

Suspensión preventiva de la ejecución de las decisiones de la asamblea.

1.- Generalidades.

La previsión del art. 252 de la L.S. se inscribe dentro del elenco de medidas cautelares contenidas en la ley de fondo.

La prescripción tiene como antecedente la norma del art. 353 del Código de Comercio, que facultaba a los accionistas a solicitar del juez competente, la suspensión de la ejecución de la medida y la declaración de su invalidez.

La norma era escueta y dio lugar a múltiples interpretaciones. Garo se quejaba de ella sosteniendo que se tropieza “...con la parquedad y la desarmónia de los textos legales y la casi absoluta ausencia de materiales doctrinarios nacionales, lo que no se suple, siquiera, con los fallos de nuestros jueces, por ser escasos y no concordar en sus conclusiones...”¹.

Siguiendo esa tendencia, y tildando de ineficaz por insuficiente a tal regulación en la Exposición de Motivos, la ley 19.550 reguló, en su artículo 252, con mayor minuciosidad el régimen de de la suspensión precautoria de la ejecución de la deliberación.

Allí se prescribe que “*El juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad*”.

Se trata de una medida preventiva destinada a impedir que la eventual sentencia de invalidez de la decisión del órgano de gobierno se vea frustrada por la ejecución de la decisión.

Enseña Palacio que, en tanto la satisfacción instantánea de cualquier pretensión o petición extracontenciosa resulta materialmente irrealizable, el legislador ha debido contemplar la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que torne inoperante los efectos de la resolución definitiva². Este sistema cautelar tiende, entonces, a conjurar ese tipo de riesgos, mediante la paralización de las resoluciones cuestionadas con la finalidad de asegurar la eficacia práctica de la sentencia.

Pero además de ello –según Sasot-, la ley ha querido también impedir que al amparo de un pedido arbitrario de suspensión de la decisión asamblearia impugnada, supuestamente nula, se creen perjuicios indebidos a la sociedad, o a los accionistas, razón por la cual es precisa la enumeración de los extremos que

¹ Garo, Francisco; Sociedades Anónimas, tomo II, pág. 50, Editorial Ediar, Buenos Aires, enero de 1954.

² Palacio, Lino Enrique; Derecho Procesal Civil, Tomo VIII, pág. 13, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, abril de 1989.

deben darse para que el pedido de suspensión de los acuerdos de la asamblea pueda prosperar³.

2.- Definición:

Se la ha definido como aquella medida cautelar específica prevista por el legislador para impedir la ejecución de las decisiones asamblearias contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento, con lo cual se produciría la frustración de los derechos de quienes impugnan ese acuerdo, malográndose la eficacia del fallo a dictar en oportunidad de decidir sobre la acción de nulidad⁴.

3.- Requisitos. Propios y comunes a todas las cautelares.

Resultan requisitos propios de esta medida: a) La petición de parte, b) Existencia de motivos graves; c) Ausencia de peligro para terceros; d) Contracautela.

Ello sin perjuicio de los recaudos genéricos de las cautelares tales como la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

3.1.- Petición de parte.

La legitimación activa se adjudica, sin dudar, a los accionistas señalados en el art. 251, vale decir, los que no hubieren votado favorablemente el acuerdo impugnado y los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Y por supuesto que se encuentran habilitados para solicitar la cautelar los accionistas que, a pesar de haber votado favorablemente el acuerdo impugnado, su voto resultara anulable por vicio de la voluntad.

La falta de acreditación de la calidad de accionista a la época de la asamblea por falta de exhibición de los títulos y por ausencia del libro de registro de accionistas, ha determinado el desoimiento de la pretensión⁵.

Por mandato expreso de la segunda parte de la norma en comentario, también se encuentran legitimados para plantear la nulidad de las decisiones asamblearias y, consecuentemente, para impetrar la cautelar, los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y la autoridad de contralor.

En cuanto a éstos, concuerda la doctrina en que los directores se encontrarían eximidos de prestar contracautela toda vez que tal menester no es más que una consecuencia del cumplimiento de los deberes impuestos imperativamente por la ley (art. 59 y 274 L.S.).

Los terceros titulares de un interés legítimo también se encontrarían habilitados para proponer la cautela según lo ha indicado la doctrina de los autores.

³ Sasot Betes – Sasot, “Sociedades Anónimas. Las asambleas”, pág. 649, Editorial Abaco, Buenos Aires, octubre de 1978.

⁴ Nissen, Ricardo; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 4, pág. 168, Editorial Abaco, Buenos Aires, febrero de 1998.

⁵ Cám.Nac.Com., Sala A, 6/9/2011, “Raele, Julio y otro c/ Milenio Bahía S.A. s/ Medida Precautoria”.

Así, Sasot Betes – Sasot, han sostenido la habilidad de los terceros cuando, en diferentes situaciones se encuentran vinculados con la sociedad, como quienes se encuentran vinculados crediticiamente con la sociedad y las decisiones adoptadas por ésta pudieren ocasionar algún tipo de detrimento a su derecho de cobro⁶.

Nissen explica que tal admisión es posible solamente para el supuesto que el vicio que afecte a ese acto sea de nulidad absoluta como consecuencia de lo dispuesto por el art. 1047 del Código Civil, cuando confiere legitimación para atacar un acto jurídico a todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba⁷.

Así como los terceros gozan de legitimación para promover la acción de nulidad prevista en el Código Civil, y a pesar de que ésta no se adapta necesariamente al negocio societario pues tal régimen de nulidad se encuentra previsto para el acto bilateral, se ha estimado aplicable a la acción de nulidad absoluta de una decisión asamblearia la medida cautelar prevista en el art. 252 L.S.⁸.

Desde ya que las personas ajenas al ente deben contar con un lazo de ligazón específica que los ate a la sociedad o que sus derechos estén relacionados con las normas de funcionamiento de la sociedad tales como los debenturistas, tenedores de bonos convertibles, titulares de bonos de goce y participación, fundadores de la sociedad según enumeración de Halperin⁹.

Vinculado con la legitimación activa, es dable reflexionar acerca del interés legítimo de peticionante de la suspensión: Es decir si se debe tratar de modo exclusivo de la protección del interés social o también ampara esta medida el interés individual del peticionante.

