

**CARÁCTER IMPERATIVO DE
LAS NORMAS QUE REGULAN
LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE
SOCIEDADES CON ESPECIAL
REFERENCIA A SU IRRENUNCIABILIDAD
EN ABSTRACTO**

ARIEL A. GERMÁN MACAGNO

1) EL SUPUESTO DE HECHO

Al tiempo de constituir una sociedad, puntualmente en oportunidad de redactar el contrato constitutivo que regirá su vida funcional, los socios se ponen de acuerdo y estipulan una cláusula por la cual renuncian anticipadamente a la utilización de la medida cautelar intervencionista cuando los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave (arts. 113 y ss. LSC).

2) PONENCIA

Las disposiciones que regulan la intervención judicial de sociedades comerciales no son disponibles en abstracto por los socios a través de una cláusula inserta en el contrato, ni por alguna modificación posterior que imposibilite o dificulte su utilización. Cualquier disposición en ese sentido, será inválida y deberá tenerse por no escrita.

3) FUNDAMENTOS

El desempeño normal de la sociedad presupone el normal funcionamiento de todos sus estamentos, ya sea el de gobierno, administración y fiscalización. En el desarrollo de la actividad dirigida a alcanzar el objeto para el cual fue constituida, es posible que surjan diferendos o alteraciones que –por acción u omisión– coloquen al ente en situación de peligro. Frente a ello, en determinadas hipótesis y para ciertos legitimados, se legisla la posibilidad de solicitar al juez que irrumpa en la faz interna de la sociedad y por medio de un tercero –auxiliar de la justicia– participe en sus asuntos¹.

La normativa societaria regula la intervención judicial de las sociedades comerciales cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la coloquen en una situación de extrema gravedad, legitimando al socio para solicitarla (arts. 113/117).

Esta medida es de naturaleza cautelar y subsidiaria de la acción de remoción de los integrantes del órgano de administración u otra de mayores consecuencias (disolución y liquidación) pero que –en definitiva– importe el desplazamiento de aquellos. Como puede apreciarse, esta figura forma parte del sistema instaurado para tutelar primordialmente el interés de la sociedad; por lo tanto, los dispositivos que

¹ A través de la intervención judicial de las sociedades comerciales se suspende y altera el equilibrio contractual originario por vía de intromisión del poder jurisdiccional que invade su dirección y manejo, cuando se produzcan determinadas circunstancias excepcionales. No es esta medida una herramienta que pueda suplir cualquier diferencia o irregularidad intrasocietaria, ya que existen órganos naturales para solucionarlas. Mascheroni Fernando H. – Muguiño Roberto A. – Régimen jurídico del socio- Edit. Astrea, Bs. As., año 1996; pág. 268.

se dicten en su consecuencia devienen “*prima facie*” inderogables. En efecto, no puede acordarse contractualmente condiciones de procedencia abrogatoria de los términos de la ley, ni si quiera dirigidas a dificultar su utilización. Puede facilitarse su funcionamiento, pero -de ninguna manera- impedirlo; menos aún definitivamente.

Desde esta perspectiva, las reglas que regulan la cautelar no es materia disponible por los miembros de la sociedad². Entonces, una sana hermenéutica basada en la lógica interna del sistema normativo, nos conduce a concluir que tales disposiciones que regulan la intervención judicial de sociedades comerciales –como se adelantó- no son disponibles en abstracto, de manera genérica y anticipada por los socios, a través de una cláusula inserta en el contrato ni por alguna modificación posterior que imposibilite o dificulte su utilización³. Cualquier disposición en ese sentido deberá tenerse por no escrita.

Las razones que justifican nuestra posición pueden compendiarse como siguen:

i) Porque las normas que facultan al socio a solicitar la intervención judicial de la sociedad cuando “*el o los administradores realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave...*” en atención a los intereses tutelados, integran el elenco de disposiciones imperativas que existen en el derecho privado⁴.

