

28. Intervención judicial de sociedades.

28.1. Concepto. Caracteres. Objeto.

Según es sabido, no existe en el plexo de normas de la ley especial, ninguna que permita vetar las decisiones de los administradores; vale decir que –en relación a este órgano– los efectos previstos en la ley sólo rigen ‘*ex post facto*’, mediante un minucioso sistema de responsabilización (arts. 59, 274, 275, 276, 277, 278 y 279 de la L.S.).

Ello no ha impedido que autorizada doctrina sostenga la procedencia de la impugnación de los actos del Directorio, vale decir la posibilidad de impedir u obstaculizar determinadas decisiones¹.

Sin perjuicio de la postura que se adopte sobre el particular, lo cierto es existen decisiones directoriales insusceptibles de veto por no haber sido adoptadas en sesiones del órgano y que, además, el principio general impuesto por el sistema vigente es de reparación, vale decir, una actividad posterior en el tiempo a los actos dañinos y de corte resarcitorio².

En tal contexto, el legislador ha previsto una alternativa preventiva para evitar que el sistema comentado redunde en perjuicio del patrimonio social o de los derechos de los socios, como resultado de la actividad de administradores inescrupulosos o negligentes que, prevaliéndose de la inexistencia de contenciones normativas, provoquen daños de difícil o imposible reparación.

Puede conceptuarse a la intervención judicial como un instituto de carácter procesal, accesorio de la acción de remoción, destinado exclusivamente a evitar la frustración de los efectos de una condena en la acción principal³.

Existe consenso en la doctrina acerca del carácter preventivo del instituto, añadiendo Verón que se trata de una medida cautelar adoptada en mérito a la potestad judicial dirigida a proteger los derechos del socio y de la sociedad mediante una intromisión o control de un órgano jurisdiccional dentro del órgano administrativo, por una persona auxiliar del juez, restringiendo así el derecho a la libre gestión patrimonial⁴. Coincidimos con el carácter cautelar de la medida, siempre en referencia a las disposiciones especiales previstas en los arts. 113 a 117 de la L.S., único objeto de este trabajo; con lo cual quedan fuera de las estas consideraciones las medidas tendientes a la fiscalización de las sociedades (art. 303 L.S.).

¹ Muguillo, Roberto, ‘La impugnación de las decisiones del Directorio’; Revista La Información, t. LVIII, p. 773; Otaegui, Julio, “Administración societaria”, p. 298 y ss.; Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo IV, pág. 252.

² Verón, Alberto, Nulidades Societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abusos de mayorías y minorías. LL, t. 1987-B, p. 334.

³ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 634, Editorial La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006

⁴ Verón, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 388, Editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993.

Sostenemos, además, el carácter contencioso de la medida ya que, si bien es indiscutible su carácter unilateral en razón de su ausente bilateralización, no puede negarse que se trata de partes contrapuestas y, como bien lo señala Cabanellas de las Cuevas, se trata de una decisión que forma parte de un proceso contencioso, como es el conducente a la remoción de los administradores⁵.

De tal forma, puede desde ya advertirse la importancia de esta medida cautelar cuya finalidad es, precisamente, neutralizar una actividad directorial contraria a las normas que rigen su actuación, con el objeto de evitar un perjuicio al patrimonio social o que, producido éste, se agrave o profundice.

La intervención judicial como medida precautoria nació de la mano del pretorio, pues el Código de Comercio carecía de normas específicas, las que sólo existían en el Código Civil al tratar las sociedades civiles (art. 1.684). En principio, la jurisprudencia las rechazó para las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas, que eran las únicas que admitían la remoción ‘*ad nutum*’, admitiéndose en las restantes. Recién con el dictado de la ley 19.550 el instituto obtuvo regulación positiva, en la que se plasmó la abundante creación jurisprudencial producida hasta ese entonces, como expresamente se reconoció en la exposición de motivos⁶. No obstante, la elaboración pretoriana no se detuvo allí sino que prosiguió sin pausa hasta el presente, enriqueciendo de modo notable al sistema cautelar creado por la ley de sociedades, otorgándole el valioso perfil que exhibe actualmente y del que hablaremos en los renglones que siguen. A la fecha de elaboración de estas líneas, todavía la jurisprudencia no es fuente formal del derecho; pero aún como fuente material ha dibujado un esquema interpretativo de tal fuerza de convicción que, en algunos casos –como veremos a continuación–, se aparta de las reglas de la ley⁷.

No puede desdeñarse que todo lo expuesto se vincula, también, con la importancia del órgano de administración en cuanto no solamente tiene a su cargo la gestión de los negocios sociales sino también la representación de la sociedad comprometiéndola frente a terceros con su sola actuación.

Vale decir que, frente a la existencia de causas graves que comprometen el patrimonio societario la ley admite que, de modo excepcional, se produzca la injerencia judicial dentro del ámbito de actuación del órgano de administración, con las facultades expresamente previstas, que van desde una simple veeduría hasta el desplazamiento de los administradores naturales.

Esta intromisión del órgano jurisdiccional afecta directa y exclusivamente al órgano de administración, produciendo que la actividad normal del ente, tendiente al cumplimiento de su objeto, resulte alterada por este control y por

⁵ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 312, Editorial Helias-ta, Buenos Aires, 2003.

⁶ En la exposición de motivos de la ley 19.550 se puede leer: “*En la formulación de las distintas disposiciones legales se ha recogido la vasta experiencia judicial y los importantes antecedentes doctrinarios sobre el tema...*”

⁷ A la fecha de elaboración de este trabajo no ha sido sancionada la ley que unifica el Código Civil y el Código de Comercio, y que consagra a la jurisprudencia como fuente formal del derecho (art. 1°).

ello, y en atención a los perjuicios que pudieren derivarse de su ejecución, la medida es temporaria, provisional y previa contracautela.

Como consecuencia de su provisoriedad es esencialmente revocable y modificable en cualquier estado de la causa.

28.1.1. Normas de aplicación.

La intervención judicial de las sociedades comerciales se rige por las normas de la ley 19.550 (arts. 113 a 117), y los arts. 222 a 227 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y arts. 222 a 227 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires.

Los sistemas de fondo y de forma no tienen absoluta coincidencia, y sus diferencias han llevado a divergir acerca de cual de ambos regímenes tiene preeminencia a la hora de aplicar tales normas.

La Exposición de Motivos de la Ley 19.550 anticipa la solución al explicar que las normas locales deben aplicarse subsidiariamente⁸.

Como explica Roitman, existe subsidiariedad del sistema procesal local ya que si bien la competencia del legislador nacional, de conformidad al art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, es para dictar leyes de fondo, el inc. 32 del mismo artículo le confiere las facultades implícitas para dictar las normas adjetivas, necesarias para evitar que las leyes procesales locales, desvirtúen o alteren las instituciones del derecho de fondo⁹.

En este sentido lo viene resolviendo también la doctrina judicial:

“Las normas sobre intervención y administración judiciales de los arts. 222 a 227 del CPCC son subsidiarias de las normas de fondo, en el caso ley de Sociedades 19.550, texto ordenado decreto 841/84 y aplicables sólo en la medida de la inexistencia de regulación en la ley sustancial...” (Cám. Apel. Civ. y Com., Sala 2, La Matanza, RSI-27-3 I, 20-3-2003, ‘Leoz, Eduardo Mario c/ Industrias Plásticas para la construcción SA s/ Disolución y liquidación sociedad’ Inc. art. 250 CPCC). En idéntico sentido se han dictado reiterados precedentes¹⁰.

A pesar de ello, en algún caso se ha interpretado que la modalidad de intervención prevista en el art. 224 del Código Procesal de la Nación re-

⁸ “Las disposiciones de los arts. 224 y siguientes del Código de Procedimientos, Ley 17.454, y las de los códigos procesales locales se aplicarán subsidiariamente y sólo en cuanto a las normas procesales allí contenidas”. Exposición de Motivos L. 19.550.

⁹ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 640.

¹⁰ Ver también: Cám. Apel. Bahía Blanca, Sala I, “Fernández, Eduardo M. c/ Basterra, Héctor y otro s/ Disolución y liq. de sociedad de hecho”, 6/2/96, exp. 95.401, Libro de Interl. 83, núm. de orden 5; Cám. Apel. San Nicolás, “López, José Alberto c/ López, Ismael s/ Examen de los libros por el socio. Incidente de Apelación”, 20/03/2007, RSI-102-7 I, Base JUBA B857794.

sulta alternativa y no subsidiaria la regulación societaria de fondo¹¹. No podemos compartir este criterio, que exorbita los límites de aplicación de las normas procesales invadiendo inapropiadamente el sistema previsto en la ley de fondo deformando sus alcances y recaudos. La postura violenta el mandato del art. 222 del Código Procesal de la Nación en tanto dispone que “*Además de las medidas cautelares de intervención o administración judiciales autorizadas por las leyes sustanciales, que quedan sujetas al régimen establecido en ellas, podrán disponerse las que se regulan en los artículos siguientes*”. De tal forma, el régimen procesal nacional, sólo puede interpretarse otorgando supremacía a las reglas especiales por sobre las locales, lo que equivale a decir que las normas procesales carecen de vigencia en tanto se opongan a las de la ley 19.550, como lo han señalado Cámara¹² y Arazi¹³.

28.2. Requisitos de procedencia:

Por tratarse de una medida cautelar, se dicta ‘*inaudita pars*’ y resulta menester el cumplimiento de los requisitos de procedencia comunes a todas las cautelares: verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Además de ello, la ley 19.550 prevé recaudos especiales (art. 114):

Calidad de socio.

Los únicos sujetos legitimados en la ley son los socios, a quienes se les exige la acreditación de tal condición (art. 114).

La doctrina judicial ha admitido la prueba amplia de tal extremo, toda vez que no siempre resulta posible al socio en conflicto el acceso a la documentación demostrativa de su titularidad o a los registros sociales:

“*A los fines de peticionar la intervención judicial acredita la calidad de accionista la carta documento en la que el presidente de la sociedad intima a la actora a integrar el capital accionario suscripto...*” (CNCom. Sala D, 2/6/2000; Fernández María A. c/ Bohr S.A. J.A., 2003-II- Síntesis).

En esta línea de pensamiento se ha conferido legitimación al adquirente de las acciones con certificación notarial de las firmas¹⁴.

¹¹ Cám. Nac. Com. Sala D, 13/10/2011, “Volman, Alberto Mario Alejandro c/ Capitolio S.A. s/ Medida Precutoria”, eDial.com AA724F.

¹² Cámara, Héctor. Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 601.

¹³ Arazi, Roland; Medidas Cautelares, pág. 66, Ed. Astrea, Buenos Aires, febrero de 1999.

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 29/06/2004, ‘Fernández, Juan C. y otro v. Productora de Cilindros Livianos Tex Com S.A. J.A., 2004, -IV-884, Abeledo Perrot n° 1/1002972; Cám. Nac. Comercial, Sala D, 19/6/2009, “García, Alejandro c/ González, Olga Marcela y otra s/ Medida precautoria”; Cám. Nac. Com., Sala B, 12/9/2005, “Derudder Hnos. S.R.L., c/ Ríos del Sud S.A. s/ Medida precautoria”, Revista Electrónica de Derecho Comercial n° 23, Diciembre de 2005; Cám. Nac. Com, Sala B, 29/6/2012, “Marago, José c/ Gas Areco SAIC y otros s/ Ordinario s/ Incidente de Apelación.

También se encuentran habilitados los herederos sin que resulte necesaria la inscripción de la declaratoria de herederos en los registros de la sociedad¹⁵.

En el especial supuesto de las sociedades irregulares o de hecho, la acreditación de la condición de integrante suele tornarse especialmente difícil, por lo cual resulta procedente cualquier medio probatorio, conforme lo autoriza el art. 25 L.S.¹⁶.

Un viejo precedente de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata¹⁷ y Cámara y Arazi, junto con Verón, han entendido que el derecho de solicitar la intervención de la sociedad resulta renunciable y que, en consecuencia, el socio que hubiere abdicado de tal facultad también se encontraría dentro de la nómina de los inhabilitados¹⁸.

En posición intermedia Cabanellas de las Cuevas reputa inadmisibles la renuncia general pero válida para el caso de la intervención originada en un conflicto determinado, así como es válido el desistimiento de la intervención ya intentada tal como lo sostiene Halperin y cuya opinión cita¹⁹.

No concordamos con la opinión; la facultad de solicitar el desplazamiento cautelar de los administradores sociales se vincula con la adecuada protección de los derechos del socio, tanto políticos como patrimoniales, en cuyo resguardo se encuentra imbricado el interés público y resultan, en consecuencia, irrenunciables en los términos de los arts. 19 y 21 del Código Civil. Por idénticos motivos, semejante cláusula en un contrato social resultaría violatoria de la previsión del art. 13 de la ley de sociedades por tratarse de una típica cláusula abusiva como acertadamente lo ha señalado de Lázari²⁰.

Una aclaración: Cuando Halperin autoriza el desistimiento se refiere a la acción ya iniciada o sea al desistimiento del proceso, no de la acción, vale decir, un supuesto radicalmente ajeno al presente²¹.

Acreditación de la existencia del peligro grave.

¹⁵ Cám. Nac. Com., Sala E, 26/12/2005, "Sucesión de Arnaldo Gavazzo c/ Artes Gráficas Negri y otros s/ Ordinario", Revista Electrónica de Derecho Societario n° 25, Marzo de 2006.

