

LA PARTICIPACIÓN DE TERCEROS COADYUVANTES EN CONFLICTOS SOCIETARIOS: PERTINENCIA Y NECESIDAD DE ADOPTAR UN CRITERIO FLEXIBLE

Emilio F. Moro

ABSTRAT:

Es necesario y de toda justicia adoptar un criterio flexible en materia de intervención de terceros en conflictos societarios, tratándose de socios que no sean partes originarias del proceso y a modo de terceros coadyuvantes, en especial en impugnaciones de asamblea, pero también en otros tipos de controversias dentro de la sociedad.



1. Introducción

La participación de terceros en el proceso bien se sabe es cuestión que exorbita las usuales fauces en que se suele desplegarse cualquier contienda judicial.

Principios de raigambre procesal, tales como el de congruencia, bilateralidad, dispositivo, o el más omnicompreensivo que –bien puede decirse– engloba a todos del debido proceso adjetivo (art. 18, Const. Nac.), presuponen como escenario fáctico habitual a dos sujetos de derecho que confrontan sus específicas situaciones fácticas –plasmadas, a su vez, en los derechos subjetivos que a partir de ellas puedan esgrimirse– en el seno de un proceso.

No obstante ello, la habitual colisión de derechos subjetivos que se da entre dos partes, en ocasiones, merced a particulares circunstancias fácticas que pueden verificarse, puede involucrar también posiciones o intereses de “terceros” ajenos a tal proceso.

La potencialidad expansiva del resultado del pleito, así las cosas, en más de una hipótesis, puede alcanzar a ciertos terceros, a quienes, por tanto, los diversos Códigos Procesales que conforman nuestro ordenamiento formal federal, acuerdan la facultad de poder presentarse espontáneamente en el proceso judicial.

Este escenario se complejiza de manera incontrastable cuando el conflicto de que se trata es un conflicto societario que, como tal, se despliega dentro del seno de una persona jurídica y donde, por antonomasia, siempre –en mayor o menor medida, con diverso grado de involucramiento– colisionarán o entrarán en juego intereses individuales de los socios y el interés social.

2. La participación de terceros en el proceso: aspectos generales

Se ha caracterizado a los Terceros, en lo que hace a su enlace con el Derecho Procesal, como “todos aquellos que en mayor o menor medida están interesados en el resultado del litigio porque los afecta actual o potencialmente”¹.

En cuanto a la razón de ser de esta posibilidad en los procesos civiles, no puede perderse de vista que –como lo ha destacado nuestro Máximo Tribunal– “el fundamento último acerca la conveniencia de integrar la litis con el tercero citado, no sólo descansa en que ella procede únicamente cuando existe o puede existir una acción de regreso contra aquél, sino también en muchos otros supuestos, como cuando la relación jurídica hecha valer en el juicio es común con un tercero y en consecuencia cuando la sentencia definitiva le sea oponible en la medida que vincule a las partes mediante los efectos de la cosa juzgada. Lo contrario resultaría un dispendio de la actividad jurisdiccional”².

“La comunidad de controversia –en nuestra legislación– admite como requisito mínimo la conexidad de alguno de los dos elementos objetivos: el objeto, la causa u, obviamente, ambos elementos a la vez (...) La esencia de la comunidad de causa que sirve de presupuesto de hecho a la intervención obligada de terceros, está dada por el vínculo de conexidad objetiva o causal entre la relación jurídica controvertida y otra (conexa) cuyos sujetos son, respectivamente, una de las partes del proceso principal y el tercero citado. Sobre el mismo, producirá efectos (afectación) la cosa juzgada emanada de la sentencia principal, efecto cuya extensión y límites se determinarán en su momento”³.

En cuanto a la clasificación de la intervención de terceros, la concurrencia de un *tercero interesado* a un pleito pendiente puede tener origen en:

¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2013, p. 397.

² CSJN, 19/05/97, “Incone S.A. c/ Raquel Lilian Ortega s/ repetición de pago”, *ED*, diario del 17 de abril de 1998, p. 2; con nota a fallo de AUGUSTO M. MORELLO, “Cuando el tercero se convierte en parte (una expansión inteligente de la garantía de la defensa)”.

