

EL DERECHO DE PREFERENCIA Y DE ACRECER.
NECESARIA ADMISIBILIDAD DE LA SUSPENSIÓN
CAUTELAR DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS
QUE LO AFECTAN, COMO CONDICIÓN PREVIA
PARA FACILITAR LA EFECTIVA SUPERACIÓN
CONVENCIONAL O ESTATUTARIA DE SUS
ASPECTOS CONFLICTIVOS
(PONENCIA 2)*

Juan Martín Odriozola

SÍNTESIS

Frente a las dificultades prácticas que se advierten en los supuestos de conflicto societario para la eficaz y correcta aplicación de los derechos de preferencia y acrecer en oportunidad del aumento de capital de las sociedades anónimas, se propondrán —en una próxima ponencia al respecto— soluciones convencionales o estatutarias tendientes a su superación. Para ello será necesaria la aplicación de un criterio amplio en el dictado de medidas cautelares que impidan la ejecución del aumento cuestionado. De otra manera, las estipulaciones convencionales preventivas de tal conflictividad serán ineficaces.



1. Introducción

Hemos visto en anterior ponencia que las decisiones asamblearias que disponen aumentos de capital afectando el ejercicio de los derechos

(*) La presente constituye un extracto parcial del trabajo proyectado para su inclusión en un “tratado de conflictos societarios” en preparación bajo la dirección del Dr. Diego Duprat.

de preferencia y acrecer deben ser admitidas como “judiciables”. Veremos ahora si dentro de tales procesos cabe ser amplio en el dictado de medidas cautelares que impidan la consumación de la afectación de derechos denunciada en la demanda. Sostendré que sí, y más aún, que si se mantuviera el criterio de estrictez con las que todavía se las dispone, serán inútiles los esfuerzos de los abogados para superar por la vía convencional (estatutaria o no) diversos aspectos oscuros que atañen al ejercicio de aquellos derechos del socio que pueden ser causa de conflictividad societaria.

2. La propuesta. Fundamentos

En primer lugar, destaco que constituye un requisito previo al análisis de la procedencia o no de las cautelares tomar posición a favor de la genérica “judiciabilidad” de la decisión de aumentar el capital social; lo que hiciera en mi anterior ponencia.

Un reciente dictamen hecho propio por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires nos brinda conceptos irrefutables que merecen ser textualmente recordados: “...las medidas cautelares no tienen como finalidad impedir un perjuicio irreparable, o proteger solamente bienes como la vida, la salud o el sustento material de las personas (desde el punto de vista económico todo perjuicio es reparable)...” “Cuando la decisión jurisdiccional llega tarde, y no es posible restablecer el derecho en la forma correspondiente, el Estado incumple su función de asegurar la garantía de la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva, en desmedro de quien resultó vencedor en el pleito”... “Por ello hay que tener presente que el fin de las medidas precautorias es asegurar la posibilidad de que la sentencia satisfaga la pretensión deducida en la demanda, y no una reparación pecuniaria del perjuicio”¹. Calamandrei recuerda con toda precisión que “la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva”. García de En-

¹ Plenario del 25/4/13, que hace propio el Dictamen del Subdirector del Instituto de Derecho Administrativo, Dr. Roberto Luqui —del que se extraen las precisiones transcritas—, producido en oportunidad de la reciente sanción de la ley 26.854 (B.O. 30/4/13) descalificándola por inconstitucional; descalificación con la que concuerdo y que —a la fecha de escribirse estas líneas— ha sido también compartida por varios jueces federales en distintos puntos del país.

terría, finalmente, precisa que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”².

Desde el fallo “Pereda c/Pampagro”³ la jurisprudencia nacional —en bastante menor medida los autores— ha ido olvidando el importantísimo valor axiológico de los postulados arriba recordados, sucumbiendo a la explicación “fácil”: “son temas de mérito de política empresarial ajenos a los jueces”. Considero que ello no le hace bien a la Justicia ni al derecho. Los requisitos sustanciales de procedencia de las medidas cautelares son perfectamente aplicables al derecho societario en general⁴, y en particular al importante capítulo que significa el manejo del capital social y el reconocimiento del derecho de preferencia en tanto de ello depende el efectivo respeto y tutela de las razones que llevaron a determinada persona a adherir a tal o cual sociedad y elenco de socios, y no a otros.