Predomina la postura que emerge de los fallos y que considera que los "*motivos graves*" que autorizarían la suspensión no deben meritarse primordialmente en función del perjuicio que podría ocasionar al socio la ejecución de la decisión, sino fundamentalmente del interés societario, que predomina sobre el particular del impugnante (Cám. Nac. Comercial, Sala D, 4/2/2013, "Costa, Claudio Roberto c/ Sarmiento 1599 S.A. s/ Ordinario s/ Incidente de Apelación")¹⁰, habiéndose desestimado la pretensión que solo "*...procura el resguardo del interés individual*

⁶ Sasot Betes – Sasot, "Sociedades Anónimas. Las asambleas", pág. 642, Editorial Abaco, Buenos Aires, octubre de 1978.

⁷ Nissen, Ricardo; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 4, pág. 141, Editorial Abaco, Buenos Aires, febrero de 1998.

⁸ Filippi, Laura y Nissen, Ricardo, "Suspensión provisoria de decisión asamblearia a pedido de terceros", en La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos, Editorial Ad-Hoc.

⁹ Halperin. Isaac; Sociedades Anónimas, p. 652

¹⁰ En el mismo sentido Cám. Nac. Com., Sala B, "Carpinelli Carlos Alberto c/ Carpinelli S.A. y otros s/ordinario s/ incidente de apelación art. 250 CProc.", 09/08/2012, Revista Electrónica de Derecho Societario N° 48 - Diciembre 2012; CNCom., Sala D, "Álvarez Rojo Ricardo c/ Arcos del Gourmet S.A. y otros s/ ordinario"13/11/2012; CNCom., Sala A, 17/11/2011, "HG Enterprises S.A. Promotora de Inversión de Cap. Var. c/ Typac S.A. y otros s/ Medidas cautelares s/ Incidente de apelación"; Cám. Nac. Com., Sala E, 26/10/2009, "Dellachiesa, Jorge Héctor c/ Biandronno S.R.L. s/ Ordinario".

del impugnante pero no se acredita positivamente la existencia de un peligro grave e inminente para la continuidad del giro social del ente emplazado..."¹¹.

No podemos compartir la tesis. No puede haber discusión alguna en cuanto a que el interés fundamental que se persigue a través de la medida cautelar de suspensión de la decisión asamblearia es el social; pero a pesar de ello, no puede desatenderse que, muchas veces, las conductas anómalas del órgano de gobierno lesionan derechos esenciales de los socios tales como el de asistencia a la asamblea, o prerrogativas vinculadas a sus derechos políticos o patrimoniales.

No parece justo que tales transgresiones carezcan de tutela jurisdiccional inmediata en el mismo modo en que el legislador, a través de innúmeros mecanismos, ha procurado preservar tales derechos básicos de los miembros de la sociedad dentro del propio régimen sustantivo.

Un reciente fallo de la Sala F coincide con nuestro pensamiento: *"...Cualquiera que sea la posición que se adopte sobre este aspecto, parece claro que -en los límites estrechos en que la cuestión puede actualmente juzgarse- la facultad que el ordenamiento societario confiere al juez para decidir la suspensión de los acuerdos sociales impugnados persigue una doble finalidad de protección: (i) conjurar el eventual perjuicio individual y (ii) evitar la consumación de actos lesivos del interés social -que en el caso, ciertamente, ha sido invocado-..."*, (Cám Nac. Com., Sala F., "Eguiluz, María Lucrecia c/ Establecimientos Los Manantiales SA y otro s/ ordinario", 28/12/2010, 'Revista Electrónica de Derecho Societario N° 44 - Agosto 2011')¹².

Es, también la enseñanza de Nissen: *"Es de toda evidencia el desacierto de esta corriente jurisprudencial, enrolada en la teoría institucionalista de la sociedad, que se opone a la teoría contractualista a la cual el legislador se ha adherido sin reservas, conforme surge de la Exposición de Motivos al comentar el art. 1 LSC..."*¹³.

Coincidimos con Balonas en que, calificado el interés social como la obtención de utilidades mediante el cumplimiento del objeto social, es claro que los socios someten a él su interés individual en toda actuación social; pero tal sometimiento debe ser realizado en el marco de la ley, con lo cual es impensable que

¹¹ CNCom., Sala D, "Álvarez Rojo Ricardo c/ Arcos del Gourmet S.A. y otros s/ ordinario" 13/11/2012.

¹² Coincide con la postura: CNCom. Sala E, 8/7/2011, "Palmeiro, Guillermo César c/ Posta Pilar SA s/ Medida precautoria s/ Incidente de Apelación (art. 250 Cód. Procesal)", Revista Electrónica de Derecho Societario n° 45, Diciembre 2011.

¹³ Nissen, Ricardo; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 4, pág. 180, Editorial Abaco, Buenos Aires, febrero de 1998.

el socio deba tolerar que se viole la ley en menoscabo de sus derechos aunque el interés social aparezca como beneficiario en ello¹⁴.

Vale decir entonces que, en nuestra opinión, posee interés legítimo para peticionar la cautelar al accionista cuyo interés individual ha sido afectado la resolución impugnada, lo que habilita su legitimación activa para el reclamo.

No ha habido acogimiento jurisdiccional al decreto de suspensión de las decisiones de la asamblea sin petición de parte, desestimándose las decisiones de la primera instancia que habían dispuesto de modo oficioso tal medida.¹⁵

3.2.- Motivos graves:

También requiere la norma la existencia de motivos graves que ameriten la paralización por vía judicial de las decisiones del órgano de gobierno.

Este recaudo se emparenta con los genéricos de todas las medidas cautelares, o sea, verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Ello así por cuanto la presencia de los graves motivos puede no estar acreditada de modo pleno en esta instancia, sino que bastará el conocimiento superficial o periférico, ya que la probanza efectiva de tales extremos se encontrará reservado a la etapa de conocimiento. Y por otra parte, la existencia de motivo grave que deba conjurarse con premura, no será otra cosa que el peligro en la demora; recaudo genérico de todas las cautelares.

