 de España.

⁵ En el país andino este tipo societario tiene por objeto primordial el otorgamiento de garantías personales que se materializan en un “certificado de fianza” como garantía concreta que presta la S.G.R. a favor de un socio beneficiario para con un acreedor. Cfr. Arts. 2 inc. d) y 3 inc. a) Ley 20.179 de Chile.

⁶ Esta garantía puede ser personal o real. Al finalizar el contrato, si no media incumplimiento, debe ser devuelta. Es irrevocable y se considera título ejecutivo por la obligación principal, intereses, gastos, comisiones, impuestos, costas y cuanto más corresponda. CNCom, Sala A, 14/12/2009, “Intergarantías S.G.R. contra Innocenti Claudio” (Allende, s.f.).

En la dinámica del contrato en estudio, los artículos 74 a 77 de la Ley autorizan a la S.G.R. a llevar a cabo varios actos:

a. En primer lugar, tiene la posibilidad de solicitar y trabar todo tipo de medidas cautelares cuando existan acontecimientos que hagan peligrar el cumplimiento en tiempo y forma de la obligación principal garantizada⁷.

b. Cuando hubiera pagado en virtud de intimación del acreedor por incumplimiento del socio partícipe, se subroga en todos los derechos, acciones y privilegios del acreedor a quien canceló la obligación incumplida, a fin de recuperar la suma abonada.

c. Tiene derecho a repetir de cada uno de los socios que contrajeron una obligación solidaria garantizada, el total de lo que hubiere abonado.

d. Finalmente y en caso de concurso o quiebra del socio partícipe beneficiado antes de cancelar la deuda garantizada, tiene derecho a ser admitida en el pasivo de la masa concursada de éste. En tal sentido, se acuerda a la S.G.R. un privilegio ante todo otro acreedor sobre las acciones del socio partícipe por quien tuvo que responder.

Por último, el artículo 78 de la Ley establece las causas de extinción del contrato de garantía recíproca⁸, que son las siguientes:

a. *“La extinción de la obligación principal”.*

⁷ El art. 74 de la Ley autoriza la traba de medidas cautelares en los siguientes casos: a) Cuando fuese intimado al pago; b) Si vencida la deuda el deudor no la abonara; c) Si disminuyere el patrimonio del deudor, o utilizare sus bienes para afianzar nuevas obligaciones sin consentimiento de la Sociedad de Garantía Recíproca; d) Si el deudor principal quisiera ausentarse del país y no dejare bienes suficientes y libres de todo gravamen para cancelar sus obligaciones; e) Cuando el deudor principal incumpliere obligaciones societarias respecto de la Sociedad de Garantía Recíproca; f) Cuando el deudor principal fuera una persona de existencia ideal y no diera cumplimiento a las obligaciones legales para su funcionamiento regular.

⁸ En realidad son causas de extinción de la garantía asumida por la S.G.R. frente al acreedor.

b. *“Modificación o novación de la obligación principal, sin intervención y consentimiento de la Sociedad de Garantía Recíproca”*. Se trata de un inciso redundante, pues la novación es una forma de extinción de las obligaciones. En caso de que la S.G.R. interviniera y prestara su consentimiento en este acto, no sería en esencia la misma sino una nueva garantía.

c. *“Las causas de extinción de las obligaciones en general y las obligaciones accesorias en particular”*.

3.2.EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE GARANTÍA RECÍPROCA

Cuando el socio partícipe no cumple con su obligación en tiempo, se torna exigible la garantía prestada por la S.G.R., lo que ocurrirá en forma casi inmediata si, además, esta última perteneciera a la categoría de “Preferidas A” - la más alta calificación de garantías en el sistema financiero⁹-. El problema surge cuando la S.G.R., subrogándose en los derechos, acciones y privilegios del acreedor satisfecho, intenta recuperar los importes desembolsados mediante la ejecución de la contragarantía recibida del socio partícipe incumplidor. Es aquí donde aparece en escena el controvertido artículo 70 de la ley 24.467, que establece que *“el instrumento del contrato será título ejecutivo por el monto de la obligación principal, sus intereses y gastos, justificado conforme al procedimiento del artículo 793 del Código de Comercio y hasta el importe de la garantía”*.

⁹ Se trata de cauciones que poseen un trato preferencial y cuya liquidez las torna apetecibles a las entidades crediticias, por lo cual ante el incumplimiento la garante coloca al acreedor en posesión casi inmediata de los fondos adeudados. Para ello la S.G.R. debe estar inscrita en un Registro Especial del B.C.R.A. Además de las Garantías Preferidas “A”, que constituye la primera de las categorías de garantías existentes, existen otras como las Garantías Preferidas “B” y las Garantías no Preferidas, que le permiten a la entidad financiera exigir de terceros solventes el repago de los fondos prestados, sin necesidad de requerir previamente dicho pago al deudor (Comunicación “A” 4522 del BCRA – 04/04/2006) (Gallo, s.f.).