Una “particularidad del conflicto societario es que los hechos generadores no quedan en el pasado. El pleito transcurre en “tiempo presente” porque la sociedad sigue funcionando y las partes se ven obligadas a convivir día a día”⁵. Es por ello que la Justicia debe tener especial cuidado en

² CALAMANDREI, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares”, pág. 43 y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La batalla por las medidas cautelares”, pág. 265; ambos así citados por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, op. cit. (el escaso rigor que asumo en la cita se corresponde a la confiabilidad de quien la propone).

³ “Pereda, Rafael c/Pampagro S.A.” (CnCom., sala D, 22/8/89; ED 136-387/393).

⁴ CNCom., sala F, Mayo 27 de 2010, “Craig, Garry Patrick c/ Panoceánica SACII y otros s/ Inc. apelación (art. 250 del C. Proc.); www.societario.com. ref. 16.455”, donde se formula algún agregado propio de la disciplina societaria: i) que el peticionante hubiere iniciado junto con la cautelar, la acción de nulidad de las resoluciones asamblearias cuya suspensión pretende, y ii) que exista un peligro inmediato y real para el patrimonio social o el individual de los accionistas” (del voto —disidencia parcial respecto de la aprobación de los balances— de la Dra. Alejandra Tévez).

En dicho voto, además, se formula una afirmación que considerada fuera de contexto —porque imagino que estaría acorde a los hechos de la causa aunque no se lo explica— puede ser de una peligrosidad extrema: “...el daño que es pasible de generar a la sociedad la suspensión de la aprobación de los estados contables, es mayor que el perjuicio que mediante la suspensión se pretende evitar” (del voto de la Dra. Tevez).

⁵ Tal la aguda observación de SANCHEZ CANNANO, Sebastián, en “XIº Congreso...”, Buenos Aires, 2010, t. II, págs. 325/330. Sin embargo, no comparto la postura del autor de excluir a las medidas cautelares societarias de “los parámetros que viabilizan las medidas precautorias clásicas”, entendiendo que está proponiendo un régimen de flexibilización a la exigencia de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

ser —durante el trámite del proceso— un elemento decantador y no potenciador de los enojos, generador de vías de solución y no de creación de nuevos conflictos, y, en la medida de lo posible, director útil y respetable del disenso para buscar el consenso. Y siempre teniendo presente que en razón de esta particular característica del conflicto societario la sentencia —salvo que disponga la disolución del ente en un momento de facilidades para su liquidación exitosa— normalmente (i) no importará una solución económica ideal para las partes, (ii) significará un grave desmedro para el interés social y (iii) no implicará una solución personal estable para el conflicto de poder que generó el pleito⁶. Solo dirá —como corresponde— quien tuvo la razón siendo innecesariamente llevado a pleito, ofreciendo la oportunidad —pocas veces aprovechada— de resolver el conflicto a la luz de tal declaración de certeza⁷.

Superando las lógicas “dudas” de nuestra jurisprudencia —dado que la solución puntual de cada caso no es siempre traspolable a otros—⁸, la postura de la doctrina en la materia es más amplia, en tanto se advierte

Tales requisitos son la garantía contra la eventual arbitrariedad y desnaturalización de las “cautelares”, que deben ser mantenidas en su plenitud pero no utilizadas para facilitar meros posicionamientos de fuerza en el conflicto.

⁶ La experiencia profesional y judicial demuestra que nos hallamos ante un claro caso de aplicación, al menos en lo que respecta a las sociedades cerradas, del principio “mejor un mal arreglo que un buen pleito”, o de comprobación de que —en un alto porcentaje— el pleito entre socios termina con la sociedad, en perjuicio de todos.