Palacio enseña que para obtener el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado, tradicionalmente llamado '*fumus boni iuris*', en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en proceso principal se declarará la certeza de ese derecho¹⁶.

Tiene dicho el tribunal cimero que el juicio de verdad está en oposición a la finalidad del instituto cautelar; destinado a atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (CS, in re "Baliarda SA c/ Pcia. de Mendoza", del 30-5-95; id. Líneas Aéreas Williams SA c/ Pcia. de Catamarca", del 16-7-96).

Vale decir que las evidencias de que la resolución asamblearia ha sido adoptada en violación de la ley, estatuto o reglamento deben ser proporcionadas al juez en modo verosímil ('*fumus boni iuris*') añadiendo a la petición la prueba sumaria de tales inconductas.

¹⁴ Balonas, Daniel; "La impugnación de asambleas es una acción individual", ponencia presentada en el LIV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Bahía Blanca, noviembre de 2011, pág. 221 del Libro de Ponencias.

¹⁵ Cám. Nac. Comercial, Sala F, 28/12/2010, "Calvosa, Santiago c/ City SCA y otros s/ Medida precautoria s/ Incidente de apelación" (art. 250 CPCC).

¹⁶ Palacio, Lino Enrique; Derecho Procesal Civil, Tomo VIII, pág. 32, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, abril de 1989.

Así, se ha estimado susceptible de suspensión la decisión que surge de la reunión de socios realizada con graves defectos de convocatoria¹⁷; o cuando se ha impedido al socio el ingreso a la asamblea alegándose que el aviso debería haber sido dado con un plazo mayor al previsto en el art. 238 L.S.¹⁸; o cuando se ha resuelto la disolución de la sociedad y el pedido de propia quiebra sin la debida deliberación y voto de accionistas que manifestaron su voluntad de participar en el acto¹⁹. También se ha juzgado susceptible de la suspensión cautelar de las decisiones adoptadas en una asamblea luego de verificarse la falsificación de la firma del socio en el registro de asistencia²⁰, o cuando se ha resuelto un aumento de capital que no estaba incluido en el orden del día²¹, o para evitar que los honorarios de los directores, indebidamente fijados, salgan del patrimonio social²² o cuando se han transgredido las normas sobre la forma de resolver la constitución de reservas facultativas²³.

En cuanto al peligro en la demora, la ley a veces requiere expresamente tal justificación utilizando literalmente esta expresión, pero en otras oportunidades utiliza expresiones equivalente como el grave peligro mentado por el art. 252 de la L.S..

3.3. Ausencia de peligro para terceros:

La ausencia de peligro para terceros, amén de configurar un recaudo expreso de la ley (art. 252 L.S.) está presente en el requerimiento de la doctrina judicial que emerge de la Cámara Nacional de Comercio: (Sala A 8.7.10, "Likefox SA y otro c/Carlini Hugo Leonardo y otro s/ medida precautoria", www.societario.com, ref. n° 16848; Sala A, 22.6.82, "Mercanti Héctor L. c/ Empresa de Transportes General Roca", www.societario.com, ref. n° 1477; Sala B, 31.10.83, "Milrud Mario c/ The American Rubber Co. SRL", www.societario.com, ref. n° 7203; Sala E, 10.2.87, "La Gran Provisión S.A. c/ Meili y Cía. S.A. s/ inc. med. cautelares", www.societario.com, ref. n° 9824; 30.3.95, "Galante Bernardo c/ Aerolíneas Argentinas S.A.", www.societario.com, ref. n° 9823).

¹⁷ Cám. Nac. Com., Sala B, "Cambon, José María c/ Bracorp S.A. s/ Medida Precautoria s/ Incidente art. 31 del C.Pr.", expediente n° 50738/2010, 11/3/2013; Cám. Nac. Com., Sala C, 2/10/2012, "Vázquez, Raymundo y otros c/ San Mamed SA y otros s/ Ordinario s/ Incidente de apelación (art. 250 CPCC); Revista Electrónica de Derecho Societario n° 49 – Abril de 2013.

¹⁸ Cám. Nac. Comercial, Sala A, "Armor S.A. c/ Armor Latina S.A. s/ Medida Precautoria", 17/8/2006, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 28, Diciembre de 2006.

¹⁹ Cám. Nac. Com., Sala A, 19/5/2011, "Renzini, Francisco Hugo c/ Macren International Travel S.A. s/ Medida Precautoria s/ Incidente de apelación (art. 250 CPCC)".

²⁰ Cám. Nac. Com., Sala E, 10/4/2012, "Suárez, Héctor Osvaldo c/ Villa Cabinda S.A. y otros s/ Ordinario".

²¹ Cám. Nac. Com., Sala C, 14/11/2006, "Álvarez Cañedo Francisco José c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro S/ medida precautoria", Revista Electrónica de Derecho Societario N° 29 - Marzo 2007

²² Cám. Nac. Com., Sala A, 15/10/2010, "Esparrica, Mario Roberto c/ Famiq S.A. s/ ordinario s/ Incidente art. 250 CPCC", Revista Electrónica de Derecho Societario n° 43 – Abril 2011; Cám. Nac. Com., Sala E, 4/6/2009, "González Ramella, Virginia c/ Asyst S.A. s/ Ordinario".

²³ Cám. Nac. Com., Sala B, 7/12/2011, "Guthmann, Anabel Silvia c/ Atalaya S.A. y otro s/ Medida Precautoria", Revista Electrónica de Derecho Societario n° 46 – Abril 2012.

Esta previsión tiene la evidente finalidad de proteger a los terceros ajenos al ente que podrían verse perjudicados si la retroacción de la decisión del órgano de gobierno afecta derechos adquiridos por haber sido aquella ejecutada.

Interpretamos que la acreditación de tal ausencia de perjuicio no puede estar en cabeza del peticionante porque podría transformarse en la prueba de un hecho negativo y de prueba imposible. No estamos de acuerdo con lo decidido en tal sentido por la Cámara Nacional Comercial, Sala D, con fecha 4/2/2013, en los autos “Costa, Claudio Roberto c/ Sarmiento 1599 S.A. s/ Ordinario s/ Incidente de Apelación”.