² Si se admitiese la posibilidad de instrumentar cambios al sistema legal, la validez de cualquier cláusula que modifique los requisitos de procedencia de la cautelar, deberá apreciarse con suma cautela, atendiendo a las particularidades del caso concreto. Recién ahí, podrá vislumbrarse si aquéllas sólo dificultan su ejercicio, y podrán ser válidas según el caso; o directamente lo conculquen. En este último supuesto, la cláusula que lo disponga será nula.

³ Los mismos ocurre –por ejemplo- con el derecho que tienen ciertos accionistas de impugnar las decisiones adoptadas por la asamblea (arts. 251 y ss.). Es inadmisibles renunciar anticipadamente, en abstracto a esta posibilidad, porque las normas que reglamentan el ejercicio de la acción de impugnación son imperativas cuando aluden a personas indeterminadas; pero una vez producida la asamblea y tomada la decisión, ese derecho futuro, eventual o en expectativa, se concretiza en la persona de un titular determinado, cediendo la imperatividad. Una vez que ese derecho pasa a formar parte de la esfera privada del socio, recién ahí es libremente disponible por éste; puede o no hacerlo efectivo, pues no se encuentra obligado. Algo parecido sucede con el derecho de acrecer o suscripción preferente. Al respecto ver Halperin Isaac – Otaegui Julio C. –Sociedades Anónimas (2º edic.)- Edit. Depalma, Bs. As., año 1998; pág. 287.

⁴ El administrador de una sociedad en ejercicio de sus funciones puede desviarse y lesionar los intereses de la sociedad, y como derivación de los socios y terceros, conculcando –en definitiva- el interés general de la colectividad por las múltiples connotaciones que compromete. La situación interesa primordialmente a la sociedad, a la cual esencialmente el legislador trata de precautelar, a los socios que corren el peligro de perder sus aportaciones o asumir una responsabilidad mayor según el tipo social, pero también entran en juego los acreedores sociales

Los derechos que la ley 19.550 prescribe a favor de los socios o accionistas tienen carácter esencial e inderogables; las normas que los regulan son imperativas, lo que implica que el contrato social o estatuto sólo podría reglamentar su ejercicio, pero en modo alguno derogarlos, ni disminuir su eficacia. De allí que por ser imperativas las normas que regulan esta cautelar específica de la normativa societaria, el derecho conferido por ellas es irrenunciable en abstracto, de manera anticipada o preventivamente. Únicamente, cuando el supuesto de hecho consagrado en la norma acaece y, por inferencia lógica cede la imperatividad que la caracterizaba, ese derecho futuro, en expectativa o eventual se perfecciona y pasa a integrar el patrimonio del sujeto protegido. Recién ahí, frente a la concretización del derecho contenido en la norma en cabeza de su titular, éste resulta libremente disponible.

Antes de continuar, cabe preguntarse qué se entiende por orden público.

El orden público constituye el instrumento del que se vale el ordenamiento jurídico para garantizar, mediante una limitación a la autonomía de la voluntad (orden público institución) la vigencia irrestricta de los intereses generales de la sociedad, de modo tal que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares (orden público objeto)⁵.

La noción de orden público opera de modo instrumental. Es como un “arsenal”⁶ que provee los mecanismos de defensa de ciertos bienes jurídicos donde está en juego la preservación de los intereses generales de la comunidad⁷. Precisamente, para alcanzar tal objetivo

ante la eventualidad de quedar menguados el patrimonio social, así como la economía pública por las repercusiones que dicho estado de crisis es capaz de producir. Cámara Héctor –Estudios de Derecho Societario- Edit. Depalma, Bs. As., año 1985; pág. 587.

⁵ Sobre este tema puede consultarse el interesante trabajo “Orden Público” elaborado por De la Fuente Horacio H., Edit. Astrea, año 2003; en especial, los apartados pertinentes a la distinción entre normas de orden público y normas imperativas, como también el referido a los efectos que acompañan al orden público.

⁶ Zannoni Eduardo A. –prólogo de la obra “Orden Público” de Horacio H. De la Fuente, cit. en la nota precedente.