³ MARTINEZ, Hernán J., *Procesos con sujetos múltiples*, T. 1, La Rocca, Buenos Aires, 1987, ps. 327 y 328.

- a) La voluntad del propio tercero: recibe el nombre de intervención voluntaria.
- b) La voluntad de alguna de las partes originarias, que opera aún en contra de la voluntad del tercero: recibe el nombre de intervención provocada (también se la conoce como obligada, coactiva o forzosa).
- c) La voluntad (en rigor, disposición) de la ley, que opera por medio del juez y aún contra la voluntad de las partes originarias y del propio tercero: recibe la denominación de intervención necesaria (sea la conoce también como integración necesaria del litigio).

La intervención coadyuvante de terceros (que es la que aquí abordamos), denominada también “intervención coadyuvante litisconsorcial” o “adhesiva autónoma”, es *“la que cabe al tercero cuando ingresa al proceso pendiente con el objeto de hacer valer un derecho propio frente a una de las partes originarias, adhiriendo simultáneamente a la calidad (actora o demandada) de la otra”*⁴.

3. La noción de conflicto societario como hipótesis fáctica vehiculizada bajo el cauce un proceso judicial

Ríos de tinta se han vertido en derredor a la problemática global que suscitan los llamados “conflictos societarios”. Adentrarnos, por tanto, en terrenos ya recorridos –y seguramente de mejor manera– en pos de perfilar o conceptualizar aquello que medianamente ya tiene “carta de ciudadanía” en nuestro Derecho⁵, amén de su futilidad, excede el propósito de estas líneas⁶.

⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones...*, p. 407.

⁵ Es clásica la definición que ve en el conflicto societario una hipótesis que tiene lugar “toda vez que entre la persona jurídica sociedad y otra u otras personas sujetas a su particularizado orden jurídico, se da un estado de litigio originado por la promoción en sede judicial de una acción que, previo trámite sumario, se resolverá con la aplicación prioritaria de dicho orden jurídico y, en caso de ser acogida, motivará decisión extra-social que lo modifica y, por lo tanto, con efectos directos e inmediatos respecto de todos quienes se encuentran sujetos al mismo, hayan o no participado del litigio” (SUAREZ ANZORENA, Carlos, “La noción de conflicto societario”, en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, V Congreso de Derecho Societario*, t. II, Huerta Grande, 1992, p. 279).

⁶ También lo excede otra problemática estrechamente enlazada a dicho tópico y que estriba en analizar los motivos principales que conducen a la perduración en el tiempo de los conflictos societarios. Sólo diremos aquí que la proliferación de estas situaciones en la vida negocial responde, entre otras causas, a la no diferenciación normativa entre sociedades anónimas abiertas y cerradas –lo que facilita el abuso de mayorías volviendo cautivo al socio minoritario (cfr. NISSEN, Ricardo A., “El conflicto societario en la

Si nos interesa subrayar la “potencialidad expansiva” que reviste, por antonomasia, todo conflicto societario hacia el abanico de sujetos enmarcados en las relaciones inter-subjetivas (o “externas”).

La interpretación jurídica, según lo pusiera de relieve de modo magistral Carlos Cossio –con apoyo, en este punto, en la filosofía de Edmund Husserl⁷–, supone, en rigor de verdad, *interpretar conductas (en interferencia intersubjetiva) y no derechamente las normas jurídicas que mentan tales comportamientos*⁸.

Y si ello es así –al menos, claro está, desde nuestra perspectiva ius-filósfica (que como el lector ya puede intuir sin mayor dificultad, es la propia de la Teoría Ecológica)– el juez, al momento de tener que dictar sentencia en un conflicto societario –cualquiera sea tu tipología (v. gr., impugnación de actos del directorio, acciones de responsabilidad de un grupo de socios contra otros por violación del art. 54.2 L.G.S., intervención judicial, suspensión preventiva de decisiones asamblearias, exclusión de socios, etc.)– interpreta, en rigor de verdad, *las conductas entrelazadas que se desarrollan detrás del ente societario y que hacen a la controversia suscitada*. Lo hace, claro está, “a través” del “lente” de las normas que el sistema le brinda para tal quehacer.