En torno a esta disposición han surgido dos interpretaciones jurisprudenciales, relativas a la habilidad o inhabilidad como título ejecutivo del contrato de garantía recíproca, cuando no es acompañado de la certificación de saldo deudor en cuenta corriente bancaria, que es lo que dispone el art. 793 del Código de Comercio. A continuación analizaremos por separado cada una de ellas.

3.2.1. SENTIDO MAYORITARIO

La mayoría de los fallos jurisprudenciales¹⁰ que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial a través de sus diversas salas dictó, así como también autorizada doctrina traída a colación por la jurisprudencia¹¹, sostienen que el artículo 70 de la ley 24.467 se refiere a las relaciones entre el banco o entidad financiera y la S.G.R.

Consideran que normalmente se confunde la menor o mayor complejidad de la operatoria involucrada en el contrato de garantía recíproca con su aptitud como título ejecutivo. Alegan que los procesos de ejecución tienen por objeto hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en alguno de los títulos judiciales o extrajudiciales que, de acuerdo con la ley, autorizan a presumir certeza en el derecho del acreedor; su objeto no consiste en declarar la certeza de un derecho sino en satisfacer una prestación. Justamente dentro de esta última categoría se encuentra el juicio ejecutivo, que es el que permite llevar a cabo una ejecución forzada sin que ella haya

¹⁰ Se pueden traer a colación los siguientes casos: CNCom, Sala B, 15/12/06, "Garantizar S.G.R. c/ Menichelli Fabián Claudio s/ ejecutivo"; íd., Sala C, 6/2/04, "Garantizar S.G.R. c/ Comas, Omar Andrés y otro s/ ejecutivo"; íd., Sala E, 11/8/06, Garantizar S.G.R. c/ Polito, Francisco Antonio y otros s/ ejecutivo"; íd. 07/10/08, "Garantizar c/ Asfaltos Trinidad S.A. y otros s/ ejecutivo"; íd. Sala F, 27/09/2011, "Garantía de Valores S.G.R. c/ Buron Ricardo, Buros Guillermo y Buron Gustavo S.H. y Otros s/ Ejecutivo", entre muchos otros.

¹¹ Se pueden citar como más relevantes Fariña, Fernández Campón y Raoinolter (1996) y Nissen (1995). CNCom, 12/04/2011, "Garantizar S.G.R. c/ Magnin Elda Raquel y otros s/ Ejecutivo".

sido precedida por un proceso de conocimiento, en virtud de la existencia de ciertos títulos extrajudiciales, a los que la ley les asigna efectos equivalentes a los de una sentencia de condena, regulando para ello un proceso formalmente autónomo aunque sustancialmente análogo al que se utiliza para la ejecución de sentencias (Palacio, 2003, p. 659). Es un proceso rápido, de liquidación, instituido en miras al interés social de crear medios expeditivos que favorezcan las transacciones económicas.

También las partes pueden, a su vez, acordar el ejercicio de la vía ejecutiva para el cobro de lo que eventualmente puedan adeudarse, es lo que se denomina “pacto de vía ejecutiva”. Sin embargo, tal pacto no basta per se para determinar la existencia del título. En efecto, este acuerdo sólo será válido respecto de aquellos supuestos en que se instrumenten obligaciones exigibles de dar cantidades líquidas de dinero contraídas por el demandado y siempre que se encuentren cumplidas las diligencias preparatorias que fueran menester en su caso¹².

Ahora bien, para que el título resulte idóneo debe ser suficiente y bastarse a sí mismo, conteniendo todos los elementos que posibiliten el ejercicio de la acción ejecutiva:

1. La indicación precisa de los sujetos activos y pasivos de la obligación;
2. La expresión líquida o fácilmente liquidable de la cantidad adeudada y
3. La exigibilidad de la obligación, esto es que se trate de una deuda de plazo vencido, y no sujeta a condición.

¹² En efecto, de la misma manera que una persona puede, legítimamente, renunciar a derechos que involucren un interés patrimonial, privado y particular -derecho creditorio-; también se encuentra facultado para restringir o acotar el margen de sus defensas oponibles ante un eventual reclamo judicial tratándose de ese mismo derecho creditorio (Di Chiazza, 2010).

La ausencia de cualquiera de estos requisitos intrínsecos de admisibilidad lo hace devenir en inhábil o, lo que es lo mismo, que el reclamo del cobro de ese crédito por esta vía no es admisible.

Entonces, la jurisprudencia considera que el pago efectuado por la S.G.R. al banco conforma la causa de la obligación de reintegro que pesa sobre el socio partícipe, constituyendo el monto involucrado en dicho pago la deuda líquida y exigible requerida por el ordenamiento legal para tener por idóneo el título a efectos de procurar su reintegro a través de la vía ejecutiva. Además, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se deja en claro que la norma del art. 70 de la ley 24.467, en cuanto establece que el instrumento del contrato será título ejecutivo si se encuentra justificado conforme el procedimiento del art. 793 del Código de Comercio, se refiere al reclamo del banco u otro acreedor financiero contra la sociedad de garantía recíproca, y no al que ésta formule contra su socio partícipe por el reintegro de lo que hubiera tenido que abonar por la fianza otorgada, pues la obligación se apoya en el contrato de garantía recíproca y, si la hubiere, en la fianza -contragarantía prestada-.