⁷ La imperatividad que corresponde a las leyes de orden público no siempre tienen por objeto la simple limitación de la autonomía de la voluntad privada en interés de la sociedad. La libre contratación, o sea la propia autonomía de la voluntad, también es de orden público. De ahí que ciertas clases de leyes, referentes principalmente al ámbito económico, tiendan a la protección de la parte considerada más débil en una relación contractual, para equipararla con aquella que se estima que tiene mayor potencia económica. Lavalle Cobo Jorge E.; en “Código Civil y Leyes complementarias” de Belluscio Augusto C. (director) Zannoni Eduardo A.

de protección y preservación, el orden público produce efectos trascendentales y predeterminados por el sistema:

- i) atribución de imperatividad a las normas;
- ii) declaración de irrenunciabilidad de los derechos;

iii) fulmina con la ineficacia los actos que pudieren concluir quienes pretenden avanzar más allá del territorio reservado a la autonomía privada.

Sobre la base de lo expuesto, luce patente que entre los conceptos de orden público e imperatividad —rectius: leyes imperativas— existe —al menos en apariencia— una estrecha relación; y porque no, una relación de género y especie. Sin embargo, el problema pasa por determinar el alcance que —frente al caso concreto— tienen los conceptos aludidos. La línea divisoria que marca la brecha entre uno y otro es extremadamente delgada; esta circunstancia dificulta la tarea del intérprete, quien al tiempo de subsumir el caso en el presupuesto normativo, se ve obligado a predeterminar el carácter de orden público o imperativo de la norma, antes de tomar una decisión (v.gr. la renuncia al derecho consagrado en un dispositivo legal) sobre el asunto.

Dentro de los autores que han analizado en profundidad el tema, surgen opiniones dispares que dificultan aún más la interpretación. Por ejemplo, para Borda⁸, ambos conceptos son equivalentes. Toda ley imperativa es de orden público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento. En esto último —el autor citado— justifica su argumento de que las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas. Tesis que —a su vez— ha sido abonada en nuestro derecho por la regla consagrada en el art. 21 Cód. Civil.

Por su parte, Llambías, opinaba de manera diferente. Para este autor, no hay identidad conceptual entre ley imperativa y ley de orden público; ambas calificaciones trasuntan una formalidad lógico diferente. La imperatividad sólo se predica de las leyes cuya observancia

⁸ (coordinador) tomo I (4º reimpresión) Edit. Astrea, Bs. As., año 1993; págs. 105 a 107.
Borda Guillermo A. —Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I— Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1991; págs. 77 y ss..

no pueden dejar de lado las convenciones de los particulares; en tanto que, el carácter de orden público alude a los motivos o fundamentos por los cuales se comunica esa imperatividad a la ley. Por ello, cuando se habla de "orden público" se mira a la causa que produce la imperatividad irrefragable de ciertas leyes, mientras que cuando se contempla esa imperatividad sólo se verifica el efecto que aquella causa ha provocado. De allí que cuando ambas calificaciones correspondan -de hecho- a las mismas sanciones legales, no es posible por esa circunstancia admitir una identificación de dos conceptos formalmente diferentes, de los cuales uno es efecto del otro⁹.

Más allá de las razones o las sinrazones de las tesis expuestas, las que sólo fueron traídas a colación para demostrar los vericuetos que presenta el tema, para justificar nuestra posición circunscribiremos nuestra tarea a los efectos de la imperatividad de las normas (art. 21 Cód. Civil) y el de la irrenunciabilidad de los derechos (arts. 872 y ss., *ibid.*) para lo cual partimos de la premisa que no todo lo que es imperativo, es irrenunciable.

Muchos derechos son conferidos a favor de alguien imperativamente; pero una vez adquiridos, pueden ser renunciados. De lo que se sigue, que los conceptos de imperatividad y de irrenunciabilidad no están vinculados por una relación necesaria, sino que son independientes y presentan autonomía funcional. Un derecho asignado por una norma imperativa, una vez adquirido por su destinatario puede ser renunciable como irrenunciable, según el caso.