En ese derrotero, probablemente ningún autor haya hecho hincapié con igual intensidad que Ernesto Martorell en esta plausible tarea de derribar “mitos teóricos” cuya supuesta consistencia técnica solo proviene de la repetición inveterada de “latigillos” y no del análisis concienzudo y riguroso de su solidez intrínseca,

Argentina. Causas que lo originan y propuestas de prevención y solución”, *LL*, 2001-D, p. 1130)–, al desprendimiento de muchas sociedades del “fin económico” (producción e intercambio de bienes y servicios) que debe gobernar su constitución (art. 1, LSC) (cfr. ZAMENFELD, Víctor, “Conflictos societarios. Una visión general y particular del derecho argentino”, *RSyC*, nro. 3, marzo-abril de 2000, p. 15 y ss) y a la pasividad de cierto sector judicial ante prácticas fraudulentas que suponen la utilización del molde societario para fines no queridos por el legislador y que culminan “retroalimentando” su concreción (cfr. MARTORELL, Ernesto E., “Panorama del conflicto societario frente a la República Argentina del tercer milenio”, *LL*, 2001-B, ps. 1195 y 1196).

⁷ Para el punto, cfr. SZILASI, Wilhelm, *Einführung in die Phänomenologie Edmund Husserls [Introducción a la fenomenología de Husserl]*, trad. Ricardo Maliandi, Amorrortu, Buenos Aires. Como se sabe, la ontología de Husserl fue el punto de partida epistemológico de gran parte de las construcciones de la Teoría Ecológica del Derecho.

⁸ Cfr. COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2da. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 40 y 41. En efecto, la pregunta ¿“qué es interpretar la ley?” está mal planteada porque no es la ley lo que se interpreta sino la conducta humana mediante la ley; debiendo reconducirse el interrogante en los siguientes términos: “¿cuándo tiene fundamento científico o fuerza de convicción una interpretación judicial?” (COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, p. 123).

y cuya funcionalidad –en rigor de verdad– muchas veces ha sido la de servir de “escudo protector” para toda clase “pillerías” (parafraseando, de nuevo, al autor antes mencionado) que –aunque es obvio por las dudas lo aclaramos– nada tienen que ver con el muy sano, necesario e importante estímulo a la iniciativa privada en nuestro país⁹.

Es que, como bien lo ha sostenido Mosset Iturraspe, “no es verdad que el Derecho otorgue prerrogativas y facultades con entera indiferencia del resultado práctico o finalidad que con el ejercicio de las mismas se logre”¹⁰, reflexión a cuyo amparo perfectamente puede incluirse todo cuanto concierne a la *utilización de la subjetividad diferenciada* que comporta toda sociedad comercial.

En esta inteligencia, acertada y agudamente ha subrayado Nissen que “*el recurso técnico de considerar a la sociedad como un sujeto de derecho, no convierte a las sociedades, por arte de magia, en personas de existencia visible; ese sujeto de derecho es reconocido como tal en tanto y en cuanto se ajuste a la verdadera finalidad que justifica la existencia misma del fenómeno corporativo: ser aliciente y técnica para alentar la creación de empresas*”¹¹.