3.2.2. SENTIDO MINORITARIO

Es la opinión disidente¹³, según la cual, para que la S.G.R. pueda repetir por la vía ejecutiva los importes que desembolsó para hacer efectiva la garantía, es necesario que el contrato esté justificado conforme al artículo 793 del Código de Comercio, o

¹³ Cfr. Disidencia de la Dra. Estévez Brasa, CNCiv., sala K, 07/10/03, “Avaluar Sociedad de Garantía Recíproca c. Luvama S.A. s/ Ejecutivo”; íd. Disidencia del Dr. Kolliker Frers, CNCom, 07/10/08, “Garantizar c/ Asfaltos Trinidad S.A. y otros s/ ejecutivo”. Es la postura sostenida también por algunos jueces de grado.

dicho de otra manera, que la S.G.R. elabore una constancia de saldo deudor en la que plasme la obligación líquida que pretende ejecutar.

La inhabilidad de título en el contrato de garantía recíproca que no se encuentra justificado con la constancia de saldo deudor, responde a dos causas: primero, por lo complejo de la operatoria que instrumenta; segundo, porque no se verificaría la existencia de un reconocimiento de una obligación líquida y exigible por parte del deudor que habilite la vía ejecutiva (conf. art. 520 CPCC), única posibilidad de acceder a esa vía fuera de los pocos supuestos específicamente contemplados por la ley en que se reconoce esa aptitud a títulos en los que no ha tenido intervención el deudor.

La citada opinión disidente enuncia como regla general en materia de títulos ejecutivos la constancia en el mismo de una obligación líquida y exigible, proveniente de un *reconocimiento del deudor* a través de una declaración de voluntad expresa, lo que le da la fuerza ejecutiva. Esta regla puede ser verificada con solo advertir que se cumple en la mayoría de los títulos ejecutivos que la ley prevé, tales como el cheque, el pagaré, la letra de cambio, entre otros. Sólo excepcionalmente el ordenamiento jurídico confiere al acreedor la atribución de crear unilateralmente el título de su propio crédito. Es el caso del certificado de saldo deudor de cuenta corriente bancaria, establecido por el Código de Comercio en su artículo 793 y del certificado de expensas comunes expedido por el administrador del consorcio, entre muy pocos otros. Por ende, si no es el caso específicamente contemplado por el legislador sólo reuniendo el requisito aludido de que medie una manifestación del deudor, la obligación es susceptible de ser reclamada por vía ejecutiva. Por otra parte, existe también consenso en que el documento que se ejecuta debe reunir características de autonomía que permitan establecer la existencia de la obligación sin necesidad de efectuar interpretaciones

incompatibles con la limitación cognoscitiva propia del juicio ejecutivo (artículo 544 inciso 4 del CPCC)¹⁴. Ha sido justamente por eso que se ha negado fuerza ejecutiva a todas aquellas obligaciones nacidas de contratos de naturaleza compleja (formados con elementos de diversos contratos) cuya bilateralidad hace que para determinar la existencia de un crédito líquido y exigible a favor del ejecutante es necesario acudir a elementos o documentos extraños al título mismo que sirve de base a la ejecución.

En síntesis, para ésta opinión sólo habría dos formas de que el contrato de garantía recíproca posea ejecutividad frente al socio partícipe: la primera es que sea justificado con la constancia del art. 793 del Código de Comercio (art. 70 de la ley 24.467); la segunda, que medie una manifestación del deudor reconociendo expresamente la obligación. Si se careciera de tales elementos estaríamos frente a una inhabilidad de título que imposibilitaría el acceso a la vía ejecutiva aunque, claro está, la cuestión podría ser ampliamente debatida en un proceso ordinario.

3.2.3. NUESTRA INTERPRETACIÓN

Si bien nos adscribimos a la postura mayoritaria y a sus fundamentos, también nos hemos ocupado de ampliarlos y elaborar algunos propios. Se abordará entonces la cuestión de la naturaleza del contrato de garantía recíproca y luego se intentará establecer cuáles son en definitiva los documentos necesarios para habilitar la vía ejecutiva. Todo ello con apoyo en disposiciones legales del derecho argentino y su

¹⁴ Cfr. CNCom., Sala A, "Rodríguez, R.V. c. Telam S.A" del 14.02.85.

inspiración española, y en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

3.2.3.1. NATURALEZA DEL CONTRATO DE GARANTÍA RECÍPROCA

Partamos de la base de que la redacción del art. 70 no es elogiable, porque menciona la ejecutividad del contrato de garantía recíproca pero no quien puede ejecutarlo ni contra quien, tarea que se deja librada a la interpretación del operador jurídico. De allí que en la práctica hayan surgido estas dos posturas.