Destaca Moro que es necesario que del otorgamiento de esta medida cautelar no se deriven perjuicios para terceros, presupuesto éste que corresponde interpretar en sentido amplio –esto es, comprensivo tanto del perjuicio actual como del potencial- siendo suficiente que exista la posibilidad cierta de su configuración para volver improcedente la medida a la luz de la ponderación previa del juzgador²⁴.

3.4. Dedución de la acción de fondo.

El inicio de la acción de impugnación de la decisión asamblearia es otro requisito impuesto, no por la ley, sino en forma mayoritaria por la doctrina judicial y la de los autores.

En este sentido se ha expedido Veron²⁵; también Moro, quien explica que, a pesar de que ello exceptúa las reglas generales en materia de medidas cautelares, surge de la lectura finalista y, a su vez literal, del art. 252 L.S.²⁶. Participan de la idea Martorell²⁷ y Arecha y García Cuerva²⁸.

Lo mismo piensa Nissen cuando apunta que el requisito surge de modo implícito en el art. 252 L.S. cuando se refiere a la *resolución impugnada* y también del art. 253 cuando prescribe la suspensión de la causa, “*salvo el supuesto de la medida cautelar*”²⁹.

Y es, también, la línea de pensamiento que surge de los siguientes precedentes:

Cám. Nacional Comercial, Sala C, “Adamow, Gustavo Miguel c/ Iprivisión S.A. y otro s/ medida precautoria”; Cám. Nacional Comercial, Sala A, 13/03/2013, “Schusterman, Martin y otro c/ Kop 2506 S.R.L. s/ Medida precautoria”, La Ley 2/7/2013, cita online: AR/JUR/14537/2013.

²⁴ Moro, Emilio; “Estado contable aprobado”, en La Ley 2008-C, 544.

²⁵ Veron, Alberto Víctor; Sociedades Comerciales, Tomo 3, pág. 933, Editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993.

²⁶ Moro, Emilio; “Estado contable aprobado”, en La Ley 2008-C, 544.

²⁷ Martorell, Ernesto Eduardo “Sociedades Anónimas”, pág. 297, Editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1988.

²⁸ Arecha, Martin y García Cuerva, Héctor M., Sociedades Comerciales, pág. 372, Editorial Depalma, Buenos Aires, octubre de 1976.

²⁹ Nissen, Ricardo; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 4, pág. 175, Editorial Abaco, Buenos Aires, febrero de 1998.

No podemos compartir tal enfoque:

En primer lugar no nos parece válida la imposición de un recaudo ausente en la ley que, además, contraría normas expresas de los códigos adjetivos. El art. 195 del Cód. Pr. Civil y Comercial de la Nación dispone que las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente. Igual norma contiene el código procesal de la provincia de Buenos Aires.

Tampoco parece razonable extraer ello de la “finalidad” de la norma porque la tésis cautelar de la previsión legal se puede cumplir con más eficacia admitiéndose la interposición de una cautelar urgente con anterioridad a la promoción de la acción fonal.

Mucho menos de la frase *resolución impugnada*. Ello por cuanto no es posible deducir de un participio pasado utilizado con función adjetiva consecuencia jurídica alguna puesto que su único efecto es gramatical, y consiste exclusivamente en nominar apropiadamente a la decisión asamblearia en crisis. Además de ello, es un modificador directo al que se le omitió el nexos y el auxiliar: el verbo “*ser*”, pero en cualquiera de sus tiempos. Vale decir que podría ser “*que fue impugnada*” o “*que es impugnada*” o “*que será impugnada*”. En síntesis: no nos cabe duda de que cuando el art. 252 L.S. se refiere a la “*resolución impugnada*” lo hace simplemente como sinónimo de “*resolución cuestionada*” o, como dice Molina Sandoval, se trata de una clara finalidad identificatoria de la resolución³⁰.

En segundo lugar debe advertirse que, cuando la ley ha querido excepcionar la regla general en materia cautelar lo ha hecho expresamente. V.gr.: el artículo 114 de la L.S. cuando de modo manifiesto impone como recaudo ‘*sine qua non*’, el haber promovido la acción de remoción sin eufemismos de ninguna clase. Añado, por otra parte, que aún a pesar del texto expreso de la ley, alguna calificada doctrina propone dejar de lado el recaudo impuesto por el art. 114 L.S., privilegiando el ordenamiento de forma³¹.

Por último no puedo dejar de hacer una objeción constitucional al argumento: El Congreso de la Nación sólo tiene atribución para el dictado de las leyes de fondo (art. 75 inc. 12 C.N.), sin perjuicio de la posibilidad de incursionar —como en el caso de la L.S.—, en el terreno adjetivo ya que 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 fondo³². Pero cuando la norma sustancial omite la disposición formal específica, rige la norma local por imperio de la previsión del art. 121 de la C.N. cuando señala que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal.

³⁰ Molina Sandoval, Carlos; Medidas Cautelares en la Impugnación Asamblearia, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, pág. 1344, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, noviembre de 2004.

³¹ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 720.

³² Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 640.

De tal forma, estimamos que la acción cautelar objeto de este trabajo puede interponerse antes de deducirse la acción de fondo e impetrarse ésta dentro del plazo que admita cada jurisdicción local. En el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el art. 207 admite la promoción de la cautelar antes de la acción principal con la carga de interponer la demanda dentro de los diez días de la traba de la cautelar, bajo apercibimiento de caducidad. Igual previsión exhibe el Código Procesal bonaerense.

Coincide Reggiardo cuando dice: “*Creo que debería permitirse su deducción previa, aunque en tal caso, el juez debería valorar con mayor grado de estrictez el cumplimiento de los requisitos, especialmente el del ‘peligro en la demora’...*” (Reggiardo, Roberto Sergio; “La suspensión cautelar de de la decisión de asamblea y los intereses involucrados”, LL Litoral 2007 (noviembre) 01/01/2007, 1035).

Añadimos un argumento de López Tilli cuando señala la inconveniencia de compeler al impugnante a iniciar la cautelar junto con la acción principal: “...*Forzarlo a hacerlo tan solo una vez que se haya interpuesto la acción principal implicaría correr el riesgo de que la sociedad cuya asamblea se impugna tome conocimiento de tal circunstancia y pueda realizar actos tendientes a entorpecer o frustrar el derecho del accionista cuya cautela se persigue...*”³³.