⁹ Cfr. MARTORELL, Ernesto E., *Tratado de las Sociedades Comerciales y de los Grupos Económicos*, t. I, Abeledo-Perrot, 2016, ps. 14 y 167. “Debemos terminar con la asimilación casi absoluta que se percibe en la mente de muchos operadores jurídicos y de no pocos magistrados, entre las ‘sociedades comerciales’ –personas ‘de existencia ideal’– y ‘la persona’, tal como la concibe el derecho, produciéndose un contagio semántico y práctico entre ‘el ente’ y la categoría asimilada: ‘la persona’, con un deliberado olvido de que, en el caso de las sociedades, no nos encontramos sino ante una construcción del pensamiento y del lenguaje de los juristas y no de otra cosa (...) Es que, si como hemos visto –con cita de Galgano y de Ferri– *la sociedad no es más que ‘un recurso técnico’, al que quedan sometidos los miembros de un grupo (los socios) dando lugar a una disciplina derogatoria del Derecho común*, que establecería los vínculos en cabeza de cada individuo y no de la estructura corporativa creada; esto es, un mecanismo que opera –en la práctica– como ‘una especie de privilegio’, que el maestro bolones (siguiendo a Hart), condiciona en su operatividad a que se respeten lo que denomina ‘condiciones de uso’, se diluye toda posible visión ‘transpersonalista’. Y ello porque no respetadas aquellas por los administradores sociales y/o por los controlantes de la sociedad, caerá el ‘privilegio’ en cuestión, y las consecuencias de lo actuado deberán imputarse a quienes se encuentren detrás de la escenografía societaria”.

Más recientemente, en este sentido, cfr. MARTORELL, Ernesto E., “Orden público, patologías societarias (abusos corporativos, daño al Estado, etc.) y defensa del interés nacional”, *ED*, fasc. del Iro. de junio de 2017, ps. 1/6.

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El ejercicio de los derechos”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2017-1: *Responsabilidad objetiva – I*, p. 27.

¹¹ NISSEN, Ricardo A., *Panorama actual de Derecho Societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, págs. 45 y 46.

Pensemos, por de pronto, en el impacto de “conflictos societarios” en sociedades anónimas que actúan en el mercado de capitales y su “potencialidad expansiva” hacia los más diversos intereses¹² de sujetos que –de una u otra manera– están vinculados al ente societario: trabajadores, proveedores, familiares de los directamente involucrados, el Fisco, consumidores, etc.¹³. El abanico es bien amplio.

Ello, por supuesto, sucede de similar manera con las “sociedades anónimas cerradas”¹⁴. No son infrecuentes, en ese contexto, los casos de empresas de familia estructuradas bajo el ropaje de una sociedad anónima, y que, por falta de

¹² Lo cual es una de las razones que explica, en la mayor parte de los países del orbe occidental, los implica mayores controles comparativos que existen para las sociedades anónimas cotizantes (cfr. COZIAN, Maurice - VIANDIER, Alan - DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés*, Litec, Paris, 2007, p. 3).

¹³ Por ello, y aunque se trata éste de un dato que –en su correcta interpretación– ha pasado mayormente inadvertido por la doctrina, muchas situaciones pasibles de ser encorsetadas bajo la categoría de “conflicto societario” suponen, a su vez, delitos tipificados como tales en el Código Penal. Luego, resulta incontestable la “potencialidad lesiva” del “interés general” que tales inconductas aparejan por su propia naturaleza. Desde el *delito de balance falso* (art. 300, CP), hasta el caso de *administración fraudulenta* (art. 173, inc. 7mo., CP), pasando por la hipótesis de *fraude al comercio* (art. 301, CP), en todas estas situaciones median incumplimientos a normas basilares de la Ley 19.550 (por antonomasia en ninguno de tales escenarios habrá existido un administrador societario que se haya conducido con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios del art. 59, L.G.S.). En esa línea bien se ha expresado que, para delinear la noción de “delito societario”, corresponde tomar en consideración “la naturaleza de los bienes afectados, ya que este tipo de conductas son pasibles de poder afectar, no sólo a patrimonios y a situaciones individuales, sino también a intereses más generales conectados al funcionamiento íntegro del orden socio-económico, motivo por el cual podrían clasificarse a los *delitos societarios* teniendo en cuenta la calidad del sujeto pasivo y el interés afectado” (CANTARO, Alejandro S., “Responsabilidad penal”, en DUPRAT, Diego A. J. (Dir.), *Tratado de los conflictos societarios*, t. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013 p. 2154).

