

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y EL SECRETO DE LOS NEGOCIOS

EUGENIO XAVIER DE MELLO - FERRAND

RESUMEN DE LA PONENCIA

La necesidad de proteger el secreto de los negocios ha sido reconocida por el derecho positivo, así como por la doctrina y la jurisprudencia. Una de las manifestaciones de esa protección es la limitación legal de las hipótesis en que puede solicitarse judicialmente la exhibición, ya sea general o parcial, de los libros de comercio. Por otro lado, la ley de sociedades comerciales y las normas procesales establecen los requisitos necesarios para que proceda la intervención judicial de las sociedades comerciales, requisitos que no son totalmente coincidentes con los previstos para obtener la exhibición de libros. Dado que la intervención judicial, aún en sus formulaciones menos intensas, puede dar lugar al conocimiento por el peticionante

del contenido de los libros de comercio sin que el mismo haya cumplido con los requisitos establecidos para su exhibición, se plantea la necesidad de armonizar ambos juegos de normas. Solo de esa manera se evitará que se logre por vía indirecta, la intervención judicial, lo que no habría podido lograrse por la vía directa de solicitar judicialmente la referida exhibición.

1.- INTRODUCCION

En el derecho uruguayo, la intervención judicial de las sociedades comerciales ha sido sometida a exigencias muy estrictas, lo que vale para todo tipo de intervención y para cualquier clase de sociedad comercial. La razón es que mediante la misma, se altera el orden interno de la sociedad, dando entrada en la vida social a personas que le son ajenas, las cuales, al ejercer las facultades conferidas por el Juez, pueden provocar perturbaciones en el funcionamiento de la empresa social y en sus relaciones con el medio externo.

Según el art. 185 inciso 1º de la ley de sociedades N° 16.060, la intervención solo puede ser pedida por los socios o accionistas¹, acreditando el cumplimiento de alguno de los requisitos de procedencia establecidos en el art. 184², así como el agotamiento de los recursos previstos en el contrato social. El Juez fijará los cometidos y atribuciones del o de los interventores, así como el plazo de la intervención (art. 186). La remisión del art. 188 de dicha ley a los arts. 311 a 317 del Código General del Proceso hace aplicable, en lo pertinente, el requisito de constituir una contracautela suficiente, salvo el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticiona-

¹ Según el art. 411 numeral 2º, puede pedirla asimismo el órgano estatal de control. Para algunos autores, también pueden solicitarla los terceros bajo las reglas generales del derecho procesal. Otras normas, como el art. 90 del Código Tributario, autorizan la intervención cautelar de las empresas, aunque con finalidad acotada.

² Este artículo enuncia los supuestos habilitantes para la adopción de una medida de intervención judicial. Estos son: a) que el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, b) que los mismos nieguen a los socios o accionistas el ejercicio de derechos esenciales; c) que por cualquier causa no actúen los órganos sociales o cuando actuando no puedan adoptar resoluciones válidas, afectándose el desarrollo de la actividad social.

rio (art. 313 numeral 5). Según los casos, la intervención será cautelar o autosatisfactiva³. El Juez apreciará la procedencia de la intervención con criterio restrictivo (art. 185 inciso 2)⁴.

Ello se funda en motivos claros. Uno de ellos es el de limitar los casos de intromisión de terceros en el funcionamiento interno de la sociedad, la cual es un orden jurídico especial que si bien no carece de efectos externos, está destinado a regir solamente a los socios.

Otro es el de preservar el secreto de los negocios. Este segundo aspecto, que ha sido descuidado por la doctrina, posee sin embargo la mayor importancia.

2.- EL SECRETO DE LOS NEGOCIOS

El secreto, es decir aquello que interesa mantener oculto y que no es conocido públicamente, se funda en la convivencia y la solidaridad social y se afirma en razones de orden moral. El mismo se inserta, a falta de una norma positiva, en el derecho de reserva de que goza toda persona⁵.

Para Bayardo Bengoa, “el secreto es el estado en cuya virtud, el titular de un interés actual y jurídicamente relevante, determina razonablemente de acuerdo con la naturaleza de los objetos a que se refiere su conocimiento, que la cognición de los mismos debe permanecer vedada a todos, o reservada sólo a determinadas personas”⁶.