¹⁶ Nissen, Ricardo Augusto; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 291, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997; Arazi, Roland, Medidas Cautelares; ob. cit., pág. 185.

¹⁷ Cámara de Apelaciones Mar del Plata, 18/6/64, La Ley, v. 115, pág. 577.

¹⁸ Arazi, Roland, Medidas Cautelares, pág. 187. Cámara, Héctor; Derecho Societario, p. 650; Veron, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 427, editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993.

¹⁹ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 376, Editorial Helias-ta, Buenos Aires, 2003.

²⁰ De Lázari, Eduardo N., "Medidas Cautelares", pág. 465, Librería Editora Platense, Tercera Edición, Buenos Aires, marzo de 2000.

²¹ Halperin, Isaac; Curso de Derecho Comercial, Tomo I, pág. 459, Editorial Depalma, Buenos Aires, setiembre de 2000, edición actualizada por Enrique Butty.

El peligro grave debe surgir de la propia actividad de los administradores; no debe ser posible de ser subsanado, y de magnitud tal que no admita dilaciones. Esta exposición del ente a una posición de riesgo debe resultar consecuencia del accionar de los administradores en violación a la norma del art. 59 L.S..

La jurisprudencia ha ido perfilando –aún antes del dictado de la ley 19.550-, el concepto de grave peligro.

Se ha entendido, así, que se configura tal extrema situación cuando se desconoce el derecho de la información de los socios²², o el administrador realiza actividades en competencia con la sociedad²³, o la negativa al acceso a la asamblea de los accionistas donde se resolvió la aprobación de los balances, el pase a cuenta nueva de una significativa suma de dinero y la aprobación de los honorarios de los directores²⁴, o el desvío de fondos hacia otras personas jurídicas²⁵; desvío de facturación²⁶, desatención de una orden judicial, deudas fiscales y erogaciones del directorio de carácter personal²⁷, la celebración de asambleas cuyas actas mencionan la participación de una socia que no conoció la autoconvocación más la inserción de una firma de dudosa autenticidad²⁸, irregularidades contables²⁹, anomalías en los estados contables tales como la falta de la firma del profesional que hizo la auditoría, constitución de reservas facultativas por un porcentaje importante del patrimonio neto, extravío de los libros sociales³⁰, falta de presentación de los balances³¹, caren-

²² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 13/07/2004; ‘Perpetua, Néstor c/ Ivazza GNT SA’, Abeledo Perrot n° 1/77859; la misma Sala 26/6/2002, ‘Corrillo, Raúl v Punta Mogotes SCA y otro’, Abeledo Perrot n° 30002333; Sala E ‘Chmea Alberto c/ Lelie SAIC’, 14/7/2010, Abeledo Perrot n° 20110204. En sentido contrario Sala C, ‘Mann, Armando A. y otro v/ Aledeax S.A.’, Abeledo Perrot 1/676.

²³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 4/7/2002, ‘Comesaña, Graciela S. v. Accinelli, Luis A., J.A. 2003-I-791, Abeledo Perrot 20030011.

²⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B, 29/7/2005, ‘Aitken, Cleide B. v. Tecnológicos Argentinos ETA S.A., JA 2005-IV-844, Abeledo Perrot n° 35002316.

²⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 22/3/2004, ‘Codere SA v. Vázquez Loureda, Carlos M. y otros’, Abeledo Perrot 35000242.

²⁶ Cám. Nacional Comercial, Sala A, 3/3/2000, ‘Cimino, Mario Domingo c/ Cuarto Creciente S.R.L. s/ Sumario’, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 2, Julio 2000.

²⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 26/3/2004, ‘Masi, Mauro c/ Sanford S.A.C.I.F.’, Abeledo Perrot n° 30012654.

²⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 30/8/2002, ‘Panno, Claudia S. v. Celestal S.A.I.C.’, Abeledo Perrot n° 30002384.

²⁹ Juzgado nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 17, 30/09/2008, ‘Araujo, Alejandro Francisco v. Canopus SA’, laleyonline AR/JUR/33194/2008; Cám. Nacional Comercial Sala E, 19/4/2012, ‘Pasquariello, Carlos Alberto c/ Advance Visión S.R.L. y otros s/ Ordinario’; Cám. 2da. Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza, 13/10/2009, ‘Compulsa Venturín, Orlando c/ J. Venturín s/ Medidas Precautorias’, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 40, Abril 2010; Cám. Nac. Com. Sala D, 9/4/2008, ‘ARSA SRL y otros c/ Sabbione, Santiago s/ Medida Precautoria’; Cám. Nac. Com. Sala C, 10/5/2012, ‘Porcelli, Fernando Luis c/ Juan Tomasello SA s/ Incidente de Medidas Cautelares’, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 47, Agosto 2012.

³⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 19/9/2003, ‘Fafian, Marta B. y otros c/ Compañía de Anilinas Federal y otro’, La Ley, 7/172004, citaonline: AR/JUR/3168/2003; Cám. Nac. Com. Sala B, 13/4/2005, ‘Eurodale S.A. c/ Univista S.A. s/ Ordinario’, Revista Electrónica de Derecho Comercial n° 22, Setiembre de 2005.

cia de los libros legalmente exigibles (especialmente el de registro de accionistas y depósito de acciones) y defectos exhibidos por los libros de actas de asamblea y directorio³², ausencia del socio comanditado³³ y también, la acefalía en la administración³⁴ y la obstaculización para que un socio minoritario ejerza el derecho de voto acumulativo³⁵.

Así lo ha interpretado la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca:

“...Que, en tal sentido, carece de trascendencia la respuesta cursada en contestación por el propio gerente cuestionado, desde que tanto la facultad que el peticionante dice conculcada- de acceso a la documentación e información (art. 55 ley de Sociedades comerciales) como la convocatoria en sí, que no requiere de la mayoría prevista por el art. 160 de la mencionada ley, como equivocadamente lo proclama el gerente, habilitan para solicitar la intervención cautelar del caso, máxime cuando el "grave peligro" que menta el art. 113 de la ley especial, tanto como las omisiones de igual cuño, surgen de los propios hechos denunciados, de indudable trascendencia respecto de la vida de la sociedad...”. (C. Civil y Com. de B. Blanca, Sala I, ‘Domeq, Gustavo Sergio c/ Unión 94 S.R.L. s/ remoción administrador e intervención de sociedad’, 28/02/95, exp. 93411, Libro de Interlocutorias 82, número de orden 45).

De lo expuesto se deduce que el peligro grave es aquel con potencialidad suficiente para ocasionar un perjuicio significativo en el patrimonio social, no resultando indispensable que esta contingencia constituya una amenaza para la existencia misma de la sociedad³⁶; no encontrándose presente el recaudo solamente ante la situación económica negativa de la empresa, ya que los avatares en la marcha del negocio resultan insuficientes para fundar una medida de semejante gravedad³⁷.

Criterio restrictivo.

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 27/12/2011, ‘Longo, Alejandra V. c/ Construcciones Sur SA’, Abeledo Perrot n° AP/JUR/834/2011; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 16/10/2003, ‘Desalvo, Claudia y otro v. Clase SA y otro’, JA 2004-I-702, Abeledo Perrot n° 20040539; Cám. Nac. Apel. En lo Comercial, sala F, 27/05/2010, ‘Sturla, Silvia Emma c/ Onganía y Giménez S.A. y otros s/ Medida Precautoria’,

³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 14/4/2011, ‘Chiro Tarrab, Gustavo R. v. Natai S.A. y otros’, Abeledo Perrot 1/1214; Cám. Nac. Apelaciones Sala D, 14/4/2011, ‘Chiro Tarrab, Gustavo Rafael c/ Natai S.A. s/ Medida precautoria’,

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala D, 11/10/2005, ‘Goldaracena de Elizalde, Isabel y otro c/ Los Cedros S.C.A.’, JA 2006-II-748, Abeledo Perrot n° 35002860.

³⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 7/6/2011, ‘Fundación Seranouch y Boghos Arzoumanian v. B. Arzoumanian y Cia. S.A.’, Abeledo Perrot n° 1/3662.

³⁵ Cám. Nac. Com. Sala A, 27/3/2008, ‘Dialeva, Julio César c/ San Antonio de Guaminí S.A. s/ Medida precautoria’, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 36, Diciembre de 2008.

³⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 344, Editorial Helias-ta, Buenos Aires, 2003.

³⁷ Cám. Nac. Com., Sala B, 12/2/2010, ‘Raviele, Fernando Esteban c/ Frigorífico Regional General Las Heras SA s/ Ordinario s/ Incidente de Medidas Cautelares”.

Según el art. 114 de la L.S., el juez debe apreciar la procedencia de la medida con criterio restrictivo. Tal límite se hubo convertido en uno de los estereotipos más comunes a la hora de rechazar la intervención judicial según una tendencia jurisprudencial que estimamos superada³⁸.

Nissen ha calificado de dudoso acierto la inclusión de la frase en comentario en el art. 114 LS ya que, según sostiene, el juez no debe encontrarse sujeto a pautas rígidas o preestablecidas para la apreciación de la intervención judicial sino que debe resolver conforme el grado de convicción que le hayan producido los hechos invocados y las pruebas ofrecidas³⁹.

El criterio contrario es sostenido por Horacio Roitman cuando explica que se justifica a los fines de evitar una intromisión innecesaria en la

³⁸ “Es principio aceptado que la intervención judicial de una sociedad debe ser dispuesta con criterio restrictivo, lo que obliga al Tribunal a buscar el justo equilibrio entre los intereses en juego, con especial consideración del que concierne a la persona colectiva...” (Cámara Nac. Comercial Sala E: ‘Alvarez Amuchastegui, José A. c/ Alvarez Amuchastegui Productores Asesores de Seguros; 22/02/98, exp. 86552, Revista La Ley, 22 de julio de 1988, pág.6); “...Que la grave medida que importa la intervención judicial en una sociedad como providencia cautelar solo puede adoptarse por los jueces previa acreditación "de la existencia del peligro y su gravedad, que agoto los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción. El juez acordara la procedencia de la intervención con criterio restrictivo". Arts. 113 y 114 ley 19.550...” (Cám. de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala I, Lamela, José c/ Francisco, Joaquín L. y Francisco, Norberto H. Disolución y liquidación de Sociedad De Hecho y Rend. Cuentas, 22/02/1990, exp. 83604, Libro de Interl. 77, n° de orden 27); “...La intervención judicial en sus diversas formas -veedor, administrador o coadministrador- implica una alteración sustancial en el órgano social de la administración de una sociedad comercial, por lo que su procedencia debe ser apreciada con criterio restrictivo...”(Cám. De Apel. De Mar del Plata, 85068 RSI-93-93 I 23-2-1993 ‘González, Severiano s/ sucesión ab-intestato’ Mag. votantes: Oteriño - de de La Colina – Dalmasso, Base JUBA B2800915); “...La intervención judicial, en cualquiera de las formas previstas por los arts. 113 y 115 de la ley 19.551, es un instituto de características particulares, erigiéndose como medida cautelar societaria de excepción que debe apreciarse con criterio restrictivo, avalada por graves y objetivas motivaciones, sustentadas por elementos de juicio que no dejen lugar a dudas razonables sobre su procedencia, rigidez que asume mayor operancia tratándose de Sociedades Anónimas, dada la complejidad estructural de su tipo...” (CC0000 PE, C 2026 RSI-246-96 I 24-10-1996 ‘Sinelli, I. c/ A. Sinelli y Cia. s/ Medida precautoria de intervención judicial’); “Una intervención societaria como la recurrida, en una sociedad anónima, es una medida de extrema gravedad que sólo puede tomarse en casos excepcionales, debidamente fundados. Es que la propia ley 19550 así lo establece (art. 114) y la naturaleza y estructura social, como la existencia de órganos diferenciados de la misma, hacen que la enorme mayoría de los conflictos o cuestiones puedan resolverse dentro de la sociedad. Y desde hace tiempo se considera de aplicación restrictiva, a las sociedades anónimas, la medida de intervención judicial por el hecho de que en ellas, al contrario de lo que ocurre en las sociedades personales, existe un órgano propio superior, cual es la asamblea para juzgar los actos de los administradores...” (CC0002 LM 337 RSI-27-3 I 20-3-2003, ‘Leoz, Eduardo Mario c/ Industrias Plásticas para la construcción S.A. s/ Disolución y liquidación sociedad - Inc. art. 250 CPCC’, Base JUBA B3400415); “Cuando la medida solicitada es la intervención judicial de la sociedad, cede el principio de amplitud consagrada por la doctrina y la jurisprudencia en punto a la admisión de aquéllas, debiendo apreciarse su procedencia con criterio restrictivo (artículo 114 de la L.S.C.)...” (CC0100 SN 6023 RSI-316-6 I 20-6-2006 ‘Bentancor Pedro J. c/ Mastrovincenzo José Omar y otra s/ Cobro ordinario de sumas de dinero’, Base JUBA B857489).

³⁹ Nissen, Ricardo Augusto; Ley de sociedades comerciales, Tomo I, pág. 296, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

vida interna de la sociedad y que no encasilla al Juez en pautas rígidas sino que le señala la precaución con que debe acordar la medida y que, caso contrario podría destruir la confiabilidad del sistema⁴⁰.

