

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

POR TÓMAS J. ARECHA

Sumario

En la actualidad prevalece un elemento objetivo como presupuesto para dictar la medida cautelar de intervención judicial, el que refiere a la administración en sí misma –y su disfuncionalidad–, desplazando al criterio originalmente previsto en la ley, el subjetivo, en relación con los sujetos –administradores– que componen el órgano.

Esta situación puede apreciarse en el marco procesal de la intervención judicial, siendo que dicho elemento subjetivo establecido por la norma como presupuesto para el dictado de la mencionada medida, carece de toda relevancia.

En razón 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 cautelar.

1. Introducción

La Ley de Sociedades Comerciales (LSC) prevé en su artículo 113, como uno de los presupuestos de procedencia para el dictado de la medida cautelar, que los administradores realicen

actos o incurran en omisiones que pongan en peligro grave a la sociedad. Parte de un presupuesto subjetivo basado en la acción u omisión de los **sujetos** que componen el órgano de administración.

Ahora bien, la jurisprudencia ha ido más allá al sostener que los supuestos en que es procedente la medida precautoria de intervención judicial en sociedades, no se agotan en lo estrictamente contemplado por la norma.

2. La disfuncionalidad del órgano como causal de intervención judicial

Son numerosos los antecedentes jurisprudenciales que prevén como causal de intervención el irregular funcionamiento del órgano de administración¹, más allá de la actuación concreta de ciertos sujetos.

En el mismo sentido se ha expresado la mayoría de la doctrina.

Es así que Cámara² ha señalado que la sociedad está en “peligro grave” cuando se produce el abandono de las funciones del gerente; así como la discordancia absoluta entre los administradores en el sentido de que el órgano de administración no funciona regularmente³.

Coll⁴, en su obra especializada en la materia, enumera diferentes casos de procedencia de intervención judicial que los clasifica bajo el supuesto de “irregular funcionamiento del órgano de administración”.

¹ C. N. Com., Sala B, 07 de octubre de 1998, “David Pustelnik S.A. contra Anticresis Once S.A. sobre medida cautelar” (Lexis Nexis, sumario 1.187).

² Cámara, Hector. “Derecho societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903”. Ed. Depalma, Bs. As, 1985, pág. 256.

³ En el mismo sentido se expresa Verón: “La comprobación de circunstancias que de alguna manera ponen de manifiesto un irregular funcionamiento de la sociedad, que genera un estado de incertidumbre sobre la conclusión de los negocios societarios, constituye fundamento idóneo de la cautela (intervención judicial). Así también procede decretar la intervención judicial cuando se ha alterado *fundamentalmente* el funcionamiento de los órganos directivos o deliberativos y no hay posibilidad alguna de evitar un mal que ponga en peligro evidente su patrimonio. “Intervención administrativa y judicial de sociedades anónimas” LLNOA 2009 (marzo), 105-Enfoques 2009 (mayo), 63

⁴ Coll, Osvaldo Walter “Intervención judicial de sociedades”, Lexis Nexis, 2005, pág. 29.

Filippi⁵ manifiesta que la intervención judicial procede “*fundamentalmente frente a la disfuncionalidad del órgano de la administración, así como a la necesidad de la preservación del órgano de administración.*”

Se adopta de este modo un elemento objetivo como presupuesto para dictar la medida referido a la administración en sí misma –y su disfuncionalidad–, que trasciende al criterio originalmente previsto en la ley, el subjetivo, en relación con los sujetos –administradores– que componen el órgano.

Se expresa en este sentido Palomino⁶ al considerar que la comprobación de circunstancias que pongan de manifiesto su irregular funcionamiento, de tal gravedad que haga peligrar su operatividad, constituye fundamento idóneo de la cautela, con abstracción de la autoría del responsable de sus actos

Desde mi punto de vista, dicho criterio tiene lógica absoluta. Veamos: resulta pacíficamente aceptado que la acefalía del órgano de administración resulta una causal suficiente para decretar la intervención de la sociedad. Pues bien, ante dicho supuesto no sólo se carece de una acción u omisión de los administradores, sino que incluso no encontramos ante la ausencia absoluta de ese elemento subjetivo conformado por él o los sujetos de componen el órgano de administración.