³ En nuestra opinión, la intervención judicial plena vinculada a una acción de remoción, no es una medida cautelar sino una medida mixta, a la vez provisional y autosatisfactiva. Provisional porque tiene por objeto determinar anticipadamente la separación del cargo del administrador o director cuya remoción se pretende. Autosatisfactiva, porque se acompaña de la designación del interventor para evitar dejar a la sociedad sin administración mientras dure la remoción provisional. Un problema diferente es el que plantea la frecuente solicitud de intervenciones plenas por parte de accionistas individuales, a las que los tribunales dan curso, pese a que deberían ser desestimadas por no estar dichos accionistas legitimados para promover la acción de remoción, con lo que se viola uno de los principios cardinales que rigen las medidas cautelares y provisionales: el de que dichas medidas solo puede pedir las quien está legitimado para promover la acción de fondo.

⁴ El mismo criterio es el seguido por el código de comercio en relación a la figura análoga (aunque menos invasiva) de la exhibición general de libros.

⁵ Saúl Argeri. Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa. Bs. As. 1982. Pags. 354 y 355.

⁶ En La Tutela Penal del Secreto. Pag. 17.

En el ámbito de los secretos empresariales, Gómez Segade, distinguen tres clases o grupos: 1) secretos técnico industriales (procedimientos de fabricación, reparación, montaje, prácticas manuales etc.). 2) secretos relativos al sector comercial de la empresa (listas de clientes, de proveedores, cálculos de precios, etc.). 3) secretos relativos a otros aspectos de la organización interna de la empresa y relaciones de la misma, cuyo conocimiento sería valioso para los competidores, pero que no constituyen un bien en sí mismo (relaciones con el personal de la empresa, situación financiera de la empresa, negocios futuros proyectados, etc.)⁷.

En lo que tiene que ver con la preservación del secreto bancario, señala Supervielle que el mismo interesa a todo cliente del Banco, pero “sí es un comerciante, es evidente que la discreción constituye un elemento fundamental...”. En efecto, “puede ser perjudicial para él, que la competencia conozca su verdadera composición patrimonial...” y termina diciendo “Todo ello es hoy en día tan evidente que no hay por qué insistir al respecto”⁸.

Debe tenerse presente que el secreto es con frecuencia una condición del éxito en las operaciones comerciales. Por ese motivo, la ley se ha propuesto, en muchas de sus disposiciones, protegerlo y garantizarlo⁹.

De allí que, como señala Escobar, la exhibición general de los libros de los comerciantes “reviste un carácter excepcional”, pues “expone al conocimiento de terceros los pormenores del desenvolvimiento y situación del establecimiento al que corresponden los libros. Por eso la ley ha adoptado un criterio restrictivo al reglamentar este tipo de exhibición”. Se trata de un derecho del socio, que en las sociedades por acciones está limitado....¹⁰

La importancia del perjuicio que puede derivar de la exhibición para la sociedad, para los socios y aún para los terceros que con ella contratan y cuyas operaciones también aparecen registradas en los

⁷ Gómez Segade. El Secreto Industrial-Know How. 1974. Pags. 51 y 52.

⁸ Bernardo Supervielle. El Depósito Bancario. Mont. 1960. Pag. 201

⁹ Juan B. Siburu. Comentario del Código de Comercio Argentino. Tomo III. Bs. As. 1906. Pag. 50 Nuri Rodríguez Olivera. Curso de Derecho Comercial. Libros de Comercio. Mont. 1987, quien agrega que “la divulgación de los negocios puede aparejar graves inconvenientes”.

¹⁰ Jorge H. Escobar. Derecho Comercial. Asunción 1991. Pags 230 y 231.

libros, determina que para lograr esta medida, el solicitante deba acreditar que se encuentra en alguna de las situaciones previstas por la ley, pues de lo contrario “podría obtenerse sorpresivamente el examen general de cualquier contabilidad so pretexto de una medida preparatoria de un juicio”.¹¹

Es que, como decía Segovia, el secreto de los libros participa de la inviolabilidad de los actos privados, garantida por la Constitución y es un principio de legislación mercantil....¹²

Por ese motivo, sólo se concede el derecho de solicitar la exhibición general de libros en ciertos casos taxativamente enumerados por el legislador, en los cuales se entiende que existe un derecho compartido sobre dichos libros. Estos casos son aquellos en los que existe “juicio de sucesión, comunión o sociedad, administración o gestión mercantil por cuenta ajena y en caso de quiebra”(art. 71 del Código de Comercio). Fuera de los mismos, la exhibición general dañaría al comerciante a quien perteneciesen los libros, sin que derecho ni interés alguno legítimo de su adversario, pudiera justificar una medida de esta especie.¹³ Se entiende que únicamente las cuestiones entre los socios pueden llamarse “juicios de sociedad”, en virtud de lo cual, en tales casos, la exhibición solo puede ser solicitada por un socio”¹⁴.