Nos adherimos a la primera postura: si la pretensión actuada reúne los recaudos previstos en la ley, la cautela debe ser otorgada sin que el Juez pueda ver limitado su menester por restricción alguna. La cortapisa, por lo demás, resulta tan amplia como imprecisa, añadiendo un requerimiento generador de incertidumbre para jueces y justiciables⁴¹.

Lamentablemente los proyectos de reforma no han innovado sobre esta cuestión, pudiéndose predecir que la rémora permanecerá en nuestra legislación, constituyendo una excepción dentro del sistema cautelar bonaerense, que no contienen semejante entorpecimiento. No así el Código Procesal de la Nación, que contiene una norma idéntica en su art. 225 inc. 1.

Es dable observar, sin embargo, que un análisis pormenorizado de la doctrina que surge de los fallos dictados en los últimos años, permite advertir una tendencia favorable a la admisión de la medida cautelar en análisis y una inclinación al abandono del criterio restrictivo.

Tal como se informará *'infra'*, puede leerse en los precedentes más modernos de la Cámara Nacional en lo Comercial, una notable predisposición a favor de la concesión de la medida cautelar en sus diferentes modalidades, aún sin el cumplimiento riguroso de los recursos de ley cuando las circunstancias del caso evidencian una amenaza para los intereses de la sociedad, habiéndose declarado, en relación al requisito de agotamiento de los recursos internos y de la promoción de la acción de remoción que: "...*La jurisprudencia y la doctrina han evolucionado en materia de interpretación de los alcances de dicho requisito, especialmente en lo relativo a sociedades anónimas, y puede afirmarse que domina la cuestión una apreciación flexibilizada de tal recaudo, que hay que adecuar a las circunstancias de cada caso (v. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo: "Derecho societario. Parte general. Intervención y fiscalización estatal de sociedades", Heliasta, Bs. As., 2003, p. 352/7)...*"⁴². En algún precedente reciente se ha admitido la medida ante la denuncia de deficiente información a los socios, circunstancia impensada hace unos años atrás⁴³.

Agotamiento de los recursos previstos en el contrato.

⁴⁰ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 723.

⁴¹ Marcos, Guillermo Andrés, "La intervención de la sociedad y el criterio restrictivo en el anteproyecto de reforma de la L.S.". Ponencia presentada en conjunto con el Dr. Sebastian Amaya, en el XLI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, celebrado en San Isidro, 28 y 29 de abril de 2005.

⁴² Cám. Nac. Comercial, Sala C, 1/6/2012, "Fiasche, Francisco Antonio c/ Editorial Guadal S.A. y otros s/ Ordinario".

⁴³ Cám. Nac. Comercial, sala E, 31/7/2012, "Rubado, María Judith c/ Clean Master SA y otros s/ Medida precautoria".

Según prescribe el art. 114 de la ley de sociedades, entre los recaudos necesarios para la procedencia de la intervención judicial se menciona la necesidad de agotar los recursos acordados por el contrato social, recaudo cuya ausencia determina el desoimiento de la solicitud⁴⁴.

La doctrina de los autores ha perfilado apropiadamente este recaudo señalando que ratifica la vigencia del régimen contractual y que, como la medida actúa como el último resorte a disposición del socio para evitar un daño inminente, la ley lo exige a fin de evitar la proliferación de pleitos de naturaleza societaria⁴⁵; y que corrobora el carácter restrictivo impuesto por la normativa⁴⁶.

El pretorio ha mitigado la rigidez del texto, atenuándolo cuando la convocatoria a asamblea resulta imposible por carecer los accionistas demandantes del capital mínimo previsto en el art. 236 LS; o cuando el régimen de mayorías previsto en el contrato tornaría infructuosa la defensa de sus intereses en la asamblea⁴⁷ o cuando el tiempo que demandare el cumplimiento transformare en daño el peligro grave invocado por el socio⁴⁸; o en supuestos en que las circunstancias del caso lo tornaren desaconsejable⁴⁹; o cuando el grave y extenso enfrentamiento entre los socios y las dificultades para el funcionamiento de la sociedad, permitieran tener por cumplido el recaudo⁵⁰.

Sin embargo, en reiteradas oportunidades se ha indicado que, ante la negativa del Directorio de convocar a asamblea para el tratamiento de la irregular conducta del administrador, resultaría menester que se hubiere intentado convocar a asamblea forzosamente, mediante la acción prevista en la parte final del art. 236 de la L.S.⁵¹.

Interpretamos que tal menester no se encuentra incluido dentro de los requisitos previstos por el art. 114 LS.

⁴⁴ Cám. Nac. Comercial, Sala E, 3/4/2009, “Chmea, Alberto c/ LELIE S.A.I.C. s/ Ordinario”; Sala C, 11/8/2009, “Meigas S.A. c/ Emplegal S.A. y otros s/ Medida Precautoria”.

⁴⁵ Nissen, Ricardo Augusto; Ley de sociedades comerciales, Tomo I, pág. 297, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

⁴⁶ Otaegui, “Administración Societaria”; Ed. Abaco, Buenos Aires, 1976, p. 460 y ss.; Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales; Tomo II, pág. 712, Editorial La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006.

⁴⁷ Cám. Nac. Com. Sala A, 22/12/77; ‘Chomik, Oscar c/ Chomik Hnos. y otros’; La Ley, 1996-D, 1502; Sala C, 30/04/2008, ‘Dialeva, Hulio v. Moroquen S.A.’, Abeledo Perrot n° 70045560; Cám. Nac. Com. Sala C, 2/11/2010, “Carlini, Hugo Leonardo c/ Italcred SA s/ Ordinario s/ Incidente”.

⁴⁸ Juzgado Civil y Comercial n° 12 de Mar del Plata: “El Marisco S.A. c/ Fonseca S.A. y otros”; 21/02/2005.

⁴⁹ Cám. 2da., Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza, 13/10/2009, “Compulsa Venturin, Orlando en J. Venturin p/ Medidas Precautorias”, Revista Electrónica de Derecho Societario, n° 40, Abril de 2010.

⁵⁰ Cám. Nac. Com. Sala C, 5/7/2012, “Mann, Armando Adalberto c/ Aldeax S.A. s/ Ordinario s/ Incidente de Apelación”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 48, Diciembre 2012.

⁵¹ Cám. Nac. Com. Sala B, 6/11/96, La Ley 1997-D, 483; Cám. Apel. Civ. y Com. de Rosario, Sala III, 19/3/74, juris, 46-91 y Rep. LL, XXXVI-1467, sum. 36.

En primer lugar porque la ley alude a los “*recursos acordados por el contrato social*”, vale decir aquellos mecanismos diseñados en el estatuto para el desplazamiento de los administradores, la corrección de sus conductas o la elucidación de las controversias (v. gr. arbitrajes). Entendemos que ello incluye la convocatoria a asamblea en los términos del art. 236 LS para las sociedades anónimas, porque tal actividad es el mecanismo normativamente previsto, pero jamás tal diligencia, netamente jurisdiccional, podría verse alcanzada por la previsión de la norma.

En segundo lugar porque la intervención judicial es una medida cautelar excepcional, prevista solamente para el supuesto de peligro grave, determinado por serios actos de inconducta del administrador (art. 113 L.S.) lo que implica, naturalmente, que tal prevención se encuentre asociada con la premura en conjurar el riesgo inminente para el patrimonio social y el de los socios.

Tal apremio requiere de una vía de solución que pueda ejecutarse con la presteza que requieren las circunstancias, y que resulta incompatible con la promoción de una acción judicial y, mucho menos, con la necesidad de aguardar su definición o su firmeza.

Sostenemos, en síntesis, que la necesidad de agotar los recursos contractuales, como requisito para la procedencia de la intervención judicial de una sociedad comercial, no comprende a la convocatoria judicial a asamblea⁵². Coincide con ello Molina Sandoval, añadiendo que tampoco resultaría procedente la exigencia de la convocatoria administrativa⁵³.

En cambio, sí podrían interpretarse como trámites previos a la solicitud de intervención judicial a los siguientes, de acuerdo a las circunstancias del caso: Intimación al Directorio para que ajuste su proceder a las reglas de la ley y el estatuto; reclamo a la Sindicatura, solicitud de convocatoria a asamblea⁵⁴, y cualquier otro que evidencie la impotencia de las herramientas convencionales, para hacer cesar la conducta perjudicial desarrollada por los administradores.

Promoción de la acción de remoción.

Tratándose de una medida cautelar, resulta natural que resulte accesoria de la acción principal y que ésta se encuentre ya iniciada o que se presenten ambas de modo simultáneo. De tal forma, de modo habitual se ha desestimado la solicitud ante la ausencia de la pretensión destitutoria⁵⁵.

⁵² Marcos, Guillermo Andrés. “Intervención Judicial. Necesidad de agotar los recursos contractuales”. Ponencia presentada en el XLVIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Azul, 27 y 28 de noviembre de 2008.

⁵³ Molina Sandoval, Carlos; Régimen Societario. Parte General. Tomo II, pág. 1.190, Lexis Nexis, Buenos Aires, agosto de 2004.

⁵⁴ Couso, Juan Carlos “Intervención y administración de sociedades”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1983.

⁵⁵ Cám. Nac. Com., Sala E, 21/8/2009, “Cozzolino, Flavio Christian c/ Centro de Entrenamiento para Futbolistas s/ ordinario”; Sala A: 4/10/2007, “Fernández, Julio César c/ Litoprint SA s/ Medida Precautoria”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 33, marzo 2008; Sala B: 23/9/2011, “Franco,

Diversos precedentes judiciales han entendido abastecido el recaudo con el inicio de la mediación previa⁵⁶, con criterio adverso de la Sala E⁵⁷.

Paradójicamente, contrastando con la minuciosa regulación de la medida cautelar, la ley no ha dispuesto normas específicas para la acción de remoción, cuya reglamentación ha quedado a cargo del pretorio.

Algunos ordenamientos procesales autorizan la promoción previa de las medidas cautelares con un plazo de caducidad para la interposición de la acción de fondo (vg. Art. 207 código bonaerense). Conforme ha sido resuelto judicialmente, estimamos que, frente al texto expreso del art. 114, que impone la previa promoción de la acción, no resulta posible el incoar la cautelar con anterioridad⁵⁸. En sentido contrario Horacio Roitman estima posible tal aplicación de las normas generales del ordenamiento de forma⁵⁹.

Se ha dicho que la promoción de la acción de remoción, como recaudo de procedencia de la cautelar, goza de una accesoriedad originaria pero no accesoriedad sustancial⁶⁰.

Es decir que una vez concedida se plasma a la acción principal, lo que habilitaría a validar como prueba a los informes del veedor, a pesar de que no formaron parte del ofrecimiento probatorio en demanda.

La postura en contra es de la Cámara Nacional de Comercio por sus Salas B, D y E:

”...No procede utilizar una llamada medida cautelar -en el caso, una veeduría- como medio probatorio, y si bien en ocasiones el informe del veedor puede constituir prueba de alteraciones perjudiciales en el patrimonio de la sociedad, del estado de cosas, o de irregularidades en la gestión comercial-societaria, ello puede aceptarse como defecto de la medida cautelar y no como objeto de la misma...” (CNCom., Sala D, 8/05/2000, "Multicanal S.A. c/ Supercanal S.A. y otro s/ medida cautelar", Revista de Sociedades y Concursos Núm. 5, Julio-Agosto, 2000, p. 250).

Carlos Orfilio c/ Instituto Argentino del Riñón y Transplante S.A. s/ Ordinario s/ Incidente de Medidas Cautelares”.

⁵⁶ J.N. de Primera Inst. en lo Comercial n° 17, 23/6/99, “Maldonado, Ana María c/ estación de Servicios Urquiza S.R.L. s/ Medida Precautoria”; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 25/6/98, “Grisolía, Jorge Mariano c/ Tracfer S.A. s/ Medida Precautoria”, Diario La Ley del 20/7/99. De este modo la Sala modificó su criterio anterior puesto de manifiesto en “Vignola, Laura c/ Casa Sierra”; Cám. Nac. Com., Sala D, 20/12/96, “Viola, Oscar L. s/ Medida precautoria”, L.L. del 23/5/97.

⁵⁷ Cám. Nac. Com., Sala E, 11/5/2001, “Escudero, Eleonora c/ Mesayco S.R.L. y otros s/ Medidas Precautorias”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 7, Noviembre de 2001.

⁵⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 26/12/2006, ‘Favieri, Alejandro v. Tycel S.A. y otros’, Abeledo Perrot n° 70042779; la misma Sala in re: “Iate SA c/ Centrales Térmicas del Litoral S.A. s/ Medida precautoria”, 28/5/2008.

⁵⁹ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 720.

⁶⁰ Nissen, Ricardo Augusto; Ley de sociedades comerciales, Tomo II, pág. 297, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

“...La designación de un interventor no podría ser empleada como medio de determinar o confirmar si se configuran las irregularidades denunciadas, dado que las mismas deberán ser esclarecidas en la etapa procesal oportuna...” (CNCom., Sala E, 12/12/2000, "Sucesión de Veglio Bozzi c/ Bozzi Hnos. S.A. s/ Sumario", Revista de Sociedades y Concursos núm. 8, Enero-Febrero, 2001, p. 206).