Entendemos, en concordancia con la postura mayoritaria, que el artículo en análisis fue redactado por el legislador teniendo en mira la ejecutividad que tiene el contrato de garantía recíproca entre la entidad financiera y la S.G.R., y no entre ésta y su socio partícipe deudor.

Por otra parte, sostenemos que existe una utilización ambigua del término “contrato de garantía recíproca” en la ley. En efecto, el artículo 68 –transcripto *ut supra*– se está refiriendo a la propia garantía (en este caso, una fianza, aunque sabemos que puede asumir otras formas, fundamentalmente aval cambiario pero también garantías reales) y hace particular énfasis en que el contrato se celebra entre la S.G.R. y el banco o acreedor, que acepta esa obligación accesoria; se trataría, en pocas palabras, de un pacto entre la S.G.R., por la cual asume un compromiso de un socio partícipe suyo, y el acreedor del socio que acepta ese compromiso. La confusión surge al confrontar este artículo con el 71, que dice que las S.G.R. deben requerir a sus socios partícipes contragarantías en el marco de los contratos de garantía recíproca “con ellos celebrados” –es decir, con los socios partícipes-. Y luego esa misma disposición lo corrobora al

manifestar que “el socio partícipe tomador del contrato de garantía recíproca” debe ofrecer a la S.G.R. algún tipo de contragarantía en respaldo de su operación. Entonces, según el artículo 68 el contrato de garantía recíproca es celebrado entre S.G.R. y acreedor, mientras que el 71 da a entender que lo es entre la sociedad y su partícipe.

Profundizando el análisis, la ley se expresa en relación al “contrato de garantía recíproca” en varias normas y, al parecer, lo utiliza en dos sentidos distintos: en un primer caso, que podríamos llamarlo “*compromiso de garantía recíproca*”, la S.G.R. se obliga a firmar como garante de su socio para permitirle la obtención de fondos para financiar un proyecto determinado y el socio se obliga a cumplir sus obligaciones ante el banco y entregar a la S.G.R. una contragarantía y las comisiones que sean necesarias (por ej. por gastos administrativos de otorgamiento de aval, por gastos de estudio del proyecto, etc); en una segunda acepción, utiliza el término mencionado en el sentido de “*contrato de garantía*”, que es la materialización efectiva del compromiso asumido por parte de la S.G.R., y que se traduce en la obligación de ésta última frente al acreedor, que la acepta voluntariamente. No estamos en condiciones de afirmar a cuál de los dos pactos conviene llamar “contrato de garantía recíproca” puesto que uno y otro son necesarios, ya que debe haber un acuerdo previo en cuyo marco se determinen expresamente los derechos y obligaciones entre socio partícipe y S.G.R., que son los sujetos de esta nueva institución; pero también es imprescindible, por otra parte, celebrar el contrato que instrumente la garantía concreta, por ejemplo el de fianza, hipoteca, etc. Lo que sí podemos asegurar es la necesidad de distinguir perfectamente ambos convenios.

En el caso de papeles de comercio es más notoria esta bifurcación pues al ser negociables el acreedor presta su conformidad con el sólo hecho de aceptar el título que

se ha suscripto en su beneficio -tomar posesión de él-. Fuera de estos supuestos, además, también es poco aconsejable que ambos pactos se celebren en un mismo documento, es decir que el acreedor estampe su firma en el pacto previo celebrado entre S.G.R. y socio partícipe, o que se celebre el contrato de garantía concreta en un anexo o apartado del mismo instrumento, porque no perdamos de vista que si bien el contrato de fianza es accesorio, lo es respecto de la obligación principal que garantiza, es decir del contrato celebrado entre acreedor y deudor -préstamo-, y no respecto del pacto previo entre deudor y S.G.R., cuyos términos vinculan exclusivamente a estos últimos y no son de interés para el mencionado acreedor.

Esta solución es coherente con lo que implícitamente establece el modelo español¹⁵, pues dispone que la *relación* entre la S.G.R. y el socio partícipe debe formalizarse por escritura pública o en póliza firmada por las partes e intervenida por corredor de comercio -que sería el equivalente a nuestro “*compromiso de garantía recíproca*”, por llamarlo de una manera distintiva, que debe celebrarse por instrumento público o privado certificado por escribano público-; también se ajusta a lo legislado expresamente por Chile, país que con muy buen tino elimina toda posibilidad de discusión al incluir una definición de *contrato de garantía recíproca* en los siguientes términos: “*el celebrado entre los beneficiarios que soliciten el afianzamiento de sus obligaciones y la Institución, que establece los derechos y obligaciones entre las partes*”¹⁶. Ello es así por la necesidad ya explicada, de contar con un instrumento que regule los derechos y obligaciones del socio y la sociedad. Esto nos confirma de que existen siempre dos pactos, separables real o idealmente para su análisis, aunque

¹⁵ Cfr. Art. 10 ley 1/1994 de España.