De otra manera se vería afectado no sólo el derecho al secreto comercial, sino también el derecho de propiedad del comerciante sobre sus libros y demás documentación comercial. Al respecto, dice Rodríguez que “Los libros de los comerciantes, en cuanto son su pro-

¹¹ Rodolfo O. Fontanarrosa. Derecho Comercial Argentino. Parte General. Bs. As. 1976. Pag. 375.

¹² Lisandro Segovia. Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio. Tomo Primero. Bs. As. 1892 Pag. 95. Agregaba el autor que “el éxito de una operación depende muchas veces de la oportunidad y reserva con que se realiza”, citando un caso en el cual se comprobó que la inspección judicial de los libros de comercio dio lugar al uso abusivo de la información obtenida por esa vía. Coincidentemente, expresaba Malagarriga que “el secreto de los libros es una forma del secreto de los papeles privados en general consagrada por la Constitución..” Carlos C. Malagarriga. Código de Comercio Comentado. Tomo I. Bs. As. 1917 Pag. 138. Con un enfoque más amplio, puede verse: G. Battle Sales: “El secreto de los libros de contabilidad y el secreto bancario. Dos manifestaciones del derecho a la intimidad privada. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. Julio de 1975. Pags. 5 a 44.

¹³ Manuel Obarrio. Curso de Derecho Comercial. Tomo I. Bs. As. 1899 Pag. 77.

¹⁴ Segovia. Ob. Cit. Pag. 94. Rodríguez Olivera sostiene, citando a Bolaffio, que “El derecho de pedir exhibición corresponde exclusivamente a los socios. No podría ejercerlo el socio del socio ni tampoco el acreedor del socio. Cuando una persona ha perdido su calidad de socio, se extingue su derecho de pedir exhibición de libros de la sociedad”. Ob. Cit. Pag. 31.

piedad privada, están protegidos por las normas constitucionales sobre inviolabilidad de correspondencia y de la propiedad privada¹⁵. El principio que domina esta materia es pues el del secreto de la contabilidad mercantil¹⁶.

Pero mantener en secreto su contabilidad no es sólo un derecho del comerciante sino también un deber. Salvo en los casos establecidos por la ley, el empresario debe mantener en secreto los asientos contables que reflejen operaciones con terceras personas¹⁷.

Quiere decir que la exhibición forzada de los libros y documentos del comerciante no sólo puede causar grave daño al mismo, sino también a sus proveedores y clientes.

En el derecho uruguayo, el secreto se encuentra protegido por medio de diversas normas principios e institutos de derecho constitucional, administrativo, tributario, penal¹⁸, laboral, civil y comercial

Como se señalamos antes, uno de los mecanismos de protección del secreto comercial es el adoptado en el régimen de exhibición de los libros de comercio, el cual se encuentra regulado en el Código de Comercio y en la ley N° 16.060, así como también en el Código General del Proceso.

En relación a las sociedades anónimas, el régimen de exhibición general es mucho más estricto que respecto de los demás tipos sociales. En efecto, dice el art. 339° de la ley de sociedades N° 16.060 que la exhibición total de los libros de la sociedad, tanto de los exigidos por el Código de Comercio como de los previstos por esta ley: a) "podrá" ser ordenada por el Juez; b) cuando lo soliciten accionistas que representen por lo menos el 10% del capital integrado c) y se indiquen actos violatorios de la ley o del contrato social o existan fundadas sospechas de graves irregularidades cometidas por cualquiera de los órganos de la sociedad; d) acreditándose el agotamiento de los recursos previstos en el contrato social y en la ley.

No reuniéndose estas circunstancias, los accionistas solamente tendrán derecho a obtener la información limitada que menciona el art.

¹⁵ Joaquín Rodríguez. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I México 1957 Pag. 238.

¹⁶ Joaquín Garrigues. Curso de Derecho Mercantil. Tomo III Bogotá 1987 Pags 7 y 8.

¹⁷ Angel Rojo en Curso de Derecho Mercantil. Obra Colectiva. Tomo I. Madrid 1999 Pag. 146.

¹⁸ En el derecho penal, el derecho uruguayo tutela el secreto desde diferentes ángulos. Nahum Bergstein. El delito de Violación del Secreto Bancario. Mont. 1987 Pag. 9

321 de la ley citada. Quiere decir que el accionista de una sociedad anónima tiene un acceso especialmente restringido a la documentación de la sociedad y en particular a todo lo vinculado con su operativa comercial.