“...No se soslaya que mediante este procedimiento también se acciona de responsabilidad y se persigue la remoción del gerente Antonio Canistrá. Sin embargo, ello no importa que los períodos cuestionados en el desempeño del aludido administrador deban ser analizados por quien fuera designado veedor, pues dicha tarea integra la órbita de las cuestiones sometidas a prueba en tanto deriva de hechos controvertidos entre la partes (arg. arts. 359, 360 y ccdes Cpcc.). En resumen, la tarea del veedor refiere a la vigilancia de operaciones y actividades para informar al juzgado (arg. art. 226 Cpcc.), lo que implica la posibilidad de controlar las operaciones que realice la sociedad en la contabilidad de la misma y requerir comprobantes correspondientes a los efectos de poder informar al juzgado, sin que ello signifique de ninguna manera producir informes probatorios sobre la totalidad de los balances aprobados durante la vida del ente, pues con ello se excedería ampliamente el objeto de la medida...” (Cám. Nac. Com. Sala B, 30/12/2008, "Halbide, Néstor c/ Consultoría y Logística Aduanera S.R.L. y otros s/ ordinario s/ incidente de medidas cautelares").

No puede desconocerse el riesgo de que el derecho de defensa resulte conculcado al incorporarse al proceso elementos de prueba que no fueron ofrecidos con la demanda.

No obstante ello, las objeciones referidas al debido proceso podrían muy bien ser sorteadas mediante un traslado previo al demandado, a fin de que éste ejerza su derecho, previo a que las constancias colectadas durante la intervención, al igual que los informes del funcionario, se incorporen al expediente y puedan ser consideradas en la sentencia. El principio de instrumentalidad de las formas impone que el juez falle en función de las constancias de la causa, soslayando las formas cuando éstas resultan un obstáculo para conocer la verdad real o se convierten en un estéril ritualismo⁶¹.

Algún precedente ha estimado apropiada la intervención de la sociedad frente a una acción de fondo diversa, como la reivindicación de acciones⁶².

En este punto cabe llamar la atención acerca de una tendencia doctrinaria y jurisprudencial que admite la prevalencia del anómalo funcionamiento del órgano como presupuesto objetivo para el dictado de la medida cautelar, más allá del criterio subjetivo de la ley (art. 113), o sea referido a los administradores

⁶¹ Palacio, Lino Enrique; Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 294, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, agosto de 1990.

⁶² Cám. Apel. Comercial, Sala F, 22/3/2011, 'Solari, Alejandra Elda v. Recovering S.A. y otros s/ Incidente de apelación'.

y a su inconducta. Sobre ello nos alerta Tomás J. Arecha añadiendo que, en razón de que la intervención judicial toma como presupuesto de procedencia un elemento objetivo –como es la disfuncionalidad del órgano de administración- resulta intrascendente para decidir la vigencia, quienes son los sujetos que componen dicho órgano, por lo que la renuncia o reemplazo de los administradores no puede tornar abstracta la medida cautelar⁶³.

Si ello se compartiera, cabría admitir otros supuestos de procedencia de la intervención que no constituyen en puridad inconducta de los administradores tales como alteración funcional de los órganos de administración y gobierno o acefalía o falta de acuerdo en la designación de directores, como se ha resuelto recientemente⁶⁴. Adherimos a este temperamento, y concordamos también en que, dispuesta la intervención, no puede ella cesar por renuncia o remoción de los sujetos que conforman el órgano de administración. Un antiguo precedente de la Sala C de la Cámara Comercial sostuvo lo contrario, lo que constituye, en nuestro entender, una interpretación antifuncional del instituto abriendo el paso a maniobras desleales que podrían terminar quitando virtualidad a la cautela⁶⁵.

En especial, la vinculación de la intervención a la previa o coetánea remoción de los administradores, resulta aún más objetable en relación a la sociedad anónima, toda vez que, no requiriendo justa causa su remoción, resulta inconsistente el previo recaudo de la acción judicial, que resultaría más justificado en el resto de los tipos, en los que es exigible la justa causa, tal como atinadamente lo ha señalado la doctrina⁶⁶.

El art. 184 de la ley de sociedades de la República Oriental del Uruguay, luego de disponer que procederá la intervención judicial cuando los administradores realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave añade: “...*También será admisible cuando por cualquier causa no actúen los órganos sociales o cuando actuando, no sea posible adoptar resoluciones válidas, afectándose el desarrollo de la actividad social ...*”, dispositivo también contemplado en el Anteproyecto de Reformas del año 2004, tal como lo anota Nissen⁶⁷.

⁶³ Arecha, Tomás J., “Disfuncionalidad del órgano de administración como causal de intervención judicial independientemente de los sujetos que lo componen. Efectos de la renuncia y/o reemplazo de los miembros del órgano”, en XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, pág. 341, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, octubre de 2010.

⁶⁴ Cám. Nac. Comercial, Sala E, 4/3/2012, ‘Malvica, Graciela María v. Prinmar S.A. y otros s/ Ordinario’; Sala C, 22/6/2001, ‘Bianchi, Héctor Raúl c/ Fresh Ones S.A. y otro s/ Medida Precautoria s/ Inc. de Apelación art. 250 C.Pr.’, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 7, noviembre de 2001; Sala A, 20/7/2001, ‘Kleinman, Luis Isidoro c/ Castro, Silvia Leonor s/ Medida precautoria’, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 7, Noviembre de 2001.

⁶⁵ Cám. Nac. Comercial, sala C, 15/12/89, ‘Gómez v. Confitería Los Leones s/ Ordinario’.

⁶⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, págs. 260/261, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003.

⁶⁷ Nissen, Ricardo; “Intervención judicial de sociedades comerciales. Imprescindibles reformas a la legislación actual”; en Revista de las Sociedades y Concursos, de Fidas, año 12, 2011 1, pág. 9, editorial Legis.

En el mismo sentido Cabanellas de las Cuevas ha criticado la limitación del régimen de intervención judicial a situaciones vinculadas con la remoción de los administradores. La experiencia demuestra que las razones que pueden hacer necesaria la intervención de sociedades como medida precautoria son notablemente más amplias que las previstas en la ley⁶⁸.

28.2.1. Contracautela.

En seguridad de los daños que se podrían derivar del dictado de la medida cautelar, para el supuesto que el pedido no resultara ajustado a derecho, el art. 116 de la L.S. requiere la prestación de una contracautela.

La contracautela sólo afianzará los perjuicios que se puedan causar a la sociedad y también las costas judiciales, pero no responderá por los eventuales detrimentos que se puedan originar a los administradores desplazados.

La garantía debe ser suficiente para cubrir los contingentes menoscabos teniendo presente que ella se dictará sin audiencia de la parte demandada y que si bien, en algunos supuestos (v.g. veeduría), tales deterioros pueden ser muy leves, en otros casos, especialmente cuando se reemplaza a los administradores por un funcionario, pueden llegar a ser cuantiosos. La graduación de la calidad y monto de la caución se vinculará con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso (art. 199 C.P.C.).

El modo de redacción del art. 116 LS eleva el recaudo de la contracautela a la categoría de recaudo insoslayable; aún en aquella modalidad de intervención que no importe relevar a los administradores, tal como ha sido resuelto con fundamento en que, si bien la veeduría no importa injerencia en la administración del ente, de todos modos el órgano jurisdiccional interviene efectivamente en la vida de la sociedad y ello puede determinar algún tipo de perjuicio cuya entidad resultaba de difícil evaluación al momento de disponerse la medida⁶⁹.

Ello sin embargo, no debe llegar al extremo de impedir la ejecución de la medida que hubiere sido dictada, conforme resaltan Nissen y Roitman⁷⁰.

Los tribunales se han mostrado reticentes a la admisión de la caución juratoria estimándose que nada agrega a la responsabilidad personal del peticionante, reservándose su utilización para supuestos de máxima verosimilitud⁷¹.

⁶⁸ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 262, Editorial Helias-ta, Buenos Aires, 2003.

⁶⁹ Cám. Nac. Comercial, Sala A, 18/2/2005, “Bernardi, Víctor Hugo c/ Terapéutica cardiovascular S.A. y otro s/ Medida Precautoria”.

⁷⁰ Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 307, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997; Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 753.

⁷¹ “La caución juratoria –al constituir una formalidad que nada agrega a la responsabilidad que tiene aquel que peticiona la medida cautelar- sólo cabe admitirla frente a excepcionales supuestos de máxima verosimilitud en el derecho invocado” (Cám. Apel. Bahía Blanca, Sala I, 6/5/2003, ‘Coingra SA v.

La fianza personal otorgada por terceros, especialmente por instituciones bancarias o personas de acreditada responsabilidad se encuentra expresamente prevista en los códigos procesales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires en su art. 199.

En este orden resulta común la caución prestada por el abogado patrocinante, la que resulta usualmente aceptada por los tribunales según un criterio basado, no ya en responsabilidad patrimonial, sino en razón del prestigio y condiciones éticas del oferente⁷².

Finalmente, la caución real puede consistir en el embargo o gravamen real de bienes muebles o inmuebles y, en esos casos, se sujeta la ejecución de la cautelar a la efectiva traba del embargo o inscripción registral del gravamen.

La parte afectada por la medida goza del derecho de requerir su modificación por otra que le resulte menos perjudicial (veeduría por intervención) y el peticionante también puede plantear la ampliación o mejora de la cautelar, todo en los términos del art. 203 del Código Procesal que, como señalamos *'supra'*, resulta de aplicación supletoria.

Se ha discutido en doctrina la posibilidad de caucionar las propias acciones del peticionante. Héctor Cámara y Molina Sandoval han sostenido que, a mérito de la prohibición del art. 222 L.S. tal garantía se encontraría vedada⁷³.

Veron, Nissen y Muguillo han desarrollado la tesis contraria explicando que la hipótesis del art. 116 L.S. resulta diversa de la prevista por el art. 256 L.S.⁷⁴.

Martorell comparte la tesis al afirmar que *"...se ha interpretado, con acierto, que la prohibición de recibir las propias acciones en garantía tiende a evitar operaciones indirectas de licuamiento de capital social –en respeto del principio de intangibilidad-, impidiendo, por ejemplo, que los directores garanticen el cumplimiento de sus obligaciones y su eventual responsabilidad, mediante la entrega de sus propias acciones de la compañía a la misma sociedad emisora, que puede haber sido vaciada por su culpa. El impedimento, empero, no alcanza a la*

Adolfo Sartori S.A.', exp. 118.728. En el mismo sentido Epifanio Condorelli, Código Procesal Civil y Com. de Buenos Aires comentado, Tomo I, pág. 501).

⁷² Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso-administrativo de la Nominación de Río Cuarto; 15/2/2010, 'Klochko, Carlos A.', Abeledo Perrot n° 70059300. En este caso el tribunal fijó como contracautela la fianza de diez abogados.

⁷³ Cámara, Héctor, "Intervención Judicial de Sociedades", en 'Derecho Societario', Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 667; Molina Sandoval, Carlos; Régimen Societario. Parte General. Tomo II, pág. 1.197, Lexis Nexis, Buenos Aires, agosto de 2004.

⁷⁴ Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 307, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997; Veron, Alberto Víctor; Sociedades Comerciales, Tomo 3, p. 618, Editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993; Muguillo, Roberto, "Ley de Sociedades Comerciales", pág. 203, Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.

entrega de las acciones como contracautela judicial , por no producir ésta daño alguno en el valor de las acciones... ”⁷⁵.

La doctrina judicial, por su parte ha admitido su procedencia:

Así. “...la prohibición de recibir las propias acciones en garantía (art. 222 ley 19.550) no alcanza a su entrega como contracautela judicial... ”⁷⁶.

El predicamento coincide con el de los tribunales bonaerenses⁷⁷.

28.3. Legitimación activa y pasiva.

Al analizar el recaudo previsto en el art. 114 L.S., sostuvimos que, en el sistema de la ley, los únicos legitimados son los socios.

Añadimos que también han sido tradicionalmente admitidos los herederos, conforme pacífico criterio jurisprudencial, habiéndose declarado que es procedente intervenir una sociedad anónima y designar un coadministrador judicial por un plazo de noventa días de acuerdo a lo peticionado por los herederos de un accionista pues, aún tratándose de transmisión de acciones por causa de muerte, obran elementos de convicción que acreditan la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora⁷⁸.

No se encuentra controvertida la legitimación de los herederos en las sociedades colectivas, comandita simple y SRL, cuando media pacto de incorporación obligatoria (art. 90), requiriéndose solamente la declaratoria de herederos o auto aprobatorio del testamento.

No se hallan legitimados los socios cuyos derechos se encuentran suspendidos por mora en la integración (art. 192 L.S.), los usufructuarios de las acciones (art. 218 L.S.), los terceros, ni los socios excluidos (art. 91 L.S.)⁷⁹. La

⁷⁵ Martorell, Ernesto; Sociedades Anónimas, pág. 181, editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1988.

⁷⁶ Cámara Nacional Comercial Sala C, 19/8/2008, ‘Dialeva, Húlio c/ Moroquen S.A.’, Abeledo Perrot 35025144. En idéntico sentido y en fecha más reciente la Sala E in re: “Burgwardt y Cia. SAIC c/ Cerro del Águila de Olavarría SA y otros s/ Medida Precautoria s/ Incidente de Apelación art. 259 CPr.”, 27/4/2012.

⁷⁷ Juzgado Civil y Comercial n° 9 de Mar del Plata, en los autos caratulados: “Barcio Salvador Roberto C/ Hotel Las Rocas S/ Sociedades”, exp. N°: 53844/06 a cargo de la Dra. María Cristina Sarmiento. También el Juzgado Civil y Comercial N° 12, en los autos: “El Marisco S.A. c/ Fonseca S.A. y otros”, expediente 23464 02/05/2005 y también el Juzgado Civil y Comercial N° 7, en fecha 22/08/2006, en los autos: “Diez Raul Ignacio, Castaño Ethel Evelia, Rodríguez Soto Luz Cristina C/ Paideia Srl, Diez Luz De Las Mercedes, Diez Raul”, exp. 115596.