¹⁶ Cfr. Art. 2 inc. b) ley 20.179 de Chile.

reconociendo la existencia de una conexión entre ambos: uno entre S.G.R. y socio partícipe, que es previo y que generalmente asumirá la forma de un contrato de adhesión en formulario tipo (solicitud de garantía) y otro entre S.G.R. y Banco (o entidad financiera) por el cual aquella se obliga efectivamente.

3.2.3.2.DOCUMENTOS NECESARIOS PARA HABILITAR LA VÍA EJECUTIVA

Es necesario reiterar la diferencia entre el contrato de garantía recíproca y la garantía misma, así como el alcance que tienen cada uno de ellos. La S.G.R. tiene, en efecto, dos vías para obtener el cobro:

a. Si acciona en el marco de la garantía en sí misma -contrato de fianza o aval-, tendrá que ajustarse a las normas previstas para las mismas, como si la S.G.R. fuera cualquier tercero que afianza o avala la obligación del deudor. Así, por ejemplo, si se tratare de una fianza, deberá accionarse con base en este contrato y la S.G.R. repetirá los importes contra el socio porque en virtud del pago se ha operado una subrogación¹⁷; si fuere un aval, deberá accionarse según las normas del derecho cambiario, y a tales efectos la S.G.R. sería considerada como un firmante más del título. En ambos casos la acción se dirigiría contra todo el patrimonio del socio deudor.

b. Si acciona en el marco de la garantía recíproca, es porque la S.G.R. cuenta con un beneficio o ventaja que cualquier sujeto común no tiene: la posibilidad de ejecutar, además del patrimonio en general, la contragarantía ofrecida por el socio partícipe para ponerla a resguardo de su eventual insolvencia. Aquí sí tiene relevancia el

¹⁷ Cfr. Artículo 768 inc. 2 del Código Civil. Se aplican en este supuesto las normas del pago con subrogación legal, pues en toda fianza se considera que existe una sucesión a título particular de los derechos, acciones y privilegios del acreedor satisfecho hacia el fiador que pagó, y frente al deudor la subrogación es, simplemente, un cambio de acreedor.

papel de ambos sujetos y el contrato de garantía recíproca, por cuanto de la letra del mismo saldrán todos los derechos y obligaciones de ambas partes y, acaso, cuáles serán las condiciones que se deberán cumplir para que la S.G.R. pueda promover esa ejecución, es decir, el pacto de la vía ejecutiva. Cabe destacar, además, que en este supuesto será necesario adjuntar el contrato donde esté instrumentada la contragarantía - por ejemplo, el contrato de fianza entre la S.G.R. y un tercero que se obliga accesoriamente por el socio partícipe deudor-.

Analizada la cuestión desde el punto de vista sustancial, nos queda por determinar cuáles son los requisitos de forma que debe llenar efectivamente la S.G.R. para tener habilitada la vía ejecutiva y obtener el reintegro de lo desembolsado. Con base en la experiencia jurisprudencial de nuestro país, proponemos estudiar por separado las obligaciones contraídas por el socio partícipe que no constan en un título de crédito, y aquellas que se materializan de esa forma. Partimos del supuesto de que si bien la ley no lo dice, las S.G.R. generalmente utilizan para su mejor operatoria las garantías personales -aval y fianza, según la obligación conste o no en un título de crédito-, dejando de lado las reales, pues se sigue en la práctica el modelo proporcionado por el derecho español, y porque son más adecuadas al giro operativo de las S.G.R.¹⁸.

3.2.3.2.1. OBLIGACIÓN QUE NO CONSTA EN UN TÍTULO DE CRÉDITO¹⁹

En estos casos – que podríamos ejemplificar con un préstamo bancario o un contrato de leasing- como consecuencia del compromiso de garantía recíproca se

¹⁸ Cfr. art. 2 Ley 1/1994 de España.

¹⁹ Cfr. CNCom 30/09/10 “Garantizar S.G.R. c/ Bararte Madera SRL y otros s/ ejecutivo”; Íd. 30/03/10 “Garantizar S.G.R. c/ Vittori Daniel Jorge y otro s/ ejecutivo”; Íd. 08/06/07 “Garantizar S.G.R. c/ Díaz Oscar s/ ejecutivo”; Íd. 19/07/07 “Garantizar S.G.R. c/ Romay Pablo s/ ejecutivo”.

celebrará un contrato de fianza -garantía concreta-²⁰. Este acuerdo de voluntades sería aquel al que se refiere la ley en su artículo 68.

En caso de incumplimiento de la obligación en tiempo y forma, el acreedor intimará al pago a ambos deudores solidarios -principal y fiador, pues no existe entre ellos los derechos de división ni de excusión-. La sociedad fiadora que paga la deuda de su partícipe, con sustento en ese desembolso, verá nacer un crédito contra el mismo, a fin de obtener el reintegro de lo abonado.