⁷ Por eso la solución práctica y posible pasa, en la mayoría de los casos, por la compra de un contendiente de la parte del otro o algún otro mecanismo de “separación” de los socios; y es tarea de los abogados proponer alternativas ingeniosas y de buena fe que permitan superar la frustración y el pesimismo que campean en la nota anterior.

⁸ Además de los citados en la anterior ponencia –nota 16- ver CNCom, Sala C, 22/12/93, “Trinova Holdings c/Dulcyplas S.A. s/inc.250C.Proc”, www.societario.com, ref. 11583; CNCom, Sala E, 13/12/95 “Schettini, J. c/ Oblimento S.A. s/inc. separado”, www.societario.com, ref 5909; CNCom, Sala B, 13/6/91, “Noel, C c/Noel y Cía. S.A.; Lley, 1992-C-419; CNCom, Sala C, 4/2/98, “Blasco, E c/Banco Baires” www.societario.com, ref. 11685, etc...., todos ellos citados y en algún caso correctamente criticados por Nissen y Pardini (“VIIº Congreso...”, Bs. As., 1998, t. II, págs. 341/345). Si bien refieren a la no suspensión de la aprobación de los balances, el tema se vincula al de los aumentos de capital o la limitación del derecho de preferencia, en tanto normalmente tales estados contables son el antecedente que “justificaría” las decisiones a su respecto. En sentido contrario, “Eguiluz, María L. c/Establecimiento Los Manantiales S.A.”, CN-Com., sala F, 28/12/2010, Microjuris MJJ63591, www.societario.com, ref. 18223, Revista Electrónica de Derecho Societario N°44 de Agosto 2011.

que la pretensión de eficacia de la sentencia obliga a abandonar dogmas en beneficio de la seguridad y certeza que deben tener los actos sociales para evitar daños irreparables⁹.

La cuestión es de una muy significativa trascendencia, más allá de lo procesal.

En lo específicamente referido al derecho de suscripción preferente y/o de acrecer, se advierte que la jurisprudencia ha oscilado entre (a) “Diaz Maseda, J. c/Renault Argentina S.A.” (CNCom, Sala B, 3/8/77; ED 74-724), donde se dispuso la suspensión de la decisión *prima facie* conculcatoria del derecho de preferencia, por cuanto “...tales medidas deben ser interpretadas con criterio amplio a fin de evitar la frustración del derecho de quien las solicita”, y más “cuando tal medida no afecta radicalmente la marcha de la sociedad...” y “...no se convierte en una circunstancia nociva o peligrosa para la existencia misma de la sociedad” y (b) “Lagarcue S.A. c/Bco. de Galicia y Buenos Aires S.A.” (CNCom, Sala D, 28/12/06; www.societario.com, ref. 11051,) en la que se negó la suspensión del aumento de capital pretendidamente violatorio del derecho de preferencia calificado de “innecesario”, recordándose que el tema es en esencia no judicializable, lo que solo puede ser dejado de lado “en casos extremos y con criterio restringido, que el interés cuya tutela se pretende —la no licuación— es solo personal y que la medida no procede en tanto no se acredite “siquiera liminarmente un agravio manifiesto al orden público societario”. La sala D de la Excma. Cámara Comercial mantuvo su posición en —entre otros— “Gianakis, Ricardo c/D Mode S.A.”; 1/3/10, MJJ55459, elDial.com, AA5F2D, www.societario.com, ref. 18165.

