

Intervención Judicial en Sociedades de la Sección IV que no cuentan con contrato escrito. ¿Realidad o ilusión?

Giuliano Procopio¹

Palabras claves: Intervención Judicial- Sección IV-prueba- dificultad- ilusión.

Sumario

La presente ponencia, tiene como objetivo, someter a consideración y debate, algunos aspectos que entendemos podrían resultar conflictivos y/o tornar ilusorio el despacho de la medida cautelar de intervención judicial, respecto de sociedades comprendidas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades Ley N° 19.550 y modificatorias (en adelante LGS), ante la inexistencia de instrumentación mediante contrato escrito.

Para ello, como cuestión preliminar, introduciremos brevemente algunas consideraciones respecto a los dos grandes tópicos relacionados con este trabajo, es decir, régimen vigente comprendido en los arts. 21 a 26 de la LGS e intervención judicial.

Régimen vigente comprendido en los arts. 21 a 26 de la LGS

Con la sanción de la ley 26.994, entró en vigencia el tan ansiado régimen único en materia civil y comercial, inaugurando, entre otras cuestiones, un régimen legal sustancialmente diferente, para ciertas sociedades, comprendidas en la Sección IV del Capítulo I de la LGS, que se titula, “*De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos*” (arts. 21 a 26 LGS).

El art. 21 LGS, con el que se da comienzo al régimen estatuido por esta sección, dispone que: “*La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta sección*”.

Si bien la caracterización general del régimen en cuestión, excede los límites de este trabajo, no podemos dejar de remarcar que la reforma, avanzó más allá de la mera inclusión de sociedades atípicas en la sección IV, otorgando otra jerarquía a lo que años atrás se denominaron sociedades irregulares o de hecho; superó el régimen sancionatorio aplicable; dejó de lado la responsabilidad personal, directa, solidaria e ilimitada de todos los socios; consagró la oponibilidad en todo momento de estas sociedades entre socios y frente a terceros que hubiesen conocido su existencia; consagró la posibilidad de adquisición de bienes registrables, etc.

Como puede apreciarse, el avance legislativo, permitió abandonar aquel régimen precario, basado en la mera tolerancia de la irregularidad o informalidad, dando paso a un régimen general y permanente, basado en la libertad de formas y la autonomía de la voluntad, consolidando alternativas diferentes a los clásicos tipos societarios ya conocidos.

De la Intervención Judicial

Por su parte, la intervención judicial,² es un instituto de carácter procesal, accesorio de la acción de remoción, y de naturaleza cautelar, pues esta destinado exclusivamente a evitar la frustración de los efectos de una condena en la acción principal. La condena en la acción principal es la “remoción del administrador”, con lo cual la intervención judicial tiene, además, una función protectora del interés social, es decir, que los actos perjudiciales del administrador que se pretende separar, no continúen desarrollándose ínterin trámite el juicio principal.

¹

² Roitman Horacio. Ley General de Sociedades Comentada y Anotada. 3ra edición actualizada y ampliada. Editorial La Ley. Tomo III p. 373, 374.

El bien jurídico protegido que se debe tener en mira al decretar una intervención judicial es, entonces, la sociedad misma, su patrimonio, la continuidad normal de su operatoria y la protección de la posibilidad de consecución normal del objeto social. Su finalidad es cautelar los bienes y derechos de la sociedad frente a los actos u omisiones de los administradores que pudieran comprometerlos³.

La denominación del instituto es de carácter genérico, en el sentido de que la injerencia del poder judicial y la interrupción de la vida normal de la sociedad, pueden alcanzar distintos niveles o grados de intensidad, según la ponderación que del caso efectúe la autoridad que la disponga, y ha sido regulada en el marco de la LGS, de modo muy particular: tratamiento independiente para la medida cautelar y referencia solo incidental a la acción de fondo.