Como se dijo, los procesos de ejecución se basan en la verosimilitud del derecho invocado, debiéndose alejar toda posibilidad de interpretación cognoscitiva, lo que es incompatible con aquella vía; lo que ni la ley ni la doctrina dicen es que deba tratarse de un único documento. Lo común es que no sea así, pues inclusive los títulos de crédito, sin desmedro de su literalidad y abstracción, deben integrarse con el protesto por falta de aceptación o de pago para ser ejecutivos y en el caso de la acción de ulterior regreso de algún coobligado que pagó, debe adjuntarse también el recibo otorgado por el beneficiario desinteresado (Legón, 2006). De hecho, el propio artículo 70 nos estaría dando la pauta de que el contrato de garantía recíproca debe integrarse con el certificado de saldo deudor del banco cuando éste pretenda ejecutarlo. Trasladando esto al reclamo de la S.G.R. contra su socio partícipe, encontramos que:

- INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PARTES: el contrato de fianza celebrado entre el banco acreedor y la S.G.R. -que es un contrato accesorio y debe por tanto hacer necesaria mención del principal, es decir del que celebran acreedor y deudor- será el que determine la obligación de la sociedad de satisfacer el pago de la deuda en caso de

²⁰ Cfr. CNCom 24/10/08 “Acristal SA. s/ Incidente de revisión promovido por Aluar Aluminio Argentino”.

incumplimiento del socio. Éste es el contrato de garantía a que se refiere el artículo 70, cuando establece la obligación de integrarlo con el certificado de saldo deudor; es decir, es el que legitima al Banco a accionar contra la S.G.R. Pero como en la ejecución que motiva este artículo los sujetos son la sociedad y su socio partícipe, lo que debe presentarse es el *compromiso de garantía recíproca*, donde figuran los derechos y obligaciones de ambos y fundamentalmente la contragarantía prestada. Con este documento tendremos entonces los dos sujetos imprescindibles en la ejecución: socio partícipe (ejecutado) y S.G.R. fiadora (ejecutante).

- LIQUIDEZ Y EXIGIBILIDAD: estarán acreditadas en forma más que suficiente con el *recibo de pago* que debe otorgar el acreedor (Banco) a la S.G.R. en oportunidad de materializar su obligación como garante, donde constará la cantidad efectivamente desembolsada y la fecha. Este recibo es, a nuestro juicio, el documento al que se refiere el segundo párrafo del artículo 520 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues en este caso la obligación del socio partícipe para con la S.G.R. se halla sujeta a la condición suspensiva de que ésta efectúe el pago al ser intimada por el acreedor por el incumplimiento de aquél.

Ergo, con estos dos documentos -compromiso de garantía recíproca y recibo de pago- ya tendríamos habilitada la vía ejecutiva, pues estaríamos dando amplio cumplimiento a las disposiciones del Código Procesal al respecto.

3.2.3.2.2. OBLIGACIÓN QUE CONSTA EN UN TÍTULO DE CRÉDITO²¹

²¹ Cfr. CNCom 07/10/08, “Garantizar c/ Asfaltos Trinidad S.A. y otros s/ ejecutivo”; Íd. 18/05/10 “Garantía de Valores S.G.R. c/ Ledda, Walter Ariel y otro s/ ejecutivo”; Íd. 30/04/2009 “Garantizar S.G.R. c/ Canales del Sur S.A. s/ Ejecutivo”; Íd. 13/02/2008 “Garantizar S.G.R. c/ M y L S.R.L. s/ ejecutivo”; Íd. 05/06/2008 “Garantizar S.G.R. c/ Krochmal, Claudio s/ ejecutivo”; Íd. 19/12/07 “Garantizar S.G.R. c/ Birarelli Silvina s/ ejecutivo” entre otros.

La práctica comercial de nuestro país de hace algunos años, sumada a la devaluación de los años 2001/2002 y la consecuente crisis bancaria, hicieron cada vez más viable la utilización del mercado de capitales como herramienta de financiación de las PyMES. Esta situación llevó a la utilización de la operatoria de las S.G.R. en asociación con otras figuras, como son los títulos de crédito (Revista Pymes, N° 53) (Latapié, s.f., p. 12)²². Así, en el caso de los cheques de pago diferido, el socio partícipe los libra por una determinada cantidad y plazo, y luego de avalados por la S.G.R., se colocan en el mercado de valores.