⁹ NISSEN, Ricardo y TEDESCO, Ricardo, en “XIº Congreso...”, Buenos Aires, 2010; t. II, págs. 335/340, quienes proponen admitir la suspensión cautelar de la asamblea aún no realizada o la decisión que dispuso aprobar los estados contables. Considero difícil imaginar la utilidad de suspender un acto aún no realizado. En orden a la pretendida —por algunos— falta de ejecutoriedad de los estados contables, remito —adhiriendo— a lo sostenido en contrario por NISSEN, Ricardo y PARDINI, Marta, en “VIIº Congreso Argentino...”, op. cit. nota anterior. HAGGI, Graciela, también en el “XIº Congreso...”, t. II, págs. 397/399, propone pautas estrictamente societarias para interpretar las exigencias del art. 252 LSC al margen del Código Procesal, entendiendo que tal interpretación se encuentra habilitada por la existencia del art. 114 LSC, con lo que no concuerdo. Gana actualidad, con motivo de la sanción de la ley 26.854 la crítica de Pardini, Marta (“Las medidas cautelares societarias y el requisito de audiencia previa de la sociedad”, en “Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales”, Coordinado por VITOLO, Daniel y PARDINI, Marta; ed. Ad-Hoc, Mar del Plata, 2005, págs. 219/223) al proyecto de reformas a la ley de sociedades de la Comisión Dto. 112/02, en cuanto (art. 49) propone modificar el art. 115 LSC introduciendo la audiencia con la sociedad para el dictado de las que llama “medidas asegurativas” o intervenciones al ente. A diferencia de lo que diré más adelante respecto de la suspensión de decisiones prevista por el art. 252 LSC, en el caso de estas medidas considero que el efecto “sorpresa” es importantísimo, en tanto estamos hablando de medidas “asegurativas” que exigirán que juegue dicho factor para lograr su efecto, por lo que la crítica es válida y la comparto.

Así, el modo más habitual de “licuar” al socio que no se desea más es disponiendo un importante aumento de capital con “capitalización” de supuestos aportes irrevocables o de obligaciones; casualmente de titularidad del grupo de control o de afines al mismo. Así, si por enrolarnos en la doctrina restrictiva de la “no judicialidad” del mérito sostuviéramos que no cabe evaluar si está o no presente la “exigencia” del interés social que requiere el art. 197, 2) LSC para postergar el derecho de preferencia, concluiríamos en que lo único judicializable podría ser —si se apreciara la arbitrariedad del caso— el conculcamiento del derecho a manifestarse en los términos del art. 194 LSC. Empero, en tanto el art. 195 LSC prevé cual es la “reparación” por haberse conculcado el ejercicio de aquel derecho, ¿la cuestión se resolvería válidamente generando un crédito en cabeza del socio “licuado” o “excluido”? Con similar razonamiento al que genera este interrogante —que desde ya adelanto responderé negativamente— advierto sobre la existencia de precedentes judiciales que juzgo realmente peligrosos, como aquellos que sostienen que “si sólo se afectan intereses individuales y patrimoniales de los socios accionantes, la falta de respeto del derecho a la suscripción preferencial, no puede prosperar como causal de nulidad asamblearia”¹⁰.

En el mismo sentido se ha dicho que “resulta improcedente que los accionistas —invocando el art. 195 LSC— aleguen privación de sus derechos, cuando participaron del acto asambleario del ente donde podrían haber hecho conocer su voluntad de suscribir acciones en virtud del art. 194 LSC, lo que en la especie no aconteció pues se limitaron a impugnar la capitalización de los aportes efectuados por (la aportante), “Pakiba”¹¹. Lo precedentemente transcripto será correcto o constituirá un grave error según que: i) el aporte de “Pakiba” realmente hubiere existido o no; ii) el eventual cumplimiento con los requisitos de la Resol.IGJ 7/05¹² fuere auténtico o no; iii) la sociedad no hubiera tenido otro modo previo de lograr fondos con participación de sus accionistas preexistentes; iv) el tema hubiera sido comentado en tal sentido con anterioridad y no constituyera

¹⁰ “Villani, Jorge c/Cemeda S.A.” CApel CC, Azul, Sala I, 17/10/97; LLBA, 1998-199.

¹¹ “Couffignal, Mariano c/Sworn College S.A.”, CNCom., sala B, 15/9/10 (www.societario.com, ref. 17862; elDial.com, A63E3; MJJ59850).