En cuanto a los requisitos de procedencia, son los comunes de todas las medidas cautelares (verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contracautela, legitimación, promoción de la acción principal), y específicamente societarios (agotamiento de los recursos legales y societarios e infracción a la pauta del buen hombre de negocios).

Si tomamos como parámetro que estos requisitos, no siempre emergen claramente, e incluso, en sociedades típicas y regularmente constituidas, pueden resultar muy difíciles de acreditar, podemos pensar que estos obstáculos, se verían potenciados ante sociedades encuadradas en la Sección IV de la LGS, y mas aún, ante la inexistencia de instrumentación mediante contrato escrito.

En consecuencia, realizaremos algunas consideraciones, respecto de ciertos requisitos de procedencia, especialmente, acreditación de la legitimación activa y pasiva y el agotamiento de los recursos legales y societarios que entendemos dan cuenta de esta situación.

Intervención Judicial y Sociedades de la Sección IV

Partimos de la base que el instituto de la intervención judicial- regulado en la LGS-, al amparo del régimen vigente, resulta plenamente aplicable a las sociedades comprendidas en la sección IV. Sin perjuicio de ello, esto no siempre fue tan claro.

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26.994,⁴ ninguna duda quedaba de la procedencia de la intervención en el supuesto que la sociedad se encontrara en estado de liquidación o de regularización, el problema se planteaba cuando la sociedad no se encontraba disuelta, ya que durante la vida de la sociedad los socios no podían invocar ni oponerse entre sí el contrato social. A partir de la reforma introducida en el año 2015, y la nueva regla de la oponibilidad del contrato social establecida por el art. 22 LGS, los socios de la sociedad simple podrán invocar entre sí los derechos y defensas nacidos del contrato social y, particularmente, demandar por remoción del administrador y solicitar, en consecuencia, intervención judicial (arts. 113 y 114 LGS).

Ahora bien, más allá del avance legislativo que celebramos, entendemos que las particularidades de ciertas sociedades comprendidas en esta sección, generan la necesidad de repensar algunos requisitos de procedencia de esta medida cautelar. Veamos.

Demostración de la existencia de la sociedad (legitimación pasiva)

Parece no haber dudas que,⁵ la acción de remoción de administrador de la sociedad, se dirige en todos los casos en contra de la sociedad.

No se le pide al administrador que se retire, ni se le inicia acción de responsabilidad, se trata

³ Muguillo Roberto Alfredo. Sociedades no constituidas regularmente. Editorial Astrea. P 141.

⁴ Roitman Horacio. Ley General de Sociedades Comentada y Anotada. 3ra edición actualizada y ampliada. Editorial La Ley. Tomo III p. 435.

⁵ CNCCom, Sala E, 27/04/2012 "Burgwardt y Cía. SAIC y AG c. Cerro del Águila de Olavarría SA y otros s/ medida precautoria s/incidente de apelación art. 250 CPR. LL Online: AR/ JUR/23027/2012. Los accionistas de la sociedad anónima individualmente no son sujetos pasivos en la acción por remoción de los administradores sociales, por lo que no revisten carácter de parte, y por ende carecen de legitimación para promover apelación de la medida cautelar de intervención accesorio de dicho pleito.

de hacerlo cesar en sus funciones, y ese es el objetivo de la acción principal; luego la medida cautelar tiene por objetivo que esa acción no se frustre en caso de prosperar, pues de permanecer en funciones, el administrador podría generar mas daño todavía que el que se pretende remediar.

En definitiva, vemos que, por imposición del art. 114 LGS, en cualquier caso, sea que estemos ante una sociedad típica o ante una sociedad de la sección IV, para que prospere la intervención judicial, habrá que necesariamente demostrar la existencia de la sociedad, ya que, de lo contrario, faltará uno de los elementos esenciales de la relación jurídica procesal: la existencia del demandado.

Esta exigencia, en muchas situaciones, suele ser subestimada, ya que, la existencia de sociedades típicas y regularmente constituidas, en la mayoría de los casos, podrá demostrarse fácilmente, ya sea con la instrumentación del acto constitutivo; con las correspondientes constancias de inscripción registral; con pedidos de informes ante los organismos correspondientes, etc, y, por ende, no parecería ser algo que genere demasiadas preocupaciones.