De todas formas, interpretamos que debe entenderse acreditado el recaudo con el inicio de la mediación previa como lo han entendido –aunque en relación a la intervención judicial-, diversos precedentes³⁴, con criterio adverso de la Sala E³⁵.

3.5. Decisión susceptible de producir efectos y que no se haya ejecutado. Estados contables.

También al amparo de la creación pretoriana y de la doctrina de los autores, se han perfilado como recaudos dos exigencias ausentes en la ley: a) que la decisión sea susceptible de producir efectos³⁶, y b) que no se haya ejecutado³⁷.

Pero básicamente, vinculada con estas cuestiones se encuentra la relativa a la posibilidad de que resulte susceptible de suspensión cautelar en los términos del art. 252 L.S., la resolución asamblearia que trató los estados contables.

³³ López Tilli, Alejandro M., “Las asambleas de accionistas”, pág. 419, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, mayo de 2001.

³⁴ 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/ Tracer 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.

³⁵ 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.

³⁶ Reggiardo, Roberto Sergio; “La suspensión cautelar de la decisión de asamblea y los intereses involucrados”, LL Litoral 2007 (noviembre), 01/01/2007, 1035.

³⁷ Veron, Alberto Víctor; Sociedades Comerciales, Tomo 3, pág. 933, Editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993.

Ello así por cuanto divergen los autores en cuanto a las consecuencias de las decisiones que involucran la aprobación de los balances, vale decir si éstas son susceptibles de producir efectos o si se ejecutan o no instantáneamente y, como derivación de ello si cumplen los recaudos para su suspensión cautelar.

Una primer postura —a la que adscribe Nissen—, sostiene que la aprobación de los estados contables no es una resolución asamblearia que se agota con su aprobación, pues de ella se deriva inescindiblemente la distribución de los resultados del ejercicio y además, la presentación de los balances a terceros implica actos de ejecución de la decisión asamblearia respectiva³⁸.

En el mismo carril Moro afirma que no correspondería imponer, así, una *"restricción dogmática"* donde no la hay, máxime teniendo en cuenta que la propia LSC le impone a la impugnación de estados contables una protección adicional: la imperatividad (o irrenunciabilidad) del art. 69, L.S., añadiendo que no parece serio controvertir el carácter de acto jurídico —societario— que trasunta todo estado contable aprobado. La circunstancia de que su virtualidad se agote en sí misma no implica que no produzca efectos jurídicos pues, de otro modo, a fuerza de ser rigurosos, deberíamos hablar no ya de un acto jurídico en los términos del art. 944, CCiv. y sí, quizás, de un simple acto lícito, para finalizar diciendo que bajo ningún punto de vista puede sostenerse que la aprobación de los estados contables es una situación inocua ya que la *"...funcionalidad de los estados contables —ya lo dijimos— se propaga en múltiples direcciones; su importancia y utilidad para la marcha de la compañía es incontestable..."*³⁹.

La tendencia que, en este sentido surge de los precedentes judiciales es minoritaria: Así las Salas F⁴⁰, E⁴¹ y B⁴².

En contra de ello corre una profusa corriente jurisprudencial:

La Sala C sostuvo: *"...En lo que respecta al punto 2 del orden del día, esta Sala decidió con anterioridad que mas allá de lo que en definitiva se resuelva luego de tramitada la acción principal, las decisiones que únicamente aprueban estados contables no son susceptibles de ser suspendidas por cuanto la virtualidad de esas disposiciones se agotan con la resolución misma, sin que exista materia alguna con aptitud de "ejecución" que haga menester detener o impedir*

³⁸Nissen, Ricardo; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 4, pág. 189, Editorial Abaco, Buenos Aires, febrero de 1998.

³⁹Moro, Emilio; "Estado contable aprobado", en La Ley 2008-C, 544.

⁴⁰Cám. Nac. Com., Sala F, 10/3/2011; 2Abal Pena, Alberto c/ Pesquera Deseado S.A. s/ Ordinario".

⁴¹CNCom. Sala E, 8/7/2011, "Palmeiro, Guillermo César c/ Posta Pilar SA s/ Medida precautoria s/ Incidente de Apelación (art. 250 Cód. Procesal)", Revista Electrónica de Derecho Societario n° 45, Diciembre 2011.

⁴²Cám. Nac. Com., Sala B, 7/12/2011, "Guthmann, Anabel Silvia c/ Atalaya S.A. y otro s/ Medida Precautoria", Revista Electrónica de Derecho Societario n° 46 – Abril 2012; CNCom., misma Sala, in re "Vergara Hegi, Mariano c/Aja Espil y Asociados S.A. s/medidas cautelares s/incidente de apelación", del 13.7.01, www.societario.com, REDS n° 7, ref. n° 84; id in re "Superintendencia de Seguros s/presunto ejercicio anormal de la actividad aseguradora", del 21.6.96; id, in re "Maroco Oscar E. c/Lamartine S.A. s/medida precautoria", del 4.12.98, www.societario.com, ref. n° 11650).

*alguna acción ("Parola de Alcoba, Maria M c/La Holando Sudamericana Cía. de Seg. S.A. s/medida precautoria", del 29.12.95; íd. "Fridman Gerardo c/Pullmania Argentina S.A.", del 2.4.90, publicado en www.societario.com, ref. n° 4322)*⁴³.

Esta corriente, mantenida desde el precedente Fridman, recuerda que los balances y sus anexos no son otra cosa que una descripción estática de la situación económica, financiera y patrimonial del ente en el momento en que se confeccionan esos informes. De tal suerte su aprobación o no por la asamblea comporta únicamente la toma de conocimiento por parte de los socios respecto de la marcha de los negocios y la labor del órgano de administración, así como la adopción por parte de los accionistas de una postura de aprobación o rechazo acerca de lo actuado, sin que se siga de esa decisión ninguna medida ejecutoria propiamente dicha. Se infiere de ello que, una vez adoptada por los accionistas la decisión de aprobar los balances, nada queda por ejecutar al respecto, pues el sustrato de esa resolución ya se ha agotado con la decisión misma. Corolario de ello es que entonces nada hay para "suspender" en los términos del art. 252 de la ley 19.550, pues no puede evitarse o paralizarse lo que ya ha acontecido⁴⁴.