¹² Conforme su art. 98, y sus exigencias inspiradas —obvia y elocuentemente— en la pretensión reglamentaria de que se acredite ante los demás accionistas la absoluta utilidad y transparencia de la operación.

una novedad comunicada a través de un simple —y normalmente desconocido— edicto oficial, o resultare una sorpresa absoluta para los accionistas a postergar; v) etc., etc.... La respuesta a los interrogantes anteriores surgirá de la prueba de autos, debiéndose tener presente que —salvo en los casos de exceso de soberbia o de ineficiencia— la razón espuria para intentar la maniobra se esconderá detrás de pretendidos justificativos, dictámenes, análisis, “reclamos” de terceros, urgencias, “oportunidades imperdibles”, etc., cuyo desenmascaramiento requiere tiempo, trabajo y esfuerzo elevados a la condición de “investigación seria” por el hecho de la participación de la justicia —medidas cautelares y probatorias mediante— en su dilucidación.

En tanto todo ello sucede, el único modo de garantizar una sentencia que permita cumplir con los postulados que destacan la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y Calamandrei —ver *ut supra*— es evitar que el hecho impugnado se consume. Así, la suspensión del aumento de capital, o la del plazo previsto por el art. 194 LSC para ejercer el derecho de preferencia son las únicas medidas útiles para que el despojo no tenga lugar, dándole la posibilidad a los jueces de evitar la licuación ilícita y no condenándolos a disponer indemnizaciones póstumas, de difícil cobro y absolutamente inútiles en términos empresariales.

A esta altura de nuestro análisis, advertimos que la dogmática y reiterada expresión de que “en el *sub lite*, empero, no se ha acreditado con carácter *prima facie* verosímil la arbitrariedad o irrazonabilidad del aumento... y tampoco, siquiera preliminarmente un agravio manifiesto al orden público societario”, lo que implicaría la inexistencia de los “motivos graves” que exige el art. 252 LSC, resulta antifuncional, aún cuando se pretenda estar preservando un supuesto “interés societario que predomina sobre el particular del impugnante”¹³. El caso transcrito en la nota precedente

¹³ Omito la cita puntual por cuanto la causa sigue abierta aunque por razones distintas a la que nos ocupa.

El caso fue un clásico en la materia. Un socio del 49% tachó de inexistente a la reunión de directorio que aprobó un supuesto aporte irrevocable que habría efectuado el presidente y accionista del 51% restante unos días antes para atender al pago de un largo juicio laboral perdido y nunca provisionado que llegaba a su fin. El supuesto aporte se habría efectuado “de urgencia” pese a haberse efectivizado poco antes importantes retiros por los socios, y sin nunca haberse comprobado una eventual imposibilidad de la sociedad para afrontar tal pago. La asamblea, sin oír críticas ni impugnaciones, y por el peso de la mayoría, dispuso el aumento capitalizando los “aportes irrevocables”, adjudicó el incremento al socio mayoritario (cuya tenencia estaba divi-

constituye un claro ejemplo de cómo en materia de medidas cautelares debería primar un criterio amplio, precisamente por cuanto la decisión se adoptará “con el conocimiento limitado y precario que caracteriza toda pretensión cautelar”, como reza la fórmula utilizada para dejar a salvo la posibilidad de decidir con libertad a la hora de la sentencia final¹⁴.

dida en el 50% a título personal más el 1% a nombre de una sociedad propia), indicando de qué forma quedaba constituido el “nuevo” capital de la sociedad, con el actor —obviamente— reducido a aprox. un 2%. El actor, impugnó la posterior notificación prevista por el art. 194 LSC por considerar al ofrecimiento carente de virtualidad ya que todas las “nuevas acciones” habían sido suscriptas en el propio acto asambleario impugnado, reiteró la tacha de nulidad del aumento de capital y dejó aclarado que —a todo evento— pretendía mantener su participación en la sociedad reservándose el derecho a ejercer eventualmente su derecho de preferencia. En primera instancia se hizo lugar a la suspensión del aumento de capital, considerándose entonces superfluo expedirse sobre la suspensión del plazo de preferencia. La Cámara revocó la resolución utilizando la fórmula transcrita en el texto. Planteado nuevamente el pedido de suspensión del plazo de ejercicio del eventual derecho de preferencia que pudiere reconocerse, lo que había dejado de ser superfluo por imperio de la sentencia de Cámara, el Juzgado lo rechazó por considerar que así se violaría la operatividad que la sentencia del superior pretendía otorgar al aumento de capital cuestionado, decisión que marcó el cierre del círculo vicioso.