Entonces, cuando la obligación del socio partícipe consta en un título de crédito, la garantía otorgada por la S.G.R. asumirá la forma ya no de una fianza, sino de un aval. Las firmas estampadas en este tipo de papeles configuran obligaciones literales y autónomas, susceptibles per se de ejecución forzada por cuanto ya contienen el reconocimiento de deuda líquida y exigible por parte del deudor, conforme lo dispone el artículo 523:5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Por lo tanto, si al llegar la fecha determinada la obligación no se cumple -por ejemplo, porque el socio no depositó los importes correspondientes en el banco o no posee de éste autorización para girar en descubierto-, el beneficiario del título intimará al pago del mismo a la S.G.R., la que deberá cumplirlo so pena de ser demandada judicialmente. Luego tendrá dos opciones: repetir lo abonado por vía de ulterior regreso contra el librador según las normas del derecho cambiario en su calidad de avalista²³, o accionar con base en el

²² La S.G.R. se combina con varios instrumentos de financiación, como por ejemplo leasing, títulos de deuda, etc. Pero el cheque de pago diferido y el fideicomiso financiero son los ejes del sistema (Lerner, 2010).

²³ Se debe traer a colación el modelo español: la calidad de socio *no afecta* la condición de las garantías, que se rigen por el derecho aplicable a cada una de ellas, en este caso, el cambiario.

compromiso de garantía recíproca, a los efectos de llevar a cabo la ejecución de la contragarantía ofrecida por el socio partícipe.

Ahora bien, es preciso determinar qué documentos son necesarios para poder habilitar la vía ejecutiva, especialmente cuando la S.G.R. que ha pagado intenta ejecutar la señalada contragarantía. En este caso, la jurisprudencia ha reconocido²⁴ la innecesariedad del recibo de pago por parte del acreedor del título puesto que la tenencia del mismo por parte de la S.G.R. hace presumir que ésta los ha cancelado. Por lo tanto en este caso el mencionado recibo quedaría reemplazado por la adjunción de los originales de los títulos de crédito cancelados y de las planillas de valores negociados del mercado donde se han colocado. La disidencia opinó que el recibo de pago es imprescindible pues la sola tenencia del título de crédito cancelado sería una mera presunción que no tendría entidad suficiente para habilitar la vía ejecutiva. No obstante ello, estimamos que cometen el error de confundir la ejecución del título de crédito en cuanto tal, a través de la acción cambiaria de regreso -que sí requiere, además del título, el protesto y el recibo- con la ejecución de la contragarantía ofrecida en el marco del contrato de garantía recíproca. En este último caso no estamos hablando de una ejecución cambiaria sino de una común, basada en el contrato de garantía recíproca -léase “compromiso”- celebrado libremente entre ambas partes, y es aquí donde debemos mencionar la gran importancia que reviste la autonomía de la voluntad de las partes, por la cual la jurisprudencia reconoció la validez de los pactos de ejecución²⁵ en los que se

²⁴ Aunque con disidencia. Cfr. CNCom 07/10/08, “Garantizar c/ Asfaltos Trinidad S.A. y otros s/ ejecutivo”.

²⁵ Cfr. CNCom 13/02/2008 “Garantizar S.G.R. c/ M y L S.R.L. s/ ejecutivo”; Íd. “Garantizar c/ Asfaltos Trinidad S.A. y otros s/ ejecutivo”.

acordó que los títulos originales anexados al contrato de garantía son suficientes para promover el proceso ejecutivo.

4. CONCLUSIÓN

En virtud de lo expuesto en el presente trabajo, se advierte que el actual sistema de ejecución de las acreencias de las S.G.R. contra sus socios partícipes presenta deficiencias que tienen su génesis en una ambigüedad legislativa, y que se proyectan en la práctica negocial particular y en la interpretación judicial en el marco de causas concretas. Teniendo en cuenta esto, parece oportuno formular sugerencias a modo de posibles soluciones para el mencionado problema, lo cual redundará en beneficio de las S.G.R., que se sabe cuán provechosas son para el desarrollo de las PyMEs, pero que no son entidades de beneficencia; su estructura está pensada de manera que puedan responder inmediatamente, pero así también lograr su equilibrio económico-financiero recuperando los pagos efectuados por razón de los incumplimientos de sus socios en la forma más expedita posible, esto es, por la vía ejecutiva y no por el proceso ordinario.

En lo que se refiere al legislador, se propone una reforma a determinados artículos de la ley 24.467 en torno a los puntos tratados en este trabajo. En primer lugar, se plantea la modificación de los artículos 68 -definición del contrato de garantía recíproca- y 71, pues es preciso distinguir entre el compromiso de garantía recíproca celebrado entre S.G.R. y socio partícipe, de la garantía en sí misma. En la letra actual se confunde dicho pacto con la fianza que presta la S.G.R. al acreedor, pues pareciera que se trata de un solo acuerdo, cuando en realidad -al menos idealmente- son dos. Además, como se dijo, no se excluye otros tipos de garantías, quizás utilizados en igual o mayor medida que la fianza, como lo es el aval cambiario. Por otra parte, no será necesario

definir las garantías concretas pues se aplica para ellas lo dispuesto por el derecho común. En cambio no sucede lo mismo con el compromiso de garantía recíproca, pues es una institución nueva y relacionada exclusivamente con la operatoria de las S.G.R.; de allí la necesidad de que sea sólo éste el concepto que se brinde. En síntesis, la definición debe contener como elementos subjetivos la S.G.R. y su socio partícipe, y como elementos objetivos, los principales derechos y obligaciones que asumen ambas partes en el marco del convenio.