Así se expresa Nissen al manifestar que “... no pueden ignorarse otros casos en donde la medida en estudio resulta asimismo, viable, con independencia de toda acción de remoción, como sucedería en el caso de total vacancia en la administración y fiscalización de la sociedad, por fallecimiento o ausencia de sus integrantes, situación que define un presupuesto de extrema gravedad para el ente societario y sus órganos, que solo puede ser remediada por vía jurisdiccional.”⁷

⁵ Filippi, Laura “Acotaciones sobre la intervención judicial de la administración en una sociedad concursada” en “Las Medidas Cautelares en las Sociedades y los Concursos, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Ed. Legis, 2008.

⁶ Palomino, Luis Alberto. “Intervención judicial de sociedades comerciales”, LL 1996-D, 1502.

⁷ Nissen, Ricardo A. *Panorama actual de derecho societario*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 340.

En este sentido, Dasso⁸ menciona un antecedente jurisprudencial⁹ que apoya esta tesis. Se ha resuelto que la suspensión de los efectos de una resolución asamblearia que designa directores sobre la base del artículo 252 de la Ley de Sociedades, autoriza a intervenir la administración a los fines cautelares mediante la designación de un coadministrador. Nos encontramos aquí ante otro supuesto en el cual el presupuesto subjetivo previsto en la norma (artículo 113) –la acción u omisión de los administradores– queda desplazado por un presupuesto objetivo, como lo es la disfuncionalidad –en el caso, motivada por la suspensión de la decisión asamblearia que designaba autoridades– del órgano de administración.

3. Legitimación pasiva

En el marco procesal, este presupuesto subjetivo fijado por el artículo 113 de la Ley de Sociedades, también se encuentra cuestionado.

En la intervención judicial, la legitimación pasiva para resistir la medida recae en la propia sociedad, por cuanto la medida dictada viene a alterar el funcionamiento de uno de sus órganos. Manifiesta Palomino¹⁰ que *“en la relación procesal queda legitimado activamente el solicitante y pasivamente el afectado por la medida, de lo que se deduce que la persona especialmente habilitada para asumir tal calidad, es la sociedad.”*

Y esto es así porque como bien lo explica Verón¹¹, la intervención importa una intromisión o control del órgano jurisdiccional dentro del órgano administrativo que desplaza a los órganos naturales encargados del gobierno y dirección de la sociedad.

En sentido similar, se ha expresado que los administradores que formaban parte del órgano de administración intervenido carecen de legitimación procesal pasiva para ser considerados parte en la acción ordinaria de remoción. Así lo entiende Molina

⁸ Dasso, Ariel. “La intervención judicial en la sociedad anónima”, *La Ley* 1990-A, 636.

⁹ C. N. Com., Sala E, 23 de septiembre de 1983, “Ybarra, Esteban M. y otro”, en *Manuales de Jurisprudencia*, La Ley, “Ley de Sociedades Comerciales”, p. 256, N° 687.

¹⁰ Palomino, Luis Alberto. *Ob. Cit.*

¹¹ Verón, Alberto. *Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada y anotada*. Ed. Astrea, Buenos Aires, Tomo 2, p. 387.

Sandoval¹² en su obra sobre la materia. Manifiesta el autor que *“... en la acción de remoción deberá demandarse a la sociedad y no a los directores o administradores que hayan dado motivo para la misma, ya que los mismos en realidad solo pueden ser terceros interesados... la eventual citación del administrador separado, no necesariamente debe ser como legitimado pasivo (litisconsorcio pasivo necesario). Una posibilidad es la citación del administrador como tercero al proceso. Admitida tal posibilidad cabe cuestionarse respecto de que tipo de intervención será (obligatoria o voluntaria).”*

Es así entonces que la doctrina procesal ha establecido que el sujeto pasivo de la medida cautelar es la propia sociedad, en razón de la intervención de uno de sus órganos, y no los administradores que pudieran ser desplazados o “intervenidos” por la medida cautelar dictada. Nos encontramos nuevamente ante la evidencia de que el elemento subjetivo establecido por la norma como presupuesto para el dictado de dicha medida, carece de toda relevancia en el marco procesal de la misma.

4. Efectos sobre la renuncia o reemplazo de los administradores que componen el órgano de administración intervenido

Este análisis realizado no resulta meramente teórico. Sentados los precedentes mencionados cabe analizar –y éste es el elemento causístico que motivó este trabajo– cuál es el efecto de la renuncia o reemplazo de los administradores frente a la intervención de la sociedad.