En idéntico carril, la Sala A declaró que la decisión habida en el seno de la asamblea relativa a estados contables se encuentra "ejecutada" desde el momento de la decisión misma de aprobarlos, tornando ello abstracto el peligro en la demora y la tutela requerida por la vía precaucional de la LS:252, sin perjuicio y más allá, de la suerte final de su cuestionamiento. Añadióse que median antecedentes jurisprudenciales que señalan que la adopción de una medida cautelar, como la suspensión de la resolución asamblearia relativa al balance, carecería de utilidad práctica ya que no se suspendería la ejecución de lo decidido evitando la ocurrencia de un daño potencial, sino que se enervaría retroactivamente los efectos propios de una decisión ya ejecutada, "...es por eso que se ha resuelto que las decisiones asamblearias que simplemente aprueban los estados contables de un ejercicio no son en principio susceptibles de ser suspendidas en tanto no existiría materia alguna que permita hablar de la necesidad de una "ejecución" de la decisión respectiva (esta CNCom, Sala C, 02.04.90 in re: "Fridman, Gerardo c/ Pullmanía Argentina S.A.", www.societario.com, ref. n° 4322; íd., Sala E, in re: "Schettini, Juan c/ Oblimento s/ expediente separado (CPCC 250, etc.)" del 13.12.95, www.societario.com, ref. n° 5909; íd. íd., in re: "Schettini Juan Jorge c/ Oblimento SA s/ medida precautoria s/ inc. art. 250." del 23.09.98; íd. esta Sala A, in re: "Santoro Roberto c/ Boca Ratón Country Life SA s/ medida precautoria", del 12.03.07)..."⁴⁵. En la misma senda se inscribe la doctrina que surge de los precedentes de la Sala E⁴⁶.

⁴³ Cám. Nac. Com., Sala C, 20/06/2006, "Alvarez Cañedo, Francisco Javier c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro s/ Incidente de Apelación"; Revista Electrónica de Derecho Societario n° 27, Setiembre 2006.

⁴⁴ Cám. Nac. Com., Sala C, 4/2/1998, "Blasco Escobar de Santamaría, Lucía c/ Banco Baires S.A. s/ Inc. de Apel."

⁴⁵ Cám. Nac. Com., Sala A, 11/12/2008; "Armor S.A. c/ Armor Latina S.A. s/ Medida precautoria".

⁴⁶ Cám. Nac. Com., Sala E, 8/5/2000; "De Mayo, Miguel Juan c/ De Mayo-Lonardi S.A. s/ sumario s/ inc. de apelación".

Nos inclinamos por la primera de las posturas.

El sostener que el tratamiento de los estados contables no es más que un mero acto de anoticiamiento por parte de los socios del estado de los negocios sociales importa el desconocer los efectos que se derivan de la aprobación, por parte del órgano de gobierno, de tal reporte.

Enseña Balonas que la aprobación de los estados contables tiene una gran cantidad de efectos, que implican una verdadera ejecución de la misma. Señala entre los principales: Habilitan distribución de utilidades, no sólo por la misma asamblea, sino por posteriores; hacen pública una imagen de solvencia que puede ser utilizada para la obtención de créditos, o, por el contrario, que puede ser motivo para el cierre de créditos o cuentas con proveedores; determinan el valor del derecho de receso; influyen en la determinación de honorarios de administradores, al igual que en el primer punto, ya sea por parte de la misma asamblea como de una posterior; determinan la disolución de la sociedad –con la consecuente responsabilidad en los términos del art. 99-, o, en su caso la reducción forzosa del capital; consolidan situaciones que imponen actuaciones a los administradores; determinan la obligación de pagar impuestos, siendo aún mayor los efectos en las sociedades que cotizan en bolsa⁴⁷.

En esta misma dirección sostiene Muguillo que la propia ley faculta la impugnación de tales estados contables (art. 69 LSC) y de su aprobación suelen surgir consecuencias que pueden ser graves para el patrimonio social, como la distribución de resultados o el pago de honorarios a directores, o, bien tomarse en cuenta a los efectos del otorgamiento de préstamos a terceros que deben tomar decisiones vinculadas con la sociedad⁴⁸.

No puede menos que compartirse que los múltiples y trascendentes efectos derivados del acto del órgano de gobierno que aprueba los balances pueden ser determinantes de graves perjuicios –algunos de ellos irreparables- respecto de los intereses de la sociedad y los particulares de los socios.

Como consecuencia de ello, no es posible seguir sosteniendo que luego de aprobada la asamblea no queda nada por ejecutar o que el sustrato de la decisión se ha agotado con la decisión misma o que ella es insusceptible de seguir produciendo efectos.

Indudablemente que la procedencia de la medida cautelar en análisis dependerá de las circunstancias de hecho a analizar en cada caso; pero debiera repensarse profundamente en la eficacia de estas afirmaciones, mantenidas y realimentadas en multitud de precedentes, creadas solamente al amparo de declaraciones

⁴⁷ Balonas, Daniel; “Suspensión de la decisión asamblearia que aprueba estados contables”, ponencia presentada en el LIV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Bahía Blanca, noviembre de 2011, pág. 227 del Libro de Ponencias.

⁴⁸ Muguillo, Roberto, Ley de Sociedades Comerciales, Segunda Edición, pág. 386, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.

dogmáticas que han producido el nocivo efecto de neutralizar la finalidad preventiva de la suspensión de las decisiones de la asamblea.

4.- Medida cautelar innovativa.

Un significativo cúmulo de precedentes judiciales, ha requerido también en orden a autorizar la procedencia de medidas cautelares innovativas, la configuración de un cuarto requisito -amén de la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la contracautela- cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable⁴⁹.

Sobre el punto, señala Nissen que conforme lo sostiene Peyrano, la irreparabilidad del perjuicio es el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa y la suspensión de la ejecución de la resolución asamblearia impugnada constituye un claro ejemplo de ello⁵⁰.