En nuestro sistema jurídico, salvo que exista una norma expresa que así lo establezca (v gr. art. 12 LCT) los derechos sólo serán irrenunciables cuando se encuentre comprometido el orden público, independientemente de que se trate o no de una norma imperativa o de cualquier otra fuente (autonomía de la voluntad, usos y costumbres, etc.).

El principio que regula esta materia parte de que todos los derechos son renunciables (art. 872 Cód. Civil) más aún cuando se trate de

⁹ Llambías Jorge Joaquín -Tratado de Derecho Civil. Parte General. -Tomo I- Edit. Abeledo Perrot. Bs. As., año 1982; págs. 162 y 163. Lavalle Cobo Jorge E., *interpretación al art. 21 Cód. Civil en la obra de Belluscio Augusto C. (director) Zannoni Eduardo A. (coordinador) en "Código civil y leyes complementarias". Tomo 1 (4º reimpresión) Edit. Astrea, Bs. As., año 1993; págs. 105 a 107.*

un derecho patrimonial, en cuyo caso su titular puede disponer de ellos en la forma más amplia, según convenga a sus intereses, aunque provengan de una norma imperativa¹⁰. Sin embargo, la misma norma se encarga de acotar la regla general, estableciendo que no son susceptibles de ser objeto de renuncia los que tienen en mira el orden público¹¹.

Por medio de la imperatividad, se asigna a una persona determinado derecho de un modo obligatorio; cualquier acto abrogatorio que ella celebre en abstracto para evitar esa atribución, será inválido y por lo tanto no impedirá que ese derecho consagrado en la norma imperativa nazca y se incorpore definitiva y plenamente a su patrimonio¹². Sin embargo, cuando esto último ocurre cesan los efectos de la imperatividad; la norma habrá cumplido con la finalidad tuitiva que persigue: la adquisición y goce del derecho asignado.

Dicho en otros términos, cuando la norma imperativa asigna un determinado derecho, éste constituirá un simple derecho futuro, en expectativa o eventual hasta que se produzca el supuesto fáctico previsto por la norma: el acto o hecho cuyo acaecimiento determinará que ese derecho en expectativa se convierta en pleno y perfecto, incorporándose al patrimonio de su destinatario como un derecho adquirido¹³. Recién frente al nacimiento del derecho consagrado en la norma impe-

¹⁰ La renuncia a los derechos constituye el acto por el cual una persona, en forma libre y espontánea, abdica de un derecho disponible, cualquiera que sea su naturaleza. Importa el abandono de un derecho reconocido a su titular en su exclusivo interés particular. Es un acto o negocio jurídico en los términos del art. 944 Cód. Civil; o sea es un acto voluntario lícito que tiene por finalidad inmediata la extinción de un derecho. Pizarro Ramón D. - Vallespinos Carlos G. - Instituciones de derecho privado. Obligaciones (tomo 3)- Edit. Hammurabi, Bs. As., año 1999; págs. 563 y ss.

¹¹ La renuncia es un acto jurídico, por lo que su objeto debe regirse por lo dispuesto por los arts. 944 y 953 Cód. Civil. Según el art. 872, quien tiene capacidad puede renunciar "a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptible de ser el objeto de una renuncia" Esta norma guarda armonía y debe ser interpretada en forma conjunta con el art. 19 ibid. en cuanto prescribe que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, "... con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia"

¹² Cuando la norma es imperativa todo negocio derogatorio destinado a excluir o limitar anticipadamente la adquisición del derecho que aquella asigna, siempre será inválido y pasible de una nulidad absoluta, por encontrarse comprometido el orden público (art. 21 Cód. Civil). En este caso, por tratarse de actos abrogatorios prohibidos, los derechos asignados serán siempre irrenunciables.

¹³ De la Fuente Horacio H. ob. cit. pág. 80 y ss.

rativa, al cesar –precisamente- su imperatividad, se plantea la posibilidad que su titular pueda renunciarlo.