Ahora bien, ¿qué sucede en casos de sociedades que no cuentan con contrato escrito? La situación lógicamente se complejiza.

El último párrafo del art. 23 LGS dispone que la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba, receptando en términos literales la disposición contenida con anterioridad a la reforma⁶.

En caso de que algún socio o tercero niegue la existencia de la sociedad, la LGS autoriza a los interesados, socios o terceros, a acreditar la existencia de la misma mediante cualquier medio de prueba⁷, por supuesto con sujeción al derecho común. De tal modo, resultan aplicables los principios generales del CCC (arts. 1019 y 1020 del CCC) y los pertinentes de los respectivos códigos de procedimiento.

Si bien lo expuesto, parecería dar cuenta que el camino está bastante allanado, no estamos tan convencidos, dado que, entendemos que existen algunos puntos que requieren especial atención.

Por un lado, y tal como se ha sostenido jurisprudencialmente⁸, la actividad probatoria, debe estar orientada a probar la existencia de los elementos caracterizantes del fenómeno societario (art. 1 y 11 LGS), cosa distinta, a la prueba de la actividad que despliega el ente, que, si bien podría ser más sencilla de demostrar, no es suficiente por si sola, para acreditar que se trata de una sociedad de las comprendidas en la sección IV.

Por otro lado, ofrecida y producida la prueba, corresponde su valoración. Aquí, se ha sostenido, por ejemplo, que, *si bien la prueba de la sociedad de hecho se halla regida, con el alcance explicitado, por un criterio de amplitud respecto de los medios de acreditación, encuentra límite en lo que atañe al rigor en la valoración de los hechos y circunstancias probatorias. En este sentido, la prueba debe ser no solo convincente o idónea, sino inequívoca y concluyente*.⁹

Todo esto nos demuestra que, si bien el art. 23 de la LGS, apunta a que la idoneidad del medio probatorio sea valorada en función de la situación concreta y no de modo genérico o abstracto,

⁶ En su redacción anterior, el art. 25 de la ley 19.550 disponía textualmente: “Prueba de la sociedad. La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba”.

⁷ CNCom, sala D 07/11/2019 “Sanchez, Juan Carlos c. Serenelli, Fernando Jorge y otros s/ordinario” LL Online: AR/JUR/48936/2019:” ... es claro que la existencia de una sociedad de hecho debe ser probada por quien la alega, en especial por el actor si ella es negada por el demandado.

⁸ CNCiv., sala D, 19/08/2008 “D., C.c. Estudio Jurídico B. Jurisprudencia Argentina, 2009-II. P 71. La existencia de una sociedad de hecho o irregular requiere la demostración de que los miembros han estado o están en una comunidad de bienes e intereses, participando tanto en los beneficios como en los gastos y pérdidas, que fue o es la voluntad de cada integrante la de adecuar su conducta y sus intereses personales al interés de la sociedad, manteniéndose durante su vida una situación de igualdad o equivalencia entre ellos, sin que quede ningún margen de dudado respecto de su existencia.

⁹ CNCom Sala D, 07/11/19.” Sanchez Juan Carlos c. Serenelli Fernando Jorge y otros s/ ordinario”.LLOnline: AR/JUR/48936/2019.

¹⁰ CNCom., SALA D, 31/5/97, “Borelina, Edmundo c / cablestel S.A. s /sumario. parece evidente que, frente a la invocación de inconductas por parte de un director, éste debe ser llamado personalmente al proceso y oírsele sobre el atribuido mal desempeño, pues jamás podría removerse de su cargo a tal persona sin antes reconocérsele la posibilidad de poder ejercer su defensa.

de ninguna manera, podemos fiarnos únicamente en sus disposiciones, puesto que, la cuestión claramente va más allá.