En nuestra opinión, la medida en análisis se trata de una típica medida de no innovar puesto que su finalidad es que no se altere el estado de cosas existente, o sea impedir un cambio en la situación de hecho o de derecho, mientras dure el proceso y con miras a la eventual sentencia a dictarse (art. 230 del C.P.C.).

En cambio, en el proceso cautelar innovativo, la técnica consiste en que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica (conf. Peyrano, Jorge Walter, “Medida Cautelar Innovativa”, pág. 13, Editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1981)⁵¹.

La suspensión de la decisión asamblearia no implica innovar respecto de lo decidido sino impedir que se ejecute o que se lleve a la práctica, lo cual se encuentra lejos de modificarse un estado fáctico o jurídico sino que su télesis es “congelar” o “paralizar” tal situación⁵².

De tal forma, estimamos que el requisito de la irreparabilidad del perjuicio –propio de la medida innovativa-, no resultaría de aplicación a este instituto cautelar.

⁴⁹ Cám. Nac. Com., Sala A, 17/11/2011, “HG Enterprises SA Promotora de Inversión de Cap. Var. c/ Typac SA y otros s/ Medidas Cautelares s/ Inc. de Apelación”; Cám. Nac. Com. Sala A, 6/9/2011, Rael, Julio y otro c/ Milenio Bahía SA s/ Medida Precautoria.

⁵⁰ Nissen, Ricardo; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 4, pág. 183, Editorial Abaco, Buenos Aires, febrero de 1998.

⁵¹ Citando a Ricardo Reimundin, Prohibición de innovar como medida cautelar, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 19.

⁵² Palacio, Lino Enrique; “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual”, en Revista de Derecho Procesal, Tomo 1, Medidas Cautelares, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 105, Santa Fe, julio de 1998.

Entendemos, por lo demás, que el añadido de este recaudo adicional –tal como el criterio restrictivo o la necesidad de previa o coetánea interposición de la acción principal o su exclusión para la custodia de intereses individuales de los socios-, deforman la naturaleza cautelar y protectoria de la medida, sabiamente dispuesta frente a la conocida insolvencia del proceso contradictorio para brindar respuestas urgentes al conflicto societario.

No podemos menos que afiliarnos a las preocupaciones de Peyrano: “...*Sorprende el tono con el que hoy se utiliza la expresión justicia cautelar, cuando se memora que el terreno de lo precautorio es también el ámbito del derecho de acción, es decir, el del derecho de todos y cada uno a reclamar Justicia y el restablecimiento de derechos conculcados. Sobre el particular se ha señalado que "La acción es un derecho subjetivo público, abstracto, autónomo de que goza toda persona, física o jurídica, para postular el ejercicio de la actividad jurisdiccional". Desde una perspectiva más llana, también puede decirse que es el derecho de cualquiera a demandar a cualquiera lo que fuere y cualquiera fuera la dosis de razón que le asistiera. Se ha dicho y repetido que una restricción severa del poder cautelar importa una merma inaceptable de la garantía constitucional de gozar de un debido proceso o, más modernamente, de disfrutar de una tutela jurisdiccional efectiva...*” (Peyrano, Jorge W., Potestad Cautelar, publicado en La Ley 8/4/2013).

5.- Legitimación pasiva.

La legitimación pasiva le corresponde a la sociedad conforme lo edicta el art. 251 L.S., si bien referido a la acción de impugnación, resulta enteramente aplicable a esta medida cautelar, accesoria de la pretensión principal.

Por expreso mandato legal, la representación de la sociedad corresponderá al presidente del Directorio (art. 268 L.S.), salvo que sea éste el demandante de la nulidad. Cuando el pedido de nulidad sea iniciado por éste, la representación del ente social en el pleito deberá ser asumida por otro sujeto, ya que es evidente que la misma persona no puede participar por ambas partes del juicio. De existir un vicepresidente, y no ser éste también demandante, la representación corresponderá a éste⁵³.

La ley prevé de modo expreso el supuesto de que la acción sea intentada por la mayoría de los directores o de miembros del consejo de vigilancia, en cuyo caso los accionistas que votaron favorablemente designarán por mayoría un representante ‘*ad hoc*’ (art. 253 L.S.).

Se ha sostenido que hay dos hipótesis en las que se puede demandar también a los socios: cuando se les imputa haber votado pese a tener, en el punto, un conflicto de intereses con la sociedad (art. 248 L.S.) y cuando se decide demandar también a los socios que han votado favorablemente la resolución impug-

⁵³ Chiavassa, Eduardo N., Roitman, Horacio, Aguirre, Hugo A., Nulidad de Asamblea. Legitimación y medida cautelar, La Ley 01/07/2008, La Ley 2008-D, 224.

nada, para que hagan frente a la responsabilidad que les impone en la materia el art. 254 L.S.⁵⁴.

Así dicen Mascheroni y Muguillo que si bien en principio ninguna otra persona fuera de la sociedad tendrá legitimación activa en esta acción, la ley permite –por vía de la acumulación de acciones- incorporar la pretensión contra los accionistas que votaron favorablemente, directores, síndicos y demás funcionarios de la sociedad responsables de la adopción de la resolución que se impugna⁵⁵.

6.- Criterio restrictivo

Una significativa cantidad de precedentes judiciales ha impuesto a la concesión de la cautelar en estudio carácter restrictivo⁵⁶.

El criterio ha sido también alentado desde la doctrina por Veron, Roitman y Muguillo⁵⁷. Este último sostiene que la suspensión de la decisión asamblearia importa una injerencia en un orden jurídico privado por parte del tribunal, lo que le lleva a extremar al análisis (más aún por ser usualmente inaudita parte) de los recaudos y apreciar todas las circunstancias con criterio riguroso y restrictivo a su otorgamiento⁵⁸.

No concordamos con tal análisis, e interpretamos que el agravamiento no surge de la ley de fondo, ni tampoco de las normas generales sobre medidas cautelares.

Entendemos que no resulta conveniente sujetar al juez a pautas rígidas o preestablecidas para la apreciación de la medida cautelar sino que debe resolver conforme el grado de convicción que le hayan producido los hechos invocados y las pruebas ofrecidas.