Finalmente, la esforzada y criteriosa actitud de los Sres. jueces de la misma Sala permitió la concreción de un acuerdo que dio por terminado el conflicto; comprándole la parte un socio al otro (ver nota 7).

¹⁴ Sin embargo, la contradicción en nuestra jurisprudencia sigue hasta nuestros días, lo que continúa obligando a abstenerse de definiciones dogmáticas. Así, en un sentido, se resolvió en “Bosi, Mauricio c/Saeco Arg. S.A.” (CNCom., sala C, 12/3/04, ED 16/4/04) acceder a suspender la decisión porque así se “permite preservar el estado de cosas anterior al acto atacado y asegurar el resultado del proceso ante una eventual sentencia favorable”; y muy recientemente en “Filippi, Mario c/Industrias Plásticas Celin S.A.” (CNCom., sala B, 21/2/13, www.societario.com, ref. 22710) se insistió en que “en materia de medidas precautorias debe procederse con criterio amplio para evitar la posible frustración de derechos de las partes y el dictado de pronunciamientos que al fin resulten inoficiosos o de improbable incumplimiento. Y el posible peligro de medidas pedidas abusivamente no puede erigirse en un fantasma para negar las que sí son procedentes (Finochietto-Arazi,... esta sala in re “Cermesoni, J c/Degas S.A....”)...”

Contrariamente, en “Georgalos, O. c/Georgalos Hnos. S.A.” (CNCom., sala A; 25/10/07, JA 2008-II-773), se había sostenido con absoluta claridad y con cita de precedentes concordantes que “la suspensión de resoluciones adoptadas por una asamblea participa del carácter de medida cautelar, resultando de carácter excepcional y restrictiva, en tanto sus implicancias pueden, no solo lesionar intereses de la sociedad, sino también los de terceros...” Sin embargo, y tanto (i) porque “...tiénese dicho que constituye motivo para autorizar la suspensión cautelar de una decisión asamblearia cuando la ampliación de capital social importa la consecuencia ulterior de disminuir

Téngase presente que en los casos previstos por el art. 197 LSC la eventual suspensión de la decisión de aumento “capitalizando aportes en especie o... en pago de obligaciones preexistentes” no tiene posibilidad de infringir un daño al “interés societario”, en tanto el bien aportado ya constituirá fondo operativo de la empresa¹⁵ y el crédito cuya cancelación se pretenda por la vía de incorporar al acreedor al elenco de socios no será compulsivamente exigido, ya que el interés del acreedor es el de ser socio y no el de percibir su crédito, porque de otra manera no hubiera alentado ni aceptaría su capitalización¹⁶. Atendiendo aún más al cuidado de la sociedad, e intentando equilibrar los intereses afectados, el proyecto de reforma de la Comisión Resol MJ 112/02 propone —acertadamente— agregar un 2º párrafo al art. 252 LSC previendo que la decisión suspensiva pueda tomarse, bajo determinadas condiciones, previa audiencia a la sociedad¹⁷.

significativamente la participación en la sociedad del impugnante”, como porque (ii) “...de que la consumación del significativo aumento de capital decidido por la asamblea cuya nulidad se persigue puedan derivar disvaliosas e irreparables consecuencias para el impugnante” se decidió mantener la suspensión por cuanto tales posibles consecuencias autorizaban a “tener por configurado el requisito del *periculum in mora* para la procedencia de la medida... más aún si no se aprecia la existencia de perjuicios para la sociedad y/o terceros derivados de dicha suspensión cautelar...”, (también citando jurisprudencia concordante).

¹⁵ Para conceptualizar el instituto, remito a ROITMAN, Horacio, “Ley de sociedades...”, op. cit., t. III, págs. 433/436 y a su prolijísima y amplia reseña de la doctrina nacional y extranjera en la materia, todo lo cual excede el marco de este trabajo.