Ha manifestado la doctrina¹³, que la renuncia o muerte del administrador cuestionado implica la conclusión de la intervención judicial. En el mismo sentido se ha expresado la jurisprudencia para el supuesto de reemplazo del administrador o administradores: *“La separación con acuerdo asambleario –sin perjuicio de que dicho acto haya sido impugnado (en tanto y en cuanto el Juez no haya dispuesto la suspensión preventiva artículo 252 LS)– de las personas cuya remoción pretendida dio lugar*

¹² Molina Sandoval, Carlos A. *Intervención judicial de sociedades comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 135 y siguientes.

¹³ Molina Sandoval, Carlos A. *Ob. Cit.*, p. 212.

*al dictado de una medida cautelar, priva de soporte procesal a dicha medida.*¹⁴

Discrepo con los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios citados por las razones que a continuación se expondrán:

En primer lugar, resulta claro que si la mera renuncia del administrador que compone el órgano de administración intervenido tornara abstracta la medida cautelar de intervención, nos encontraríamos sin más ante una burda maniobra que implicaría una burla al órgano jurisdiccional y al sistema procesal. Máxime, si se tiene en cuenta que la misma mayoría accionaria que designó al administrador “renunciante” será la encargada de elegir a su reemplazante “continuador”. Recordemos lo expresado por el Profesor Odriozola al referirse a que *“la ley recogiendo experiencias y antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, ha buscado la articulación de un régimen que defienda el derecho de los socios frente a lo que se denomina abuso de la mayoría o desviación del poder.”*¹⁵

Independientemente de ello, entiendo que la renuncia –o reemplazo– de los administradores resulta un elemento intrascendente para obstaculizar o tornar abstracta la medida cautelar de intervención societaria. Esto es así por cuanto, como lo he expresado, quien ha resultado intervenido es el órgano de administración, independientemente de los sujetos que lo componen.

Por ello, acreditada la disfuncionalidad del órgano, resulta intrascendente detenerse en los sujetos que lo componen.

En este sentido se ha resuelto –de manera ejemplar– que: *“Ello justifica considerar sumariamente acreditada la existencia de actos perjudiciales para la sociedad emanados del órgano de administración de la sociedad –bien que en su anterior composición, pero cabe reputar a los actuales directores como “continuadores” de la misma política, en tanto electos por la mayoría accionaria– y en consecuencia, la verosimilitud del derecho alegado y peligro en la demora.”*¹⁶

En un sentido similar, se ha establecido que: *“el estado de situación general podía ser pasible de generar un peligro*

¹⁴ C. N. Com., Sala C, 21 de junio de 1989, “Giacometti, Alberto Enrique contra Artes Gráficas Antártida SRL sobre sumario”.

¹⁵ Odriozola, Carlos S. “Intervención judicial e intervención administrativa de la sociedades” en Zaldivar y otros. Cuadernos, Tomo III, volumen IV, p. 401.

¹⁶ C. N. Com., Sala E, 14 de junio de 2005, “Moreno, Angel O. contra Diquesur S.A.”

inminente para la continuidad del giro social de la firma, como consecuencia no solo de la actual administración, de la cual los actores también participarían, sino también de las correspondientes a años anteriores."¹⁷.

En ambos supuestos, mayormente remarcado en el primero, nos encontramos que el Juzgador ha tomado como presupuesto para el dictado de la medida, la disfuncionalidad de la administración –entendida este como órgano de la sociedad–, independientemente de cuáles sean los sujetos que componen dicho órgano y ejercen la administración. En ambos antecedentes se ha establecido un denominador común relacionado con la atribución de los supuestos hechos que ponen en peligro a la sociedad bajo una teoría orgánica, entendiendo a los administradores como miembros de un conjunto/órgano que se “continúan” –independientemente de los sujetos que lo componen–.

En consecuencia, y 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 su continuidad o cese quienes son los sujetos que componen dicho órgano¹⁸.

¹⁷ C. N. Com., Sala D, 09 de abril de 2008, “ARSA SRL y otros contra Sabbione, Santiago sobre medida precautoria”.

¹⁸ La misma conclusión pero bajo diferentes argumentos ha sido expuesta por el Dr. Daniel E. Tuffat en su ponencia “El director desplazado cautelarmente no puede tornar abstracto el juicio de remoción por vía de su renuncia, la que podrá ser rechazada por el Tribunal si resultara abusiva” en el X Congreso Argentino de Derecho Societario. En su argumentación esgrime que el Tribunal podrá rechazar la renuncia del administrador desplazado si existieran elementos convincentes de encontrarse frente a un abuso de derecho (artículo 1071 Código Civil), el que podrá presumirse por el estado de avance de la causa de remoción y de la inexistencia de motivos graves en interés social para hacer cesar la intervención.