⁷⁸ Cámara de Apelaciones en lo Comercial. Sala E, 27/6/2005, ‘González Lobo, Ramón y otro c/ Química Industrial del Sur’, laleyonline, AR/JUR/13699/2005.

⁷⁹ Cámara, Héctor, Derecho Societario, p. 649 a 651.

jurisprudencia se ha inclinado, también, por la desestimación de la solicitud del cónyuge⁸⁰.

Se ha discutido acerca de la legitimación del Síndico para solicitar la intervención de la sociedad.

La defiende Nissen sosteniendo que, siendo la intervención judicial accesoria de la acción de remoción, poseen legitimación para solicitar la cautelar todos aquellos facultados para la primera y, entre ellos, el síndico, quien se encuentra habilitado para solicitar la remoción de los liquidadores con justa causa. Añade que la función de vigilancia del Síndico no podría cumplirse apropiadamente careciendo el funcionario de semejante herramienta⁸¹.

Es éste también el pensamiento de Roitman quien entiende fundada tal legitimación en los arts. 296, 297 y 258 L.S., que establecen la responsabilidad limitada y solidaria por el incumplimiento de las obligaciones que les impone la ley, estatuto o reglamento, y con base en su facultad de nombrar administradores en caso de vacancia⁸². En el mismo sentido se ha manifestado Muguillo⁸³.

Contrario a la posibilidad se ha manifestado Cámara⁸⁴ con base en que la posibilidad no figura dentro de las facultades y deberes descriptos en la ley.

Consideramos que, en principio, la medida cautelar en tratamiento no puede ser solicitada por el Síndico. Sin embargo pensamos, con Cabanellas de las Cuevas, que de modo excepcional, cuando el Síndico no pueda ejercer la facultad de designar reemplazantes del órgano de administración en los términos del art. 258 L.S., y a los fines de evitar los perjuicios derivados de la vacancia, se encuentra habilitado para pedir judicialmente la designación de un administrador judicial⁸⁵.

En punto a la legitimación pasiva, concuerda la doctrina en que la demanda se debe dirigir contra la sociedad por cuanto es el administrador quien incurre en los actos u omisiones que van a dar lugar a la acción de fondo y a la medida cautelar, pero se acciona contra la sociedad para que ésta lo remueva⁸⁶; predicamento que coincide con el de los precedentes judiciales⁸⁷. Coincidimos con la

⁸⁰ Cámara Nacional Comercial Sala F, 18/2/2010, 'Mayor Marcela Silvia v. Faigelbaum, Marcelo Adrián y otro', *laleyonline* AR/JUR/5329/2010.

⁸¹ Nissen, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, Tomo 2, pág. 293, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

⁸² Roitman, Horacio; *Ley de Sociedades Comerciales*, Tomo II, pág. 700/701.

⁸³ Muguillo, Roberto, "Ley de Sociedades Comerciales", pág. 193, Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.

⁸⁴ Cámara, Héctor, *Derecho Societario*, p. 651.

⁸⁵ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; *Derecho Societario. Parte General*, pág. 381, Editorial Helias-ta, Buenos Aires, 2003.

⁸⁶ Roitman, Horacio; *Ley de Sociedades Comerciales*, Tomo II, pág. 704; Cámara, Héctor; *Derecho Societario*, p. 652.

⁸⁷ Cám. Nac. Com. Sala C, 28/8/2007, "Massini, Anita c/ Lladon, Marcelo Alejandro s/ Ordinario (incidente de apelación)".

tesitura, la que se encuentra confirmada en la ley cuando el art. 116 establece la contracautela para garantizar los perjuicios que “...la medida pueda causar a la sociedad...”.

Debemos añadir que en todos los casos, también debe componerse la litis con los administradores a reemplazar. Sin embargo, hay hipótesis en las cuales la demanda de remoción es intentada por la propia sociedad contra el administrador que la resiste (art. 129 L.S.), en cuyo caso la legitimación pasiva solamente corresponderá al administrador a remover.

28.4. Distintas clases.

Según el art. 115, la intervención puede consistir en la designación de un mero veedor, de uno o varios coadministradores, o de uno o varios administradores. Hay coincidencia en la doctrina en cuanto a que la naturaleza de estos funcionarios no se encontraría en la doctrina del mandato sino en su condición de funcionarios ‘ad hoc’, cuya designación se caracteriza por tener origen judicial, actuando dentro de la estructura societaria como auxiliar de la justicia⁸⁸. Ello sin perjuicio de su calificación como órgano, por cuanto sus actos se imputan a la persona jurídica de la sociedad intervenida, ocupando, por otra parte, una posición concreta en la estructura orgánica de la sociedad y, particularmente en su administración⁸⁹.

Vale decir que los extremos matices de la intervención judicial van desde un simple informante hasta el desplazamiento del órgano de administración, pasando por una administración conjunta.

La designación de un veedor se ha reservado para los casos en que las infracciones denunciadas, aún cuando constituyan el ‘*peligro grave*’ que menciona el art. 114 L.S., no ameriten el reemplazo de los dirigentes y requieran información adicional acerca de los negocios sociales o del funcionamiento de la administración⁹⁰.

La misión de los veedores y el plazo de duración de su gestión deben estar indicadas explícitamente por el Juez en la resolución que admite la medida cautelar (art. 115 L.S.).

Resultan aquí de aplicación –en tanto legislación supletoria– las previsiones del art. 227 C.P.C.B.A. en tanto regula la designación de un veedor, de oficio o a pedido de parte para que practique un reconocimiento del estado de los bienes objeto del juicio o vigile las operaciones o actividades que se ejerzan respecto de ellos e informe al Juzgado sobre los puntos que en la providencia se establezcan.

⁸⁸ Palacio, Lino Enrique; Derecho Procesal Civil, Tomo 8, p. 222; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, abril de 1989.

⁸⁹ Cámara, Héctor. Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 601; Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 313, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003.

⁹⁰ Cám. Nac. Com., Sala D, 31/10/2011, “Pomilio, Juan Alejandro c/ Samueli Maraviglia, Alejandra Beatriz y otros s/ medida precautoria”.

Sin embargo, esta toma de conocimiento no puede limitarse a un mero informe sobre la contabilidad de la afectada sino que debe ejercer una activa vigilancia sobre las operaciones y actividad de la entidad intervenida, ya que de lo contrario bastaría con una intimación a presentar la documentación, o a una pericia contable, conforme se ha establecido judicialmente⁹¹.

Además, su misión –como se ha dicho de modo reiterado-, no implica la de ser un simple recolector o compilador de datos sino que implica, además de recabar esa información, la obligación de analizarla y emitir su fundada opinión⁹².

Existe una tendencia jurisprudencial proclive a habilitar la veeduría cuando el motivo de la petición es un conflicto entre socios, tema al que nos referiremos *infra*⁹³.

La inocuidad de la veeduría ha determinado que, en alguna oportunidad, se la admitiera sin el cumplimiento de los recaudos establecidos en la ley:

*“...Cuando lo que persigue el solicitante de la designación de un veedor es controlar la marcha de la sociedad a fin de preservar sus derechos sociales, -como consecuencia de negativa del ente a permitirle su ejercicio-, no constituyen recaudos determinantes para su procedencia, la promoción por parte suya de la acción de remoción de los administradores y el peligro grave para la sociedad derivados de actos u omisiones de éstos...”*⁹⁴.

⁹¹ “Si bien la función del veedor informante no puede exceder de la toma de conocimiento, investigación y aporte de datos sobre el estado de bienes, negocios, operaciones y actividad de la entidad objeto de la medida cautelar, en ese cometido de control y fiscalización, debe procurar llevar a conocimiento del juez todos los datos que le hayan sido requeridos conforme la providencia de su designación (art. 227 C.Proc.), ejerciendo una activa vigilancia sobre operaciones y actividades de la entidad intervenida, y dando inmediata cuenta al órgano jurisdiccional de toda circunstancia que obstaculice el cabal cumplimiento de su cometido, que en manera alguna queda reducido a una mera compulsión de la contabilidad de la afectada, para lo cual habría bastado con una intimación a presentar la documentación respectiva y, en su caso, con disponer un informe pericial sobre la misma...” (Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, ‘Alvarez De G., Dora E. c/ Montecceci, Luis A. y otros Disol. Liq. Rend. Ctas. Desig. Liquid.’, exp. 97275, 10/10/1996, Libro de Interlocutorias 83, n° de orden 547).

⁹² Cám. Nac. Com., Sala D, 4/12/2008, “Isabella, Pascual c/ Drobia S.A. s/ incidente de medidas cautelares”.

⁹³ Así se ha dicho: En el contexto del aparente conflicto por el que atraviesa la sociedad, dicho todo esto con la provisoriedad que exige un examen precautorio, que no causa estado, un veedor podría compulsar la gestión actual societaria, partiendo de la base de los libros sociales y comerciales y su documentación respaldatoria durante un lapso, y la información que brinde en autos podría esclarecer la situación. A primera vista, los hechos relatados por la actora, en el supuesto de demostrarse, son graves. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 12/06/2009, ‘Guerra, Andrea M. v. Region 4 S.R.L.’, Abeledo Perrot 70055682; ‘Cettour, Marta N. v. Calimboy S.A. y otros’, Abeledo Perrot 70055676; 25/6/2010, ‘Fiasche, Francisco v. Editorial Guadal S.A. y otros’, Abeledo Perrot 70063362.

⁹⁴ Cám. Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 2976/2009, ‘Selener, Jorge v. Brana S.A.’, Abeledo Perrot n° 70054825.

En punto al coadministrador, su utilidad resulta evidente cuando la marcha de la empresa resultaría muy difícil o perjudicial sin los administradores designados, y la presencia de quien gestione junto con ellos puede resultar de utilidad al impedir la discrecionalidad que ha llevado a denunciar el estado de peligro. Sin embargo, la coexistencia del administrador judicial con los designados contractualmente puede generar conflictos difíciles de superar cuando las facultades del funcionario no han sido escrupulosamente detalladas en la resolución judicial que lo ha designado. De esta forma, definida apropiadamente la gestión en la decisión del juez, los desacuerdos usuales, derivados fundamentalmente del modo de adopción de las decisiones cuando existe un coadministrador, resultarían fácilmente solucionados. Algunos autores estiman que la forma más apropiada de funcionamiento de la coadministración debería serlo a través de poder de veto⁹⁵.

La más comprometida de las modalidades que puede asumir la intervención judicial es la del administrador con desplazamiento de las autoridades naturales. Se encuentra reservado para casos de la máxima gravedad, cuando el patrimonio de la sociedad se encuentra en peligro o, en los supuestos en que los administradores han realizado maniobras fraudulentas o cometido otra clase de delitos⁹⁶.

Implica una verdadera interdicción a la sociedad y a su funcionamiento ya que el órgano de administración resulta reemplazado por un auxiliar designado por el Juez⁹⁷.

Algún precedente judicial que desaprobamos ha sostenido que resulta improcedente establecer medidas precautorias que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo, “...pues con ello se desvirtúa la naturaleza meramente instrumental del instituto cautelar, al convertirse este en un medio para arribar precozmente a un resultado al que solo podría accederse mediante el correspondiente dictado de una sentencia de mérito, por lo que adquiriría así un carácter autónomo, impropio de su naturaleza...”⁹⁸.

En primer lugar no concordamos con que la acción de remoción y la intervención judicial coincidan en su objeto: la pretensión de fondo procura la destitución de los administradores con carácter definitivo en razón de su conducta; la intervención judicial, en cambio, tiende a la suspensión cautelar de aquellos de modo provisorio y preventivo a espera del dictado de la sentencia de mérito. El criterio que impugnamos, de consolidarse, importaría la virtual derogación de la intervención cautelar con desplazamiento. En el sentido que proponemos se han expedido de modo reciente las Salas C y E de la Cámara Nacional en lo Comercial⁹⁹.

⁹⁵ Muguillo, Roberto, “Ley de Sociedades Comerciales”, pág. 199, Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.

⁹⁶ Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 300, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

⁹⁷ Roitman, Horacio; ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 739.

⁹⁸ Cám. Nac. Comercial, Sala C, 14/10/2005, “Díaz, aída del Tránsito c/ Punta Mogote S.C.A. s/ Medida precautoria”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 23, Diciembre 2005.

⁹⁹ Cám. Nac. Comercial, Sala E, 16/4/2012, “Di Cola, Mario Ricardo c/ Chiquin Buenos Aires S.A. s/ Medida Precautoria”; Cám. Nac. Com., Sala C, 8/7/2005, “Engo, Martin Damian c/ Adjemiantz, Ariel s/ Ordinario”, Revista Electrónica de derecho Societario n° 22, Setiembre de 2005.

Al igual que en los casos anteriores, la función del administrador, como su plazo de duración, deben ser fijadas por el Juez en el auto que dispone la medida. Precisa la ley que las atribuciones de estos funcionarios no pueden ser mayores que las otorgadas a los administradores desplazados (art. 115 L.S.).