3.- EL SECRETO Y LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

La doctrina se ha ocupado con cierta amplitud del tema del secreto comercial al analizar la exhibición general de los libros de comercio¹⁹, pero no ha analizado en profundidad la repercusión sobre ese secreto de la intervención judicial de las sociedades comerciales.

Debe tenerse presente que la designación de un interventor judicial, aunque se trate de un simple veedor, puede constituir una medida mucho más radical y agresiva en relación al secreto comercial que la referida exhibición. En efecto, a dichos interventores se les atribuye muchas veces no solo la facultad de examinar los libros y comprobantes de la sociedad, sino también la de investigar sus operaciones bancarias (protegidas por el art. 25° del decreto-ley N° 15322, que consagra el secreto bancario), interrogar al personal superior y subalterno, efectuar inspecciones en los locales de la empresa, así como, eventualmente, consultar a los acreedores y deudores de la sociedad a los efectos, entre otros, de conciliar saldos. Más allá de los casos concretos, es claro que a través de la gestión de los interventores auditores o veedores se logra muchas veces la misma finalidad que a través de la exhibición general de libros y el levantamiento del secreto bancario

Debe tenerse presente que el bien jurídico tutelado por las normas que limitan la exhibición general de libros de comercio es el mismo que el legislador pretende amparar imponiendo severas restric-

¹⁹ Como dice Siburu, la exhibición general de libros tiene un vasto alcance, tanto como para dejar sin efecto el secreto de los negocios que, por lo general, ampara al comerciante. Juan B. Siburu. Comentario del Código de Comercio Argentino. Tomo Segundo. Bs. As. 1933 Pág. 263 Uría, más gráficamente, señala que "la comunicación y la exhibición de los libros y documentos rasgan, en mayor o menor medida, el secreto de la contabilidad..." Rodrigo Uría. Derecho Mercantil. Madrid 1995 Pág. 66.

ciones a la intervención judicial de dichas sociedades²⁰.

Una rápida consulta bibliográfica nos ha confirmado que, tal como señalamos más arriba, el impacto de la intervención judicial sobre el secreto de los negocios no ha sido suficientemente estudiado por la doctrina. Sin embargo, el mismo ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia nacional. Así por ejemplo en la Sentencia N° 326/87 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3°. Turno se establece que: "Al designarse un Interventor Judicial el Oficio debe tener en cuenta al disponerlas la necesidad de respetar el lógico equilibrio entre los dos derechos en juego, por un lado, el derecho de información del accionista tanto para conocer la marcha de la sociedad como para ejercer el derecho de control de la gestión social y por otro lado, el interés de la sociedad de no ver comprometidos indebidamente, sus intereses sociales y el secreto de su negocio"²¹.

4.- CONCLUSIONES

Existen dos órdenes de normas que fueron incorporados al derecho comercial en momentos y con finalidades diferentes (aunque parcialmente superpuestas), el referido a la exhibición de libros y el vinculado a la intervención judicial, cuya vigencia simultánea puede comprometer la unidad, en lo que tiene que ver con la protección del secreto comercial, del ordenamiento jurídico societario.

En consecuencia, se debe promover la armonización de ambos ordenes de normas, de manera que en cada tipo societario, el derecho de los socios de obtener la intervención judicial de la sociedad se ejerza sin vulnerar los límites establecidos por las normas sobre secreto de los negocios. En efecto, no resulta lógico que quien no hubiera estado en condiciones de obtener una exhibición general de libros de comercio por no cumplir con los requisitos establecidos por las normas que la regulan, pueda lograr el mismo resultado y aún uno mucho más

²⁰ Sin perjuicio de que, como se dijo antes, en el caso de la designación de un interventor (aún veedor), además de que dicho bien puede verse agredido en una medida mayor, existe otro bien tutelado por las restricciones legal establecidas, que es el de la preservación del orden interno de la sociedad.

²¹ Publicada en ADC Tomo 3 Pag. 180

amplio a través del instituto de la intervención judicial, con lo que ésta se convertiría en un medio para burlar o desconocer aquellas normas²².

Por ello, se debería modificar la legislación societaria para hacer compatible tanto en cuanto a su procedencia como a su alcance, el derecho de los socios o accionistas a solicitar la intervención judicial de la sociedad, con el derecho de los mismos a pedir la exhibición de los libros de comercio y, de manera más general, con su facultad de acceder a información de la empresa social protegida por las normas relativas al secreto de los negocios.

²² Dicho sea esto sin desconocer que la intervención judicial está sometida a requisitos especiales como el de constituir contracautela, que no rigen para la exhibición general de libros, y cuyo cumplimiento permitiría a la sociedad resarcirse de los daños y perjuicios ocasionados por una intervención abusiva.