Acreditación del carácter de administrador (legitimación pasiva) Vemos

aquí otro punto potencialmente conflictivo.

Determinar quién es el administrador, es fundamental, porque también corresponde darle participación en el proceso judicial¹⁰.

Si ni siquiera hay instrumentación del acto constitutivo, difícilmente exista estipulación o documento que, de cuenta, o pueda servir de soporte, para acreditar que determinado sujeto, ha sido designado por los socios como administrador/representante del ente.

¿Cómo resolvemos esto?

Una posible solución que podría sostenerse, es que corresponde echar mano al segundo párrafo del art. 23 de la LGS, que determina que: *“En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica”*.

Queda para la buena política de la sociedad decidir en qué casos y cómo se anoticia fehacientemente en el ámbito externo la designación de administrador o modificación del contrato por renuncia o remoción del ya conocido, toda vez que en defecto de la acreditación de tal conocimiento cualquiera de los socios, incluso el administrador renunciante o removido (sea socio o no), podrá representar y, consecuentemente, obligar a la sociedad sin perjuicio de las responsabilidades imputables en lo interno por los daños para la sociedad o los socios emergentes del ejercicio impropio o abusivo de la administración y representación¹⁰.

Somos de la idea que, estas buenas políticas referenciadas por la doctrina, en la mayoría de los casos, y, sobre todo, por la falta de asesoramiento preventivo y/o la vorágine que imponen las relaciones comerciales, difícilmente estén presentes y, por ende, todo se desarrollará de forma promiscua.

Si no podemos individualizar al administrador, o no corresponde hacerlo por inexistencia de estipulación especial, ¿Cómo corresponde proceder? ¿Resulta necesario demandar a todos los socios? ¿Cómo acreditamos la condición de socio?

Acreditación de la condición de socio (legitimación activa)

Por imposición del art. 114 LGS, corresponde también acreditar la condición de socio como sujeto activo al momento de incoar la pretensión.

Si partimos de la base que resultará dificultoso acreditar los extremos que permitan dar cuenta que existe sociedad, entendemos que dicha dificultad, se trasladará directamente a la posibilidad de acreditar la condición de socio, por tratarse de parámetros estrictamente relacionados (no existe sociedad sin socio).

Si bien la jurisprudencia ha flexibilizado las exigencias sobre los elementos de prueba que deben acompañarse para acreditar la calidad de socio¹¹, ello no implica el relevamiento de tal carga.

Acreditar la condición de socio en estas circunstancias, sea desde la óptica de sujeto activo, o de sujeto pasivo- conforme las consideraciones precedentes- no será una tarea fácil y, por ende, requerirá de mucho empeño por parte del operador jurídico.

Agotamiento de los recursos contractuales y sociales

Este es el último requisito sobre el que queremos puntualizar.

¹⁰ Zunino Jorge Osvaldo “La simple sociedad”. Editorial Astrea. Pag 62.

¹¹ CNCom. Sala B, 08/11/2002 “Auberge de Lille SA c Porte Normandie SA s/Diligencia preliminar”.

Palabras más palabras menos, se ha dicho que ¹² las sociedades están estructuradas sobre la base de órganos diferenciados, y la LGS ha establecido las funciones, los deberes y las atribuciones de cada uno de estos órganos con la finalidad de equilibrar los derechos en juego, y para que, frente a una situación anómala, la misma pueda solucionarse dentro del ámbito propio de la sociedad. Por ello, y frente a cualquier conflicto que se suscite, lo que la ley quiere es que primero se intente arribar a una solución dentro del seno de la sociedad y solo como último recurso acudir a la justicia para que los resuelva.

No se nos escapa el hecho de que la jurisprudencia, sin que implique dejar de lado el respeto por las instituciones societarias, ha flexibilizado o atenuado esta exigencia ante ciertas situaciones

especiales. Por ejemplo, a aquellos socios que poseen una proporción en el capital social que volvería infructuosa la defensa de sus intereses, o cuando los accionistas se hallan imposibilitados de ejercitar sus derechos societarios¹³, entre otras.