¹⁴ Esta clasificación “bipartita” es que la goza de mayor predicamento entre nosotros. En otras latitudes, como en los EE.UU., se alude a una clasificación “tripartita” al momento de analizar las “corporations” y sus variantes (símil de nuestra sociedad anónima). “*The universe of incorporated businesses is not limited to these two ideal types. Although the ‘closely held-versus-public’ distinction can be useful (...) often it may be more instructive to contrast ‘owner-controlled’ and ‘management-controlled’ firms. This distinction has been used by a number of empirical researchers, who have found that firms in which there is a controlling, or at least powerful, single shareholder (that is, one shareholder owning, for example, 25 percent of the voting stock or more) tend to behave quite differently from those in which no single shareholder is able as easily to restrain management. In short, it may be less the number of shareholders, and more the structure of share ownership, that determines the degree of shareholder control (or the lack thereof) over*

previsión de posibles controversias a futuro (v. gr., falta de planificación de la transición generacional), caen en situaciones de crisis que, en más de una ocasión, directamente llevan a la cesación de pagos y al cierre del establecimiento¹⁵.

De idéntica forma acaece en los casos de S.R.L., que, como es sabido, no son el vehículo jurídico predilecto de las PyMEs en nuestro país (sitial ocupado, en el marco de lo que bien se ha dado en llamar “desvirtuación empírica”¹⁶, por la sociedad anónima) pero sí comienzan a ser cada vez más utilizadas por sociedades extranjeras para estructurar a sus filiales en nuestro país¹⁷.

Y también, a menor escala, en el universo de las sociedades personalistas, por más escaso que sea su número.

4. Implicancias injustas de “dejar afuera” como regla a todo accionista que no haya impulsado la acción impugnativa y que, a su vez, tampoco forme parte del grupo de control de la sociedad. Posibles escenarios de “socios-terceros” con legítimo interés en actuar como tales en un proceso civil

Muchas situaciones presentan ribetes de complejo abordaje en torno al posible involucramiento de un “tercero” en un proceso caracterizado como un conflicto societario.

Veamos algunos casos.

Un escenario típico donde asoma –a salvo circunstancias particulares de cada caso concreto– injusto vedar la intervención de ciertos accionistas como “terceros” es el de aumentos de capital social tachados de fraudulentos por encontrarse afectada la causa-fin del acto societario. Allí, el “accionista-tercero”,

managerial behavior” (KLEIN, William A. - COFFEE, John C., *Business Organization and Finance*, Foundation Press, New York, 2007, p. 111).

¹⁵ Cfr. DE URIETA, Deborah, “Empresas familiares: problemas actuales”, en “*El Cronista Comercial*”, fasc. del 18 de mayo de 2017, “Supl. Pyme”, p. 3. Se consigna allí como dato estadístico –brindado por entidades especializadas en el punto– que el 30% de las empresas de familia (sea cual fuere el tipo societario bajo el cual se hubieran estructurado) desapareció por dificultades propias del negocio, otro 10% por falta de un sucesor competente, y el 60% restante por conflictos familiares.

¹⁶ ANIBAL, Enrique, “Sociedad de Responsabilidad Limitada, un vehículo poco utilizado”, *ED*, 195-1018.

¹⁷ Cfr. MORO, Emilio F., *Tratado de las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2016, págs. 181 y ss. Los ejemplos de esta situación en nuestro país son más que elocuentes: “General Motors Argentina SRL”, “Starbucks Argentina SRL”, “Esso Petrolera SRL”, “Cinemark Argentina SRL”, “Remax Argentina SRL”, entre muchos otros casos similares.

puede encontrarse, de buenas a primeras, sin que ninguna participación procesal se le confiera, con un desenlace perjudicial para el valor de su participación accionaria (si por ejemplo ese aumento de capital social era imprescindible para la compañía pudiera concretar determinado negocio que, a la postre, pudiera ser muy rentable para la sociedad) y, en otros casos, si no hubiera ejercido en su momento el derecho de preferencia, no permitirle sumarse a la acción impugnativa que se hubiera articulado, puede culminar también en licuar su participación accionaria.