Dentro de este marco, el interventor debe gestionar a la par que los directivos desplazados y desarrollar todas las tareas reservadas al órgano de administración. Cuando decimos “todas”, estamos significando que no existen parcelas del funcionamiento que pudieren quedar como potestades residuales de los desplazados y que no existe posibilidad de fragmentar la gestión del funcionario¹⁰⁰.

Su labor no debe estar sujeta a las sugerencias o indicaciones de los administradores desplazados sino sólo a las indicaciones del Juzgado y a las normas de la ley y el estatuto. Por supuesto que no puede dejar de admitirse en el funcionario un margen razonable de aptitud funcional no sujeto a un control específico y circunstanciado, puesto que como integrante del órgano responde por su gestión y no por cada acto aislado¹⁰¹. En este mismo sentido plurales precedentes han estimado innecesaria la solicitud de autorización para presentar a la sociedad intervenida en concurso preventivo¹⁰².

A falta de normas específicas rigen en este aspecto las reglas procesales que, como se dijo, resultan supletorias del régimen sustantivo.

La ley 19.550 no señala cuales deben ser las cualidades que debe reunir el interventor. El Código procesal de la Nación indica que la designación debe recaer en persona que posea los conocimientos necesarios para desempeñarse atendiendo a la naturaleza de los bienes o actividades en que intervendrá, pero debe ser persona ajena a la entidad intervenida (art. 225).

A pesar de ello la designación recae habitualmente sobre un contador público, elegido de una lista especial, administrada por los distintos departamentos judiciales, y formada de acuerdo a normas locales.

Como norma general, el interventor debe regularizar la marcha de la administración y asumir su representación (art. 224 C.P.C.B.A.) encontrándose especialmente a su cargo la vigilancia de la conservación del activo y el cuidado de los bienes para que estos no sufran deterioro o menoscabo; la comprobación de

¹⁰⁰ Cám. Nac. Com., Sala C, 9/10/2009, “Pisani, Marcelo Oscar c/ Maderera Futuro S.A. s/ Ordinario”.

¹⁰¹ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, 4/5/2006, “Tasselli, María V. y otros v. Iate S.A. y otros”, Abeledo Perrot n° 70024778-3; Cám. Nac. Com., Sala B, 10/10/2008, “Gran Vía S.A. c/ Northern Lauzen SA y otro s/ Incidente de Impugnación (actuaciones y remoción de los administradores)”;

Cám. Nac. Com., Sala E, 10/11/2005, “Ras, Marcia Inés c/ El Lab Taller de Idiomas S.R.L. s/ Medida Precautoria s/ Cuadernillo de actuación del veedor coadministrador”; Cám. Nac. Com. Sala D, 23/2/2001, “Maggi, Ida María y otro c/ Lpalace, Carlos Jorge y otro s/ medida precautoria s/ incidente de actuación del interventor s/ Queja”.

¹⁰² Cám. Nac. Com., Sala B, 7/7/2006, “Cementerio Parque Jardín del Oeste SA s/ Concurso Preventivo”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 27, Setiembre de 2006; Sala F: 3/5/2012, “Instituto Cardiovascular Integral SA s/ Concurso Preventivo”.

entradas y gastos; la información al Juez de las irregularidades que advirtiere y la información periódica sobre el resultado de su gestión (art. 223 C.P.C.B.A.).

En punto a los gastos, se encuentra inhibido para retener fondos o disponer de ellos salvo que tengan el objeto de pagar los gastos normales de la administración, entendiéndose por tales a los gastos ordinarios. En relación a los gastos extraordinarios éstos deben ser previamente autorizados por el Juez y el pedido debe bilateralizarse con las partes salvo casos de urgencia en cuyo caso debe darse inmediatamente noticia al Juzgado (art. 225 C.P.C.B.A.).

Normas similares contiene el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación aunque allí se añade que el interventor debe desempeñar personalmente el cargo, y evitar la adopción de medidas que no sean las estrictamente necesarias para el cumplimiento de su función o que comprometan su imparcialidad respecto de las partes interesadas o puedan producirles daño o menoscabo (art. 226).

En punto a la retribución del interventor, también corresponde acudir a la legislación local. Tanto el régimen local bonaerense cuanto el nacional establecen que los funcionarios no podrán percibir honorarios definitivos hasta la aprobación de su gestión (arts. 226 del C.P.C.B.A. y 227 del código nacional). Sin embargo si la actuación excediere los seis meses en el sistema de Buenos Aires (art. 226) o “...un plazo que a criterio de Juez justificara el pago de anticipos...” (art. 227 Código Procesal de la Nación); el Juez podrá autorizar el pago de anticipos, en adecuada proporción al honorarios total y los ingresos de la sociedad.

Conforme indican Nissen y Roitman, esta norma se encuentra dirigida a supuestos tales como la administración y aprobación de cuentas finales de su desempeño, pero resulta inaplicable cuando se trata de la simple vigilancia de los negocios sociales, cuya misión se agota con la presentación de los informes indicados por el Juzgado¹⁰³; criterio compartido por la doctrina judicial¹⁰⁴.

Según esta misma normativa, el honorario definitivo se regulará atendiendo a la naturaleza y modalidades de la intervención, al monto de las utilidades realizadas, a la importancia y eficacia de la gestión, a la responsabilidad en ella comprometida, al lapso de la actuación y demás circunstancias del caso.

En diversas oportunidades se han cargado los honorarios provisorios al peticionante de la medida¹⁰⁵.

¹⁰³ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 744; Nissen, Ricardo; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 308.

¹⁰⁴ Cám. Nac. Com., Sala D, 22/3/2001, “Maggi, Ida María c/ Laplace, Carlos Hugo s/ medida precautoria”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 6, agosto de 2001; también la Sala C: 5/6/2009, “Veronesi, José María c/Franchini, Juan Manuel y otros s/ Medida Precautoria”.

¹⁰⁵ Cám. Nac. Com. Sala D, 7/5/2012, “Devail SA c/ Empresa de Transporte de Energía por D.T. del N.A. s/ Ordinario”; Sala C: 31/8/2007, “Novalex S.A. c/ Leet S.A. y otros s/ Ordinario s/ Incidente de Ejecución de honorarios”.

Si la designación hubiere recaído –como ocurre usualmente– en un Contador Público, resultan de aplicación, en el sistema bonaerense, las reglas que provienen de la ley 10.620, modificada por ley 13750.

Según ella los contadores públicos designados como interventores judiciales serán merecedores de un estipendio equivalente al sesenta por ciento de los que les correspondería como administradores judiciales (art. 210); y si actuaran como veedores, percibirán un importe igual al treinta por ciento de los administradores judiciales (art. 211). Los administradores judiciales, a su vez, tendrán derecho a una regulación cuyo monto debe oscilar entre el 8% y el 20 % del monto del proceso, entendiéndose por tal al monto total de los ingresos brutos habidos durante su desempeño o el valor de los bienes administrados, el que resultare mayor (arts. 207 y 208).

No obstante lo expuesto, debe resaltarse que la normativa proveniente de la ley que se viene comentando resulta de selectiva aplicación cuando se trata de la actuación de contadores como auxiliares de la justicia según el predicamento constante del Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires: “...*El ordenamiento en general establecido por la ley 10620 no debe aplicarse en cuanto concierne a la actuación de los contadores como auxiliares de la justicia, desde que contiene en su articulado diversas disposiciones que contrarían el adecuado funcionamiento de la administración de justicia y elementales garantías de raigambre constitucional tales como el debido proceso, la defensa en juicio, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, la jerarquía normativa, etc. que -entre otros- consagran los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28 y 31 de la Constitución nacional y arts. 9, 10 y 27 de la Carta local...*”¹⁰⁶.

Los códigos de procedimientos en comentario autorizan expresamente al Juez a la remoción del administrador en caso de negligencia o abuso en sus funciones, previo traslado a las partes y al interesado (arts. 224 C.P.C.B.A.). En el Código de la Nación el previo traslado lo es sólo para el supuesto de la remoción a pedido de parte y no cuando fuera dispuesta de oficio (art. 226 C.P.C.C.N.).

Demás está decir que también rigen para los administradores judiciales las pautas que provienen de los arts. 59, 271 a 273 de L.S..

Por último, como atinadamente advierte Muguillo, resulta prudente que la administración con desplazamiento y la coadministración cumplan con la norma del art. 60 L.S. a los fines de advertir de tal funcionamiento a los terceros que operan con la sociedad. Por supuesto que la falta de registración no invalida la actuación del funcionario en relación a los actos cumplidos, aún frente a terceros, sin perjuicio de su propia responsabilidad por los daños derivados de tal incumplimiento¹⁰⁷.

¹⁰⁶ SCBA, Ac 44241 S 7-5-1991, ‘Drlje, Mariano s/ Sucesión’, JA 1992-II, 126 - ED 144, 152 - LL 1992-A, 152 - DJBA 142, 124 - AyS 1991-I-671, Base JUBA B21459, entre muchos otros.

¹⁰⁷ Muguillo, Roberto, “Ley de Sociedades Comerciales”, pág. 200, Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.

28.5. Bien jurídico protegido.

Se ha interpretado que la medida cautelar en comentario procura poner a salvo el patrimonio societario frente a la conducta desaprensiva o dolosa de los administradores.

En esta línea de razonamiento se ha interpretado que la medida no puede tener acogimiento cuando el derecho que se procura preservar pertenece a los socios y no al ente, con base en que el art. 113 L.S. tutela solamente el interés social¹⁰⁸.

Así la Sala A de la Cámara Nacional de Comercio ha sostenido que es improcedente la intervención judicial de la sociedad cuando las pretensiones se vinculan con el interés particular del peticionante y no con el social¹⁰⁹

Calificada doctrina ha sugerido que el “*perigo grave*” a que alude la ley especial se encuentra protegido por las normas de los arts. 113 y siguientes y que, cuando el interés a preservar es el de los socios debe acudir a las normas procesales¹¹⁰.

No podemos compartir el criterio. Si bien no existe duda alguna en cuanto a que el interés primordial que se persigue a través de la intervención judicial es el social, no puede desatenderse que, muchas veces, las conductas anómalas de los administradores lesionan derechos esenciales de los socios tales como el de información, o prerrogativas vinculadas a sus derechos políticos o patrimoniales.

Tales infracciones no pueden dejar de merecer tutela jurisdiccional inmediata en el mismo modo en que el legislador, a través de inúmeros mecanismos, ha procurado preservar tales derechos básicos de los miembros de la sociedad dentro del propio régimen sustantivo.

Resulta expresiva de esta postura un fallo del Juzgado Civil y Comercial 12 de Mar del Plata:

“...En cuanto al primer requisito de procedencia de la medida -comisión u omisión de actos que pongan en peligro grave la sociedad- a criterio

¹⁰⁸ Veron, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, Tomo 2, pág. 402, Editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993; O'Reilly, Cristina, “Intervención Judicial” en *Tratado de Derecho Comercial* dirigido por Ernesto Martorell, Tomo VI, pág. 731, Editorial La Ley, Buenos Aires, setiembre de 2010; Molina Sandoval, Carlos; *Régimen Societario. Parte General*. Tomo II, pág. 1.135, Lexis Nexis, Buenos Aires, agosto de 2004; Reyes, Rafael Hugo, *Derechos individuales del socio*, pág. 226, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, marzo de 1993; Muguillo, Roberto, “Ley de Sociedades Comerciales”, pág. 190, Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.

¹⁰⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 4/10/2001, ‘Valdez, Alberto c/ Nuevo Balcarce S.A. y otro’, JA 2002-IV-Síntesis, Abeledo Perrot 1/60451; criterio reiterado el 16/7/2003, ‘Di Stefano, Patricia c/ Di Stefano e Hijos SRL’, Abeledo Perrot 70035425.

¹¹⁰ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; *Derecho Societario. Parte General*, pág. 314, Editorial He- liasta, Buenos Aires, 2003, quien cita, a su vez a Otaegui en su obra “Administración Societaria”.

del suscripto el mismo concurre en el sub examen, si se tiene en cuenta que una nueva corriente doctrinaria y jurisprudencial permite sostener "que interpretar literalmente el art. 113 de la L.S. en cuanto dice que la intervención judicial procede "cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave...", en el sentido de proteger sólo el patrimonio social y dejar fuera de tutela los derechos de los socios, significaría desconocer la armonización que debe existir entre este instituto en estudio, y las normas del ordenamiento societario que contemplan la noción del interés social, entendido como el interés de todos los socios, mayoría y minoría -arts. 70, 248, 251, 271, 272, 273, etc. L.S.-, cuyo equilibrio debe ser preservado en orden a no contrariar los fines perseguidos al constituir la sociedad, como así su armonización con las normas del ordenamiento jurídico general ..." (Gurdulich, Graciela. "Intervención judicial en las sociedades comerciales", Editorial Juris, 2da. edición, 1998, pág. 16 y ss.). Y la misma autora cita a la Ley de Sociedades Comerciales Uruguay que prevé la intervención también en el caso que los administradores nieguen a los socios el ejercicio de derechos esenciales..."¹¹¹.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala II, ha sostenido similar criterio al sostener que la intervención judicial de sociedades responde no sólo a los intereses particulares de los socios, sino primordialmente a los del ente sobre el cual recae¹¹².