Sostuvimos, que el principio general en derecho privado es el de la renunciabilidad de los derechos, regla que cede cuando se encuentre interesado el orden público (art. 872 Cód. Civil) o la irrenunciabilidad esté expresamente prevista por una manda legal. No obstante ello, la renuncia de los derechos adquiridos –mejor dicho: los efectivamente incorporados en el patrimonio de su titular al producirse el supuesto de hecho consagrado en la norma imperativa- es perfectamente viable, mientras no opere ninguna de las circunstancias expuestas precedentemente.¹⁴

Trasladado lo expuesto al supuesto que nos convoca, apreciamos que el principio general que rige la materia descansa en la premisa que ninguno de los socios podrá disponer en abstracto y anticipadamente del derecho a solicitar la intervención judicial de la sociedad regulado por los arts. 113 y ss. LSC.. Pero cuando se produzca el presupuesto normativo: “*cuando él o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave*”, aquél derecho futuro, en expectativa o eventual se convertirá en pleno y perfecto. Se incorpora al patrimonio del socio como un derecho adquirido. Lo que antes involucraba al interés general, frente al acaecimiento del supuesto previsto en la norma, ahora pasa a formar parte de la esfera privada del titular del derecho. Si esto es así, dicho derecho será perfectamente disponible por éste; ergo, renunciable, ya que no compromete el orden público y no existe disposición alguna que lo prohíba.

Mientras se trate de una regulación tuitiva dirigida a sujetos indeterminados, la norma es imperativa y no puede ser derogada por los particulares¹⁵. Pero frente al caso concreto, dónde la utilización de la

¹⁴ Todas las normas jurídicas, aún las imperativas deben ser interpretadas razonadamente en función de las circunstancias del caso concreto, de los principios generales del ordenamiento jurídico y de las normas de jerarquía constitucional que le atañen. (cfr. CCCom. de Flía. y del Trab. de Marcos Juárez 15/11/1996; in re “Ribero Bautista C. c/ Picatto Rodolfo”, LLC 1998; pág. 120.

¹⁵ Manóvil Rafael Mariano- El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 LSC., en un fallo que marca un hito- ED, ejemplar del 20/8/1996; pág. 3 y ss.; Del mismo autor, –Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción-

cautelar pueda hacerse efectiva por alguno de los socios, tal manera pensar cede. El elenco de normas imperativas que regulan la intervención judicial pierden –precisamente– su imperatividad; luego, es ese derecho concreto y puntual el que puede ser disponible por su titular. El socio está facultado para ejercer la acción de remoción y solicitar la medida cautelar intervencionista, pero puede no hacerlo, porque no se encuentra obligado a ello.

ii) Porque si la acción de remoción de los administradores, como derecho del socio que deviene de su calidad de tal, no es disponible anticipadamente y en abstracto “*a fortiori*”, la cautelar subsidiaria por medio de la cual puede intervenir judicialmente la sociedad, tampoco.

iii) Porque toda cláusula contractual o estatutaria que establezca algún tipo de modificación, limitación o extinción del derecho de los socios a solicitar la intervención judicial de la sociedad, al ser abusiva desnaturaliza el sistema protectorio establecido a su favor, contrariando lo dispuesto por el inc. 6° art. 11. LSC.

Esta última norma establece que el instrumento de constitución deberá contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad “*la organización de la administración, de su fiscalización, y de las reuniones de socios...*”; entonces, vedar la posibilidad anticipadamente de solicitar la intervención judicial de la sociedad, conllevaría a admitir la desnaturalización del derecho del socio en este último aspecto (fiscalizar la actuación del órgano de administración). Máxime, cuando la renuncia o modificación que agrave o dificulte el ejercicio de la cautelar en abstracto, contraría los fines que el ordenamiento societario tuvo en mira al reconocer el derecho del socio de fiscalizar el desempeño funcional de los administradores sociales.