Otra hipótesis –entre tantas– de conflictos societarios donde aparece de toda razonabilidad conferir y autorizar la intervención de accionistas en calidad de terceros coadyuvantes, es el de la venta –o transmisión fiduciaria– del inmueble donde se emplaza la sede societaria y que a su vez es el principal activo para la empresa, por resolución de directorio carente de ratificación por asamblea, en tanto acto de administración extraordinario donde ello es de toda necesidad. Las consecuencias, a futuro de convalidarse una decisión tal, suponen ni más ni menos que –entre otros perjuicios– verse imposibilitado de utilizar el inmueble que era la sede social desde siempre de la compañía. En estos casos, claro está, la intervención como tercero coadyuvante lo sería en un proceso judicial de impugnación de acto de directorio por vicio de competencia. Empero, estamos ante la misma idea.

En la acción de remoción de directorio ocurre otro tanto. La actuación del órgano de administración que encuadre en las previsiones del art. 59 en cuanto a no estarse conduciéndose los integrantes del mismo con la “lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios” implica una clara afectación del normal funcionamiento y de las perspectivas de rentabilidad que anida en la causa-fin del contrato plurilateral de organización que –a salvo el caso de las SAU o SASU– caracteriza a las sociedades comerciales. Semejante impacto hace que exista una potencial afectación de la posición jurídica del accionista que no ha sido “parte” del proceso cuando se inició, pero que, en salvaguarda del interés social y, mediatamente, del valor de su participación accionaria puede tener legítimo interés en intervenir como tercero.

También en materia de SRL pueden presentarse situaciones donde la intervención de terceros deba mirarse con flexibilidad. Pensemos en un conflicto societario que es cuasi-exclusivo de este tipo societario: la exclusión de socio. Puede allí suceder –por caso, en una SRL de tres integrantes o más– que, habiendo activado la sociedad el mecanismo de exclusión por “justa causa” del art. 91 L.G.S., el otro socio, a sabiendas de que, en verdad, como muchas veces sucede, se trata de emplear anti-funcionalmente el dispositivo de la exclusión para “quitarse de encima” a un socio que no sigue los lineamientos de la mayoría –pero que no ha incumplido sus obligaciones de socio– y, sosteniendo que en realidad

la persistencia de ese socio en el ente societario, es cuestión que robustece el interés social, pueda intervenir como tercero.

Por último, pueden bosquejarse también hipótesis de acciones sociales de responsabilidad como un campo propicio para la eventual participación de terceros.

5. Conclusión

Si pensamos que la regla *res inter alios acta*, de magnitud –otrora– casi inexpugnable, rige en materia contractual con menor intensidad a lo que lo era en los albores de nuestra legislación de derecho Privado –de lo cual quizás una muestra palmaria es la irrupción de la figura del “consumidor expuesto” en el microsistema del Derecho del Consumidor–, admitiéndose cada vez más supuestos donde, al menos ciertos terceros –no los *penitus extranei*, pero sí otros– puedan “involucrarse” en una relación jurídica que antes no los tenía como protagonistas, no tendría por qué asombrar que, en materia procesal, pueda comenzarse a adoptarse un temperamento cada vez más flexible a permitir la intervención de terceros.

En materia de conflictos societarios, y, en especial en procesos de impugnación de asamblea y de directorio, esta especial situación, como lo hemos dicho antes, se bosqueja con especial nitidez.

Allí, sin dudas, por ejemplo, en una sociedad anónima de tres integrantes el accionista que no pertenezca al grupo de control de la sociedad –que serán quienes, de suyo, ocuparán el rol de parte demandada (aunque, por supuesto, en rigor la legitimación pasiva siempre recae sobre el ente societario y no sobre el socio mayoritario en sí)– y que, a su vez, tampoco sea aquel que ha motorizado la acción impugnativa del art. 251 L.G.S., no parece lógico ni razonable que éste se trate de un “*penitus extranei* procesal” cuya posición no pueda admitir una intervención en el proceso de que se trate.