Más enfático aún resulta Nissen al estimar que "...a lo sumo, ante el pedido de un socio o accionista, de obtener el desplazamiento del órgano de administración de la sociedad, al haber sido desconocidos sus más elementales derechos, el juez podrá disponer de otra medida adecuada para cautelar los intereses de aquel (la designación de un coadministrador judicial, por ejemplo) pero jamás podrá denegar la medida cautelar en análisis, bajo el argumento de que el interés particular del socio debe subordinarse al interés social, diferencias y subordinaciones que –se reitera- el ordenamiento legal no ha previsto en ninguno de los capítulos en que se divide la ley 19.550..."¹¹³.

La ley uruguaya n° 16.060, contempla de modo expreso la cuestión en su art. 184 al admitir la procedencia de la intervención, no sólo cuando los actos u omisiones de los administradores pongan en peligro grave a la sociedad, sino también cuando "...nieguen a los socios o accionistas el ejercicio de sus derechos esenciales...", añadido que debería figurar en una futura reforma a nuestra ley.

¹¹¹ Juzgado Civil y Com. Nro. 12 de Mar del Plata, 'El Marisco S.A. c/ Fonseca S.A. y otros', 2/05/2005, N° de causa receptoría: 1717, N° de causa:23464, Expediente número 23.464.

¹¹² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala II, 16/12/2005, 'Pupp, María V.', LL Litoral 2006, (julio), 767. IMP2006-17, 2180, cita online: AR/JUR/8182/2005.

¹¹³ Nissen, Ricardo; "Intervención judicial de sociedades comerciales. Imprescindibles reformas a la legislación actual"; en Revista de las Sociedades y Concursos, de Fidas, año 12, 2011 1, pág. 6, editorial Legis.

28.6. La intervención judicial como respuesta a las divergencias sociales.

La ley solo prevé la intervención para el supuesto de mala administración societaria. Sin embargo, tal como adelantáramos *'supra'* (§ 28.2.), se ha insinuado, desde hace un tiempo atrás, una tendencia jurisprudencial que admite otros supuestos y, entre ellos, el de desavenencias entre los socios, cuando obstaculizan el normal funcionamiento de la sociedad.

Veamos:

“Que resulta procedente la intervención judicial de la sociedad si se advierte "prima facie" serias divergencias entre los socios, y con el objeto de asegurar el normal desenvolvimiento de la actividad, más aún cuando la contabilidad es llevada a cabo con irregularidades, tal el caso del Libro de Actas de Asambleas, menoscabando de esa forma el derecho de contralor que tienen los socios..”¹¹⁴.

“...Es procedente la medida cautelar tendiente a intervenir judicialmente a una sociedad de responsabilidad limitada, en tanto se encuentra acreditado que existen profundas desavenencias entre los dos socios que conforman el ente al punto de imposibilitar el normal funcionamiento del órgano deliberativo — en el caso, ambos ejercen de hecho la gerencia — , lo cual pone en peligro grave a la sociedad, teniendo en cuenta su especial objeto regulado en la ley 12.297 (Adla, LIX-C, 3285) de la Provincia de Buenos aires — Servicios de Seguridad Privada— , la cantidad de empleados existentes y la extensión de los servicios que presta...”¹¹⁵.

“...Si se encuentra acreditada la existencia de la sociedad de hecho con graves desavenencias entre los socios , el peligro en la demora y la naturaleza de los numerosos bienes muebles afectados a su operatoria, se hace necesaria la colaboración de un auxiliar de la justicia, apareciendo prudente la designación de un veedor judicial a los fines de realizar inventario de bienes, vigilar operaciones y actividades que se ejerzan respecto de ellos y brindar informe al juzgado sobre lo actuado: actividades de la sociedad, créditos y obligaciones, existencia de juicios, empleados, etc...”¹¹⁶.

Éste es, también, el criterio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial por todas sus salas¹¹⁷.

¹¹⁴ Cám. De Apelaciones de Bahía Blanca, Sala I, exp. 100528, 30/04/1998 “Alvarez de Gentili, Dora c/ Montecchi, Luis. A. s/ Disolución de sociedad”, Libro de Interlocutorias n° 86, n° de orden 168).

¹¹⁵ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 17/04/2008, “Pérez Famular, Edgardo Anfbal c. Vigilan S.R.L. y ot.”, Publicado en IMP2008-13 (Julio), 1165, Cita Online: AR/JUR/1362/2008.

¹¹⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, C 5463 RSI-57-5 I 15-3-2005 ‘Berretta, Néstor Fabián c/ Montardit, Héctor Manuel s/ Medidas cautelares, JUBA B2801769).

¹¹⁷ Sala A: 25/4/2008, ‘Seráfica Martini, mario A. v. Alta Salud S.R.L. y otros’, Abeledo Perrot n° 70047131; Sala A: 18/3/2005, ‘Olazar, Carlos A. v. Adepro S.C.A.’, Abeledo Perrot n° 70017661; Sala B: 7/12/2011, “Guthmann, Anabel Silvia v. Atalaya S.A. y otro s/ Medida precautoria”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 46, abril 2012; Sala C: 12/6/2009, “Guerra, Andrea M. v. Re-

Este impulso del pretorio –finalmente-, ha sido recogido de modo expreso en el Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades elaborado en base al anteproyecto de la comisión creada por resolución 112/02 del MJDH. Allí se contempló la procedencia de la intervención judicial “*cuando se susciten conflictos entre socios que comprometan el normal funcionamiento de la sociedad...*”. Como es sabido, el proyecto no tuvo aprobación parlamentaria.

Se ha manifestado refractario a este desarrollo Daniel Balonas, sosteniendo que constituye una tautología referirse a conflictos que comprometan el normal funcionamiento de la sociedad toda vez que siempre tales divergencias entorpecen el funcionamiento del ente y que, en tales supuestos, carece de finalidad práctica la intervención, la que provocaría más perjuicios que beneficios¹¹⁸.

Años atrás éste era, también el predicamento de la Sala E de la Cámara nacional en lo Comercial¹¹⁹, luego superado en el precedente “Howlin”, que terminamos de mencionar en la nota al pie n° 17.

28.7. Intervención judicial en sociedades irregulares y de hecho.

La doctrina judicial contemporánea proveniente de los tribunales bonaerenses, se ha mostrado partidaria de la intervención en este tipo de entes, aunque limitada a la liquidación definitiva de la sociedad; encolumnándose en esta tendencia los tribunales de Bahía Blanca¹²⁰, La Plata¹²¹ y Pergamino¹²², en conso-

gión 4 S.R.L. y otros’, Abeledo Perrot n° 70055682; Sala C: 10/5/2011, “Denaro, Antonio Mario c/ Inmobiliaria Lamaro S.A.I.C.F. y otros s/ Medida precautoria”; Sala D: 10/12/2001, ‘Maggi, Ida M. y otro v. Laplace, Carlos H. y otro’; Abeledo Perrot n° 20022452; Sala D: 4/7/2002, “Comesaña, Graciela Susana c/ Accinelli, Luis Angel s/ Medida Precautoria s/ Incidente de Apelación”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 11, Diciembre de 2002; Sala E, 5/6/2012, “Howlin, Carlos Alberto c/ P. Tres S.A. s/ Inc. de apelación art. 250 C.Pr.”; Sala F: 28/6/2011, “Russo, Héctor Jorge c/ Omnivisión S.A. s/ Medida Precautoria s/ Incidente de Apelación (art. 250 CPCC)”.

¹¹⁸ Balonas, Daniel; “La intervención social ante conflictos entre socios”, pág. 451, en “La Actuación Societaria”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2005.

¹¹⁹ Cámara Nac. Comercial Sala E, Alvarez Amuchastegui, José A. c/ Alvarez Amuchastegui Productores Asesores De Seguros, Exp. 86552, 22/02/1988 Revista La Ley - Viernes 22 de Julio de 1988, pág. 6. Allí se decía: “...Las divergencias entre los socios aun cuando atañan a aspectos patrimoniales derivados de la liquidación de la sociedad no autorizan a decretar la intervención la sustitución del liquidador por un administrador judicial, si no se verifican las circunstancias de grave peligro a que aluden los arts. 113 y 114 de la ley 19.550..”.

¹²⁰ “Aun tratándose de una sociedad irregular, procede la intervención judicial si se advierte “prima facie” serias divergencias entre los socios, y con el objeto de asegurar el normal desenvolvimiento de la actividad social, de las operaciones pendientes y eventualmente la liquidación definitiva de la entidad (Farina, Juan M., “Tratado de Sociedades Comerciales”, Parte Gral., ps. 459/60, Bs.As., 1978). La circunstancia de tratarse de una sociedad no constituida regularmente, no obsta entonces a la adopción de una medida cautelar como la que nos ocupa, desde que la participación en la administración que corresponde a los socios no basta para asegurar sus derechos en circunstancias como las precedentemente referidas (doct.arts.113 y 114 LS. y arts.195 y ss. C. Proc.)...”. (C. Civil y Com. de B. Bca. Sala I exp. 95401, 06/02/1996 ‘Fernández, Eduardo M. c/ Basterra, Héctor L. y otro s/ Disolución y liquidación de sociedad de hecho’, Libro de Interlocutorias 83, n° de orden 5).

nancia con algunos pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial¹²³.

La doctrina de los autores dista de ser pacífica ya que la auspician Halperin¹²⁴ quien aclara que en estas sociedades, independientemente de la facultad de todos los socios de administrar, es menester considerar quién en la realidad de la vida de la sociedad ejerce la administración; Roitman¹²⁵, Nissen, aún cuando como accesoria de la acción de disolución¹²⁶, Cámara¹²⁷, Bolesso¹²⁸, Molina San-

“En esa inteligencia, es del caso destacar que aun después de la reforma de la ley 22.903, la acción de intervención de las sociedades irregulares o de hecho debe estimarse como de aplicación restrictiva, toda vez que la ley especial sólo la concibe en el marco de la acción de responsabilidad de los administradores y como medida cautelar destinada a impedir durante su transcurso los perjuicios de su administración (doct. arts. 114 L.S.C.). Sin embargo, en estos autos puede hacerse excepción a dicha normativa en la medida que se encuentran acreditadas prima facie una serie de anomalías que amenazan el interés societario y la medida cautelar se peticiona en el juicio promovido por disolución y consecuente liquidación del ente social. Esto así, es evidente que se dan idénticos peligros que en los casos de remoción de administrador en las sociedades regulares, pues con la medida solicitada se persigue establecer el haber societario y su composición, así como en la preservación de este a los fines de su liquidación, propósitos que trascienden la restricción precedentemente apuntada...” (C. Civil y Com. de B. Bca. Sala 1, “Arévalo, Jorge Horacio c/ Peralta Luis Miguel s/ Disolución y liquidación de sociedad irregular. Inventario e intervención de la sociedad” exp. 98557, 19/06/1997, Libro de Interlocutorias 18, n° de orden 296).

¹²¹ “Si “prima facie” se demuestra la existencia de una sociedad de hecho, así como que el accionante ha sido desplazado del manejo de la cosa común, es viable la intervención de la sociedad...” (CC0201 LP 102549 RSI-209-4 I 29-6-2004, ‘Velazquez, Nora E. c/ Mendez, Miguel Ang el y ots. s/ Disolución y liq. de sociedad’, Base JUBA B255309).

¹²² “Si se encuentra acreditada la existencia de la sociedad de hecho con graves desavenencias entre los socios , el peligro en la demora y la naturaleza de los numerosos bienes muebles afectados a su operatoria, se hace necesaria la colaboración de un auxiliar de la justicia, apareciendo prudente la designación de un veedor judicial a los fines de realizar inventario de bienes, vigilar operaciones y actividades que se ejerzan respecto de ellos y brindar informe al juzgado sobre lo actuado: actividades de la sociedad, créditos y obligaciones, existencia de juicios , empleados, etc...” (CC0000 PE, C 5463 RSI-57-5 I 15-3-2005, ‘Berretta, Néstor Fabián c/ Montardit, Héctor Manuel s/ Medidas cautelares’, Mag. votantes: Gesteira-Ipiña-Levato Trib. de origen: JC0300 Base JUBA B2801769).

¹²³ Cám. Nac. Com., Sala A, 11/11/2009, “Sasson, Gisela Andrea c/ Compagnoli, María del Luján s/ Medida precautoria”; Cám. Nac. Com., Sala F, 9/8/2011, “Rabagliatti, M.V. c/ Fernández Loyarte, Ignacio y otros s/ Ordinario s/ Incidente de apelación (art. 250 CPCC)”.

¹²⁴ Halperin, Isaac; ‘Curso de Derecho Comercial’, Vol. 1, pág. 458, Editorial Depalma; Buenos Aires, setiembre de 2000.

¹²⁵ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 675.

¹²⁶ Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 310, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

¹²⁷ Cámara, Héctor. Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 627.

¹²⁸ Bolesso, H., “Intervención Judicial en las sociedades no constituidas regularmente”, L.L. T. 1986-E, pág. 1015.

doval¹²⁹ y la rechazan Esandi¹³⁰, Romero y Cabanellas de las Cuevas, aun cuando la admite una vez que la sociedad está disuelta¹³¹.

Coincidimos con quienes admiten la intervención judicial aún a pesar de las dificultades que existen, en este tipo de agrupaciones, para el cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 114 L.S..

Es que resultando imposible al socio de la sociedad no constituida regularmente el cumplimentar los requisitos comentados, su procedencia debe descartarse como escolta de la acción de remoción de administradores¹³². Más ello no podría implicar nunca que el ordenamiento tolerara que administradores inescrupulosos menoscabaran el patrimonio social o perjudicaran a terceros sin que pudiese ponerse coto a tal menester.