Sin perjuicio de ello, la realidad, es que el art. 114 LGS, establece que el peticionante... deberá acreditar que *agotó los recursos acordados por el contrato social*. De ahí que, ¿Como hacemos para demostrarle al juez interviniente, que hemos agotado los recursos acordados por el contrato social, si ni siquiera tenemos contrato escrito?

¿Hay que demostrar que se intimó al administrador? En su caso, ¿esto resulta suficiente?

Supongamos que, superamos las dificultades planteadas con anterioridad y logramos intimar/notificar al administrador y acreditar tal cuestión. ¿Cómo seguimos?

¿Tenemos que demostrarle al juez que hemos solicitado convocatoria al órgano de gobierno? En caso de respuesta afirmativa. ¿Cuál es el órgano de gobierno? ¿Cuáles son las pautas de funcionamiento para la toma de decisiones? ¿Cómo demostramos quienes son los socios que deberían participar?

Parte de la doctrina, entiende que,¹⁴ en lo relativo al gobierno, serán válidas las cláusulas que regulen sobre convocatoria, forma de notificación de la convocatoria y mayorías. Por ser, básicamente, una sociedad personalista, aquí no habrá grandes formalidades ni quórum, ni distintas clases de asambleas, por ejemplo, aunque no se prevé la aplicación supletoria de las normas de la sociedad colectiva por no tratarse de un tipo sino de una clase de sociedad.

¿Y si directamente no contamos con estipulaciones? ¿Cómo procedemos? Planteamos este interrogante porque no existe norma supletoria en la Sección IV del Capítulo I de la LGS. Es más, ni siquiera tenemos pauta mínima, en torno a las mayorías necesarias para tomar decisiones, como sí existe, por ejemplo, para las sociedades colectivas (arts. 131 y 132 LGS).

Como si todo ello fuera poco, no debemos olvidarnos del criterio restrictivo que impone como pauta interpretativa, el último párrafo del art. 114 LGS, para la procedencia del instituto de la intervención judicial.

Obviar esto es caer en el peligroso terreno de introducir a un tercero en la vida de la sociedad encomendándole tareas para las que no tiene conocimiento ni información suficiente.¹⁵

Conclusión

Lo que intentamos plasmar en esta presentación, nos lleva a concluir que, si bien el instituto de la intervención judicial resulta aplicable a las sociedades incluidas en la Sección IV, en ciertos

¹² Roitman Horacio. Ley General de Sociedades Comentada y Anotada. 3ra edición actualizada y ampliada. Editorial La Ley. Tomo III p. 489.

¹³ CNCom. sala A, 22/12/1977 "Chomik, Oscar c. Chomik Hnos. y otros"; Palomino, Luis A. "Intervención judicial de sociedades comerciales" LL, 1996-D p.1502.

¹⁴ Calcaterra, Gabriela S. Las sociedades reguladas en la sección IV de la Ley General de Sociedades o sociedades "residuales" Cita: TR LALEY AR/DOC/3724/2017.

¹⁵ Coll Osvaldo Walter. Intervención judicial de sociedad. Editorial Lexis Nexis.P. 184

casos, como ser frente a aquellas que no cuentan con instrumentación mediante contrato escrito, lograr que un juez haga lugar al pedido cautelar será prácticamente una ilusión.

Esto no nos parece una cuestión menor. Algunos podrán sostener que, si quiere evitarse esta situación de “incertidumbre”, siempre podrá optarse por una sociedad típica y regularmente constituida.

Por nuestra parte, no creemos que esa sea la esencia del régimen que tenemos vigente desde el año 2015. Mas bien, somos partidarios de pensar que el régimen de la Sección IV del Capítulo I de la LGS, vino para quedarse y, por eso, vemos necesario seguir profundizando su estudio y análisis, sobre todo, para corregir o prever aspectos que puedan desalentar su utilización.