Pensamos que 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 justiciables.

⁵⁴ Martorell, Ernesto Eduardo “Sociedades Anónimas”, pág. 296, Editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1988.

⁵⁵ Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto; Régimen Jurídico del Socio, pág. 245, Editorial Astrea, Buenos Aires, mayo de 1996.

⁵⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, Dialeva, Julio César c. San Antonio de Guaminí S.A., 27/03/2008, La Ley Online, AR/JUR/4075/2008; Cám. Nac. Com., Sala C, 10/8/2007, “Leston, Manuel c/ Paldac SA s/ Ordinario; Cám. Nac. Com., Sala E, 8/7/2011, 2Palmeiro, Guillermo César c/ Posta Pilar SA s/ Medida Precautoria s/ Incidente de Apelación (art. 250 CPCC)”.

⁵⁷ Veron, Alberto Víctor; Sociedades Comerciales, Tomo 3, pág. 933, Editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993. Muguillo, Roberto, Ley de Sociedades Comerciales, Segunda Edición, pág. 385, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009. Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo IV, pág. 291, Editorial La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006.

⁵⁸ Muguillo, Roberto, Ley de Sociedades Comerciales, Segunda Edición, pág. 385, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.

Por otra parte, estimamos que cuando el legislador ha querido imponer tal modo de apreciación lo ha hecho expresamente como en el caso de la intervención judicial (art. 114 L.S.), resultando legítimo suponer que la ausencia de la limitación en el art. 252 L.S. ha respondido a la deliberada voluntad de la ley.

7.- Contracautela.

La norma en estudio impone previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

Como consecuencia de que la tutela cautelar se otorgará tras el desenvolvimiento de un procedimiento meramente informativo y de un conocimiento sumario, y además sin bilateralización de la sociedad afectada, la ley impone una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que irrogue la medida. Tal caución, denominada generalmente como contracautela concreta el principio de igualdad al contrarrestar la falta de contradicción inicial⁵⁹.

Un análisis de los precedentes de la Cámara Nacional de Comercio permite advertir una prevalencia de la caución real en dinero, graduable en función de la verosimilitud del derecho -en relación inversamente proporcional-, la naturaleza de la pretensión y la gravedad de la medida⁶⁰.

Con acierto se ha indicado que la contracautela no puede ser tan gravosa que de hecho impida la suspensión, si el juez considera que concurren los motivos graves señalados por la norma⁶¹.

No vemos obstáculo para que la fianza –si es caución real- pueda materializarse sobre las acciones de la propia sociedad, tituladas por el peticionante. Tal posibilidad, amén de viabilizar la posibilidad de acceso a la medida a los socios minoritarios, no colisiona, como se lo ha entendido erróneamente con el art. 222 de la L.S.⁶².

⁵⁹ Palacio, Lino Enrique; Derecho Procesal Civil, Tomo VIII, pág. 36, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, abril de 1989.

⁶⁰ Cám. Nac. Com., Sala A, 29/5/2012, “Carracedo, Marcelo Jorge y otro c/ Pirucha Tera Sistem S.A. y otros s/ Ordinario”; Cám. Nac. Com. Sala E, 4/6/2009, “González Ramella, Virginia c/ Asyst S.A. s/ Ordinario”; Cám. Nac. Com., Sala E, 15/12/2011, “Palmeiro, Guillermo César c/ Lyon Gas S.A. s/ Medida Precautoria”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 46, - Abril 2012; Cám. Nac. Com., Sala A, 19/5/2011, “Renzini, Francisco Hugo Macren International Travel SA s/ Medida precautoria s/ Incidente de Apelación art. 250 CPCC”; Cám. Nac. Com., Sala C, 2/10/2012, “Vázquez, Raimundo y otros c/ San Mamed SA y otros s/ Ordinario s/ Incidente de apelación – art. 250 CPCC”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 49 – Abril de 2013; Cám. Nac. Comercial, Sala F, 3/3/2011, “Von Muller, Juan Carlos c/ Beaufort Shipping Agency Argentina SA s/ Medida precautoria s/ Incidente de apelación (art. 250 CPCC)”.

⁶¹ Martorell, Ernesto; Sociedades Anónimas, pág. 297, editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1988.

⁶² 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.

Aunque con relación a otra institución cautelar, 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.⁶³.

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 entrega de las acciones como contracautela judicial, por no producir ésta daño alguno en el valor de las acciones...”⁶⁴.

Muguillo admite la posibilidad de modo expreso al tratar la institución objeto de este trabajo⁶⁵, al igual que Roitman⁶⁶.

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...”⁶⁷, predicamento que coincide con el de los tribunales bonaerenses⁶⁸.

Vale decir que, en nuestra opinión, la prohibición contenida en la L.S. -222- en orden a que la sociedad reciba sus acciones en garantía-, no alcanza al supuesto de contracautela procesal, pues no es la sociedad la que recibe voluntariamente esos títulos, sino que se trata de una caución prestada a satisfacción del Tribunal (Conf. CNCom, Sala A in re "Salvi, Gerónimo c/ Mace SA s/ Sumario", del 14/10/1998).

⁶³ 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.

⁶⁴ Martorell, Ernesto; Sociedades Anónimas, pág. 181, editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1988.

⁶⁵ Muguillo, Roberto, Ley de Sociedades Comerciales, Segunda Edición, pág. 385, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2009.

⁶⁶ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo IV, pág. 286, Editorial La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006.

⁶⁷ Cámara Nacional Comercial Sala C, 19/8/2008, ‘Dialeva, Hulo 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.

⁶⁸ 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, Rodriguez Soto Luz Cristina C/ Paideia Srl, Diez Luz De Las Mercedes, Diez Raul”, exp. 115596.

Por otro lado, en tanto la eventual realización de dicha contracautela se traduciría en la venta judicial de las mentadas acciones a terceros, tampoco existe transgresión al LS 220, que limita la adquisición de sus acciones por la sociedad (Cám. Nac. Com., Sala C, 14/11/2006, Álvarez Cañedo Francisco José c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro S/ medida precautoria", Revista Electrónica de Derecho Societario N° 29 - Marzo 2007).