La laxitud en cuanto a las formalidades de constitución de las sociedades no constituidas de modo regular, no puede ser utilizada para el abuso o para coonestar conductas ilícitas. De tal modo, comprobado que sea el actual dañoso del administrador, corresponde su desplazamiento de la administración de modo cautelar.

28.8. Intervención en sociedades en concurso y en liquidación.

Según el sistema vigente, en el concurso preventivo se produce una suerte de desapoderamiento atenuado, toda vez que el concursado continúa a cargo de la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico (art. 15 L. 24.522). Esta amplitud de facultades de gestión, solamente limitada a la realización de actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación (art. 16 L. 24.522), determina que la posibilidad de conflictos derivados de mala administración en las sociedades, no resulte diversa de la que afecta a los entes *'in bonis'*.

De tal suerte, existe consenso en la doctrina en cuanto a la posibilidad de intervenir sociedades que transiten la solución preventiva¹³³, valoración que acompañan algunos precedentes¹³⁴.

¹²⁹ Molina Sandoval, Carlos; Régimen Societario. Parte General. Tomo II, pág. 1.140 a 1.144, Lexis Nexis, Buenos Aires, agosto de 2004.

¹³⁰ Esandi, Luis María; "Las sociedades no constituidas regularmente y su intervención"; La Ley, 1997-D, 410.

¹³¹ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 330, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003.

¹³² Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 310, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

¹³³ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 680; Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 336, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003.

¹³⁴ Cám. Nac. Com. Sala E, 26/9/2011, "Abramo, Jorge Luis c/ Medio Ambiente S.A. s/ Incidente (de medidas precautorias).

Desde ya que no resulta posible asimilar la intervención prevista en el art. 17 de la ley de concursos, en tanto prevé la designación de un coadministrador, veedor o interventor controlador para el supuesto de contravención a lo dispuesto en los arts. 17 y 25 de la L. 24.522, porque su finalidad es la protección del patrimonio cesante con mira en el interés de los acreedores y porque su aplicación no conlleva el cumplimiento de los recaudos previstos en la ley societaria. En contra de esta apreciación la Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial¹³⁵.

Es idéntico el criterio en punto a las sociedades en liquidación toda vez que estos entes conservan su personalidad a los fines liquidatorios y se rigen por las normas correspondientes a su tipo en cuanto resulten compatibles (art. 101 L.S.). Por otra parte, salvo casos especiales o estipulación contractual en contrario, la liquidación se encuentra a cargo del órgano de administración (art. 102 L.S.).

De tal forma, no existen escollos para que, frente a las situaciones críticas descriptas en el art. 113 L.S., resulte procedente la intervención judicial de los administradores.

Concuerda con ello la mayoría de la doctrina¹³⁶ y plurales precedentes de la Cámara Nacional en lo Comercial¹³⁷.

28.9. Intervención del órgano de gobierno y fiscalización.

Se ha discutido en doctrina la posibilidad de intervenir el órgano de gobierno y el de fiscalización.

En punto al primero, la sola posibilidad de desplazar a los dueños del capital para ser reemplazados por un funcionario judicial resulta una suposición absurda.

La tesis tomó alguna consistencia al haber sido sostenida por Garo según informa Verón¹³⁸. Como bien explica Roitman, se trata de una mera desinterpretación del texto de Garo quien se refería a los órganos de gobierno en referencia a lo que modernamente se llama de administración y fiscalización¹³⁹.

Resulta más razonable discutir acerca de la posibilidad de intervenir el órgano de fiscalización. Ello así por cuanto, siendo aplicables al consejo

¹³⁵ Cám. Nac. Com., Sala A, 8/3/2002, “Multicanal S.A. c/ Supercanal Holding S.A. s/ Medida cautelar s/ inc. medida cautelar”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 9, Junio 2002.

¹³⁶ Molina Sandoval, Carlos; Régimen Societario. Parte General. Tomo II, pág. 1.145, Lexis Nexis, Buenos Aires, agosto de 2004, Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 680; Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 336, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003.

¹³⁷ Cám. Nac. Com., Sala E, 26/10/2011, “Olazar, Carlos Gustavo c/ Adepro S.C.A. s/ Ordinario s/ Inc. de apelación art. 250 C.Pr.”; Sala D: 30/10/2003, “Valtorta, Juana Beatriz c/ Fridman, Héctor carlos y otros s/ Medida Cautelar”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 16, Marzo 2004.

¹³⁸ Veron, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 395, editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993.

¹³⁹ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 665.

de vigilancia y a la sindicatura las normas previstas para el directorio (arts. 280 y 298 L.S.) resulta procedente plantear judicialmente su remoción.

En tal línea, si la actuación de los fiscalizadores, resultara susceptible de ocasionar daño grave, estimamos procedente la intervención judicial con los recaudos previstos en el art. 214 L.S.. Si bien el desplazamiento cautelar no está previsto expresamente para el órgano de control, resulta posible su aplicación analógica (art. 16 Cód. Civil).

En la doctrina, la posibilidad que auspiciamos ha sido sostenida por Nissen¹⁴⁰, Roitman¹⁴¹ y Molina Sandoval¹⁴² y descartada por Muguillo, quien explica su impertinencia con base en el texto expreso del art. 113 y, en especial, “...por no ser un órgano que lleve a cabo actos u omisiones que pongan en peligro el patrimonio social...”¹⁴³.

28.10. Algunas otras cuestiones controvertidas.

En otro orden, se advierte con alguna frecuencia, el conflicto que resulta de la privación de la doble instancia para el administrador desplazado o para la sociedad, cuando la solicitud de intervención fue ya admitida en la Alzada por apelación interpuesta por el peticionante.

La posibilidad de contradecir la medida en la instancia inferior cuando esa cuestión ya fue resuelta puede ser rechazada por el juez, sosteniéndose que la cuestión hubo ya sido fallada por el Superior. Pareciera que, en tal supuesto, la única alternativa del demandado es recurrir a la provisionalidad de las cautelares con base en la norma del art. 202 del C.P.C., para replantear su procedencia.

Así ha sido fallado por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo al respecto que: *"El hecho de que la medida cautelar se dicte inaudita parte y la particular circunstancia de que en autos se haya decretado en esta alzada, convertirían a la medida de autos en absolutamente irrevisable en vía ordinaria, lo cual parece un tanto excesivo o inadecuado; claro que ese decreto cautelar podría ser revisado a través de la reposición que aquí se propone, mas a ello obsta lo dicho en 2.a y b (aclárase que en los referidos apartados se había considerado inadmisibles cuestionar las sentencias de Cámara por la vía de la reposición). Entonces, una interpretación más amplia y flexible de la norma del art. 202 CPCCN. permite el siguiente razonamiento: las circunstancias que determinaron la medida dictada por esta sala fueron las relatadas por el peticionario de la misma, en relato obviamente unilateral de esa parte; nada impide, pues, que la entidad afectada por esa decisión cautelar controvierta en la primera instancia ese*

¹⁴⁰ Nissen, ob. cit., Tomo 2, pág. 306.

¹⁴¹ Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 664.

¹⁴² Molina Sandoval, Carlos; Régimen Societario. Parte General. Tomo II, pág. 1.136, Lexis Nexis, Buenos Aires, agosto de 2004.

¹⁴³ Muguillo, Roberto, “Ley de Sociedades Comerciales”, pág. 191, Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.

*relato, sea en lo referido a la existencia de los hechos relatados, a la omisión de otros hechos no expuestos, a la significación de esos hechos y actos, y a todo otro tema que interese a esa entidad cuyo directorio ha visto suspendida la ejecución de una de sus decisiones*¹⁴⁴.

Otra cuestión que ha dado lugar a divergencias es la legitimación de los administradores desplazados para contestar la demanda de remoción. Explica Roitman que hasta tanto el interventor no se constituya en las respectivas causas judiciales en las que la sociedad sea parte, continuarán con legitimación para actuar los administradores removidos. Luego de ello, cesarán en su intervención en nombre de la sociedad, sin perjuicio de poder continuar en el pleito en el carácter de terceros intervinientes y en la medida de su interés¹⁴⁵

Nissen estima de aplicación las normas relativas a la impugnación de asambleas, en especial el art. 253 L.S. en cuanto los accionistas que votaron favorablemente designarán por mayoría un representante ‘ad hoc’ para evitar que los mismos demandantes representen a la sociedad¹⁴⁶.

28.10. Conclusión.

Tal como lo advirtiéramos al comienzo de estas líneas, resulta notable la dinámica que ofrece el instituto en estudio a través del tiempo.

Es que las normas en vigencia, consagradas en la ley 19.550, lo fueron mediante la adhesión sin ambages a la profusa creación jurisprudencial generada con anterioridad a su vigencia, como expresamente se admite en la Exposición de Motivos. De tal forma, muchas de tales disposiciones han caído en la obsolescencia y requieren una urgente reforma como lo viene reclamando la doctrina más calificada¹⁴⁷.

Las apuntadas falencias han sido suplidas por el pretorio que ha exhibido, desde la sanción de la ley y hasta el presente, una notable elaboración de pautas que ha ido supliendo las omisiones comentadas y que, seguramente, será la base de las tan esperadas reformas.

¹⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 30/4/2003, ‘Fernández Aramburu, Dardo v. Hurtado, Elsa C.’; Abeledo Perrot, 30012574.

¹⁴⁵ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 739.

¹⁴⁶ Nissen, ob. cit., Tomo 2, pág. 306.

¹⁴⁷ Nissen, Ricardo; “Intervención judicial de sociedades comerciales. Imprescindibles reformas a la legislación actual”; en Revista de las Sociedades y Concursos, de Fidas, año 12, 2011 1, pág. 9, editorial Legis.

Bibliografía:

- Arazi, Roland; Medidas Cautelares, Ed. Astrea, Buenos Aires, febrero de 1999.
- Arecha, Tomás J., “Disfuncionalidad del órgano de administración como causal de intervención judicial independientemente de los sujetos que lo componen. Efectos de la renuncia y/o reemplazo de los miembros del órgano”, en XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, octubre de 2010.
- Balonas, Daniel; “La intervención social ante conflictos entre socios”, pág. 451, en “La Actuación Societaria”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2005.
- Bolesso, H., “Intervención Judicial en las sociedades no constituidas regularmente”, L.L. T. 1986-E, pág. 1015.
- De Lázari, Eduardo N., “Medidas Cautelares”, Librería Editora Platense, Tercera Edición, Buenos Aires, marzo de 2000.
- Esandi, Luis María; “Las sociedades no constituidas regularmente y su intervención”; La Ley, 1997-D, 410.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 312, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003.
- Cámara, Héctor. Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.
- Cámara, Héctor, “Intervención Judicial de Sociedades”, en ‘Derecho Societario’, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985.
- Couso, Juan Carlos “Intervención y administración de sociedades”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1983.
- Halperin, Isaac; Curso de Derecho Comercial, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, setiembre de 2000, edición actualizada por Enrique Butty.
- Marcos, Guillermo Andrés, “La intervención de la sociedad y el criterio restrictivo en el anteproyecto de reforma de la L.S.”. Ponencia presentada en conjunto con el Dr. Sebastian Amaya, en el XLI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, celebrado en San Isidro, 28 y 29 de abril de 2005.
- Marcos, Guillermo Andrés. “Intervención Judicial. Necesidad de agotar los recursos contractuales”. Ponencia presentada en el XLVIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Azul, 27 y 28 de noviembre de 2008.

- Martorell, Ernesto; Sociedades Anónimas, pág. 181, editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1988.
- Molina Sandoval, Carlos; Régimen Societario. Parte General. Tomo II, Lexis Nexis, Buenos Aires, agosto de 2004.
- Muguillo, Roberto, 'La impugnación de las decisiones del Directorio', Revista La Información, t. LVIII, p. 773.
- Muguillo, Roberto, "Ley de Sociedades Comerciales", Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.
- Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo IV, pág. 252.
- Nissen, Ricardo Augusto; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.
- Nissen, Ricardo Augusto; Ley de sociedades comerciales, Tomo I, pág. 296, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.
- Nissen, Ricardo Augusto, "Necesarias y urgentes modificaciones al instituto de la intervención judicial en las sociedades mercantiles", en El directorio en las sociedades anónimas – Estudios en homenaje al profesor consulto Dr. Carlos S. Odriozola, Editorial Ad-Hoc, pág. 347, Buenos Aires, noviembre de 1999.
- Nissen, Ricardo; "Intervención judicial de sociedades comerciales. Imprescindibles reformas a la legislación actual"; en Revista de las Sociedades y Concursos, de Fidas, año 12, 2011 1, Editorial Legis.
- O'Reilly, Cristina, "Intervención Judicial" en Tratado de Derecho Comercial dirigido por Ernesto Martorell, Tomo VI, Editorial La Ley, Buenos Aires, septiembre de 2010.
- Otaegui, Julio, "Administración Societaria"; Ed. Abaco, Buenos Aires, 1976.
- Palacio, Lino Enrique; Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, agosto de 1990.
- Palacio, Lino Enrique; Derecho Procesal Civil, Tomo 8, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, abril de 1989.
- Reyes, Rafael Hugo, Derechos individuales del socio, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, marzo de 1993.
- Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006.
- Veron, Alberto, Nulidades Societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abusos de mayorías y minorías. LL, t. 1987-B, p. 334.
- Veron, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993.

- Veron, Alberto Víctor; *Sociedades Comerciales*, Tomo 3, Editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993.