¹⁶ Es obvio, pero me adelanto a ello, que si en las condiciones de asunción de la obligación se acordó su capitalización discrecional por parte de la sociedad, nos encontraríamos ante un conflicto distinto, originado en la corrección o no de la gestión de los administradores, que nos llevaría a planteos de remoción, responsabilidad e —incluso— de eventual impugnación de las decisiones del directorio.

¹⁷ Así, se proyecta: Art. 252: ...“El incidente que se formule con esta petición (la de suspensión preventiva) se resolverá con audiencia de la sociedad y la suspensión podrá ser sustituida por otras medidas adecuadas o garantías que ofrezca la demandada. En caso de fundado peligro en el retardo, el pedido debe ser resuelto sin oír previamente a la sociedad”.

La solución parece razonable, debiéndose destacar lo difícil de imaginar una distinta, salvo un compromiso garantido de la sociedad de volver las cosas al estado anterior o permitir el mantenimiento de la participación por parte del accionista indebidamente postergado que no fuere más onerosa para él que lo que debería haber sido en el caso de no incurrirse en irregularidades. Por otra parte, debería suspenderse la decisión in audita parte en forma provisoria hasta tanto se sustancie la vista, ya que

Desde otro enfoque, advirtamos que al permitirse la inscripción del aumento de capital impugnado y la emisión de las acciones mientras tramita el pleito, se minimiza la autoridad de la Justicia limitando la operatividad de la sentencia nulificante del intento fraudulento a una simple declaración legitimante de la promoción de una acción de daños, cual es la del art. 195 LSC, y —muchísimo peor aún— premiando las conductas explícitamente sustentadas en la mala fe, toda vez que dicho artículo no permite —al menos desde su letra— la cancelación de las acciones indebidamente emitidas en poder del autor del fraude. Si por imperio de algún principio superior de Justicia y razonabilidad un juez dispusiera que el “suscriptor fraudulento” no puede verse premiado con su mantenimiento en el elenco de accionistas, o con el incremento de su participación proporcional en la titularidad y control del ente, y dispusiera “retrotraer” el aumento de capital declarado nulo, no dudo que al momento de hacerlo se arrepentirá de no haber suspendido cautelar y oportunamente su ejecución. Y me abstengo de evaluar, en honor a la brevedad, las consecuencias disvaliosas de la irreversibilidad del daño ya causado al actor posteriormente triunfante en el pleito.

Concluyo el punto recordando que mediante la regulación del derecho de preferencia se tiende a satisfacer el “preciso interés del accionista...: su interés a conservar inalterada la cuota de participación en el capital social; su interés a que el aumento de capital no altere la medida de su participación proporcional en el voto y en las utilidades”¹⁸. Para su protección está la Justicia y para que ello sea efectivo la Corte Suprema ha dicho —entre otras muchas cosas— que “...si bien las resoluciones que ordenan, modifican o levantan medidas cautelares, no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario, dicho principio no es absoluto, ya que cede cuando aquellas causen un agravio que, por su magnitud o circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior”¹⁹. Ello es coincidente, asimismo, con el respeto al derecho constitucional a la “tutela judicial efectiva”, el cual —entre otras consecuencias— “excluye la posibilidad de ejecutar

siempre el “fundado peligro en el retardo” existirá. De otro modo, se rechazaría de oficio la cautelar pedida, haciendo innecesario el trámite.

¹⁸ GALGANO, Francesco, “Trattato...”, op. cit., Padova, 2004, XXIX, pág. 387; citado por ROITMAN, H., “Ley de sociedades...”, op. cit., t. III, pág. 492.

¹⁹ Fallos 310:681; 313:116; 327:5068; 329:440.

coactivamente el acto impugnado antes de su juzgamiento por el poder judicial”²⁰.

²⁰ CASSAGNE, Juan C., “Efectos de la interposición de los recursos y la suspensión de los actos administrativos” (ED, 153-1008). Y no considero que el principio sea solo aplicable al derecho administrativo.