Otra modificación que parece apropiada plantear en concordancia con la jurisprudencia mayoritaria es la del artículo 70 de la normativa en análisis en lo que se refiere a la conformación del título ejecutivo, aclarando los sujetos de la relación, es decir, que se trata del banco o entidad financiera que pretende demandar a la S.G.R. -si hubiera lugar para ello- y eliminando de esta forma toda discusión al respecto. Asimismo, es menester adicionar un artículo que aborde la relación entre S.G.R. y socio partícipe, pues en este sentido existe un vacío legislativo; es decir, una disposición que aclare de qué manera y con qué instrumentos la S.G.R. estará legitimada para accionar ejecutivamente contra su socio, a fin de eliminar toda posibilidad de debate. A estos efectos proponemos distinguir según se trate de aval o fianza, pues los documentos serán distintos en uno u otro caso.

En lo que se refiere a las relaciones entre la S.G.R. y su socio partícipe, mientras no se modifique la situación legal existente, se sugiere a modo de solución celebrar sus contratos de garantía recíproca adicionando, en el marco de la autonomía de la voluntad, cláusulas en las que se deje en claro cuáles son los documentos que habilitarán la vía ejecutiva y en qué condiciones, es decir que pacten expresamente este tipo de proceso y

la forma de promoverlo hábilmente, para alejar toda discusión judicial al momento de hacerlo efectivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allende, L. (s.f.) Breve comentario sobre las sociedades de garantías recíprocas (las S.G.R.). *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*. Recuperado el 6 de mayo de 2014, de: <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id13/breve-comentario-sobre-sgr.pdf>
- Di Chiazza, I. G. (2010). Creación autónoma de títulos ejecutivos ¿pueden crearse otros títulos ejecutivos distintos a los legalmente previstos? *Foro de Práctica Profesional*, 3(10). Recuperado de: <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion10/tema12.html>
- Gallo, J. A. (s.f.). *Utilización de títulos como garantía de créditos: flexibilización de requisitos*. Recuperado de: <http://www.marval.com.ar/publicacion/?id=5228>
- Kulfas, M. (s.f.). Los sistemas de garantías como herramienta para el acceso al financiamiento de las PyMEs. Alcances y limitaciones de la experiencia argentina. *ITF (Iniciativa para la Transparencia Financiera)*. Recuperado el 6 de mayo de 2014 de: http://www.itf.org.ar/lectura_detalle.asp?id=45
- Latapié, J. L. (s.f.). *El financiamiento de las PyMEs*. Recuperado el 13 de marzo de 2014, de: <http://www.plusformacion.com/Recursos/r/financiamiento-pymes-0>
- Legón, F. (2006). *Letra de cambio y pagaré* (3ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Lerner. (2010). *La única Bolsa con un régimen específico para las PyME es la de Buenos Aires*. Recuperado el 8 de marzo de 2014, de: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/403624/unica-bolsa-regimen-especifico-para-pyme-buenos-aires.html>
- Palacio, L. (2003). *Tratado de Derecho Procesal Civil* (17ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Presidencia de la Nación Argentina, Ministerio de Industria. (s.f.). *¿Qué son las S.G.R.?*
Recuperado el 6 de mayo de 2014, de:
<http://www.industria.gob.ar/sgr/descripcion-2/>

Presidencia de la Nación Argentina, Ministerio de la Producción, Subsecretaría de
Industria. (2009, octubre). *Boletín Informativo “Desarrollo Industrial”* (p.6).

Rassiga, F. y Reineri, N. (s. f.). *Sociedades de Garantía Recíproca en Argentina:
¿organizaciones para el desarrollo de las PyMEs o las grandes empresas?*
Buenos Aires: Ministerio de Economía- Secretaría de la Pequeña y Mediana
Empresa. Recuperado el 14 de abril de 2012, de:
http://www.aaep.org.ar/anales/works/works2000/rassiga_reineri.pdf

Richard, E. H. y Muiño, O. M. (2000). *Derecho Societario*. Buenos Aires: Astrea.

CURRÍCULUM VITAE

Abogado (U.N.N.E.) Procurador (U.N.N.E.) Docente adscripto de las
asignaturas “Derecho Comercial I° Curso”, en la Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales y Políticas y “Nociones Introdutorias de Derecho”, en la Carrera de
Licenciatura en Relaciones Laborales de la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de
la U.N.N.E. Integrante de Proyecto de Investigación Acreditado en calidad de Personal
de Apoyo y Becario de Iniciación de la Secretaría General de Ciencia y Técnica de la
U.N.N.E. Correo electrónico: drledesma87